



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE
CONSCIÊNCIA DO MÉDICO SERVIDOR PÚBLICO PERANTE O DIREITO DE
CONSTITUIR FAMÍLIAS MONO E HOMOPARENTAIS

Ana Carolina Saavedra Losada Lopes

Rio de Janeiro
2019

ANA CAROLINA SAAVEDRA LOSADA LOPES

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE
CONSCIÊNCIA DO MÉDICO SERVIDOR PÚBLICO PERANTE O DIREITO DE
CONSTITUIR FAMÍLIAS MONO E HOMOPARENTAIS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A APLICAÇÃO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO SERVIDOR PÚBLICO PERANTE O DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIAS MONO E HOMOPARENTAIS

Ana Carolina Saavedra Losada Lopes
Graduada pela Universidade Cândido
Mendes. Advogada.

Resumo – O presente estudo tem como foco o direito de mulheres e pessoas com úteros, solteiras ou em casais homoafetivos ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida. Abordam-se os direitos fundamentais dessas famílias, ao planejamento familiar e à saúde, que geram deveres ao Estado. Explana a omissão legislativa, com a decorrente regulação pelo Conselho Federal de Medicina e a possibilidade dada pelo Conselho, para que médicos se abstenham de realizar as reproduções humanas, por questões internas. Trata-se das consequências do conflito entre o direito do médico de objetar consciência e o direito fundamental ao planejamento familiar, destacando-se as particularidades dos médicos agentes estatais e a sua responsabilidade. Enfatiza-se a necessidade de mais hospitais fornecendo o tratamento, concluindo que a objeção de consciência atualmente cria barreiras para o acesso à saúde e aprofunda desigualdades vedadas pela Constituição Federal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Reprodução Humana Assistida. Planejamento Familiar. Objeção de consciência. Princípios da Administração Pública. Responsabilidade do Estado. Desigualdade socioeconômica e regional.

Sumário – Introdução. 1. Planejamento familiar, o direito à inseminação artificial de mulheres solteiras e casal lésbico em hospitais públicos. 2. Os princípios da administração pública e o direito de objeção de consciência do médico, funcionário público 3. Monoparentalidade e homoparentalidade feminina e o direito à objeção de consciência e a responsabilidade estatal-administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No presente artigo tem-se como objetivo central analisar e debater a possibilidade de se aplicar a objeção de consciência do médico nos casos de inseminação artificial para famílias mono e homoparentais, especialmente, femininas e de pessoas com útero.

O trabalho é justificado tanto pelo conflito de direitos do médico e das pacientes, quanto pelas consequências sociais e constitucionais desse conflito. Mas também, pela necessidade de amplo debate e de regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida, em especial, as afeitas às pessoas com útero, uma vez que são derivados de direitos fundamentais.

O direito fundamental, que genericamente se relaciona ao tema é o da saúde. Mas, especificamente tem-se o direito fundamental ao planejamento familiar está previsto no artigo

226, §7º sendo regulado na Lei nº 9.263 de 1996. O intuito da lei é fornecer meios para que as pessoas possam planejar sua família, com proteção estatal.

O legislador criou deveres para o Estado, no que tange fornecer os instrumentos adequados para que as pessoas formem as suas famílias. Essas obrigações ganham especial relevância com o avanço tecnológico, em especial, na área da medicina e das reproduções humanas assistidas.

A regulação da reprodução humana assistida, hodiernamente, é só feita pela resolução do CFM, realizada levando em conta questões técnicas. Mas, que pode ignorar existentes demandas de mulheres e homens solteiros e casais homoafetivos.

Como exemplo; pela regulação do CFM, o médico pode objetar realizar o procedimento, sob a alegação de consciência. Previsão que entra em conflito com o dever do médico que é funcionário público, atuando em nome do Estado.

A situação se mostra mais sensível, tendo em vista que são pouquíssimos hospitais públicos que fornecem o tratamento. Sendo assim, mulheres são obrigadas a se deslocar de estados e ficar em longas filas de espera, sem certeza de que receberão o tratamento, pois o médico pode se negar.

Dessa forma, o trabalho é desenvolvido em três capítulos que exploram os pontos pertinentes, mas não únicos, sobre o tema.

O primeiro capítulo tem como foco a análise dos direitos decorrentes do planejamento familiar, em especial, os da inseminação artificial feminino. Abordando os direitos reprodutivos de mulheres solteiras e casais femininos, os cotejando com os deveres do Estado, representado em cada um de seus Poderes. Assim como, apontando as ausências de atuação estatal.

O segundo capítulo trata inicialmente da regulamentação do Conselho Federal de Medicina, quanto à ética médica, problematizando o direito de objeção de consciência do médico dentro do contexto da Administração Pública e dos princípios que a regem. Apresentando algumas soluções propostas, pela lei e por Mayara Costa, que trata de aborto legal, mas cujo texto se aplica ao presente trabalho.

No terceiro e último capítulo, analisa-se o conflito entre o direito ao tratamento e o direito de negativa, debatendo algumas consequências práticas, diante da existência de poucos hospitais que fornecem o tratamento de inseminação artificial. Assim como, as questões constitucionais resultantes dos agravamentos de diferenças regionais e sociais.

Como se observa, a pesquisa é qualitativa, necessariamente e pelo método hipotético-dedutivo. O examinador realiza leituras diversas sobre os temas, atentando para as opiniões

formuladas e os métodos aplicados pelos autores dos materiais investigados. Então, baseando-se nas obras, cotejando-as com as regulações e legislações pertinentes, formula hipóteses com o objetivo de fundamentar sua posição, ao mesmo tempo em que reconhece a possibilidade de opiniões diversas e conflitos de direitos constitucionais.

1. PLANEJAMENTO FAMILIAR, O DIREITO ÀS REPRODUÇÕES HUMANAS ASSISTIDAS DE MULHERES SOLTEIRAS E DE FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS FEMININAS

O planejamento familiar é direito fundamental, previsto no artigo 226, §7º da Constituição Federal¹, relacionado com outro direito fundamental: o da saúde. Como se sabe, por se tratarem de direitos e garantias fundamentais é preciso que sejam efetivados.

O Estado – e seus três poderes – tem a obrigação constitucional e legal de fornecer os instrumentos mais adequados para concretude dos direitos fundamentais, em razão da “eficácia radiante” desses direitos². Por isso, por um lado, o legislador criou a Lei nº 9.263³, conhecida como “Lei do Planejamento Familiar”.

Por outro lado, o legislador tem se omitido em regular um importante avanço biomédico: as técnicas de reprodução humana assistida, ferramentas eficientes e seguras para efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos – e do planejamento familiar.

Muitos projetos de lei tramitam, alguns inclusive datando 1995, mas nenhum ainda se tornou leis. Então, hodiernamente, é somente o Conselho Federal de Medicina – CFM – que tem regulamentado essas técnicas.

Já o Poder Executivo tem agido no sentido de fornecer o tratamento de inseminação artificial nos hospitais públicos. No entanto, ainda o faz muito timidamente.

Até o momento, são em torno de 12 os hospitais que fornecem tratamento gratuito pelo SUS para infertilidade, dos quais: 1 no Rio de Janeiro, 1 em Brasília, 1 em Minas Gerais, 2 em Porto Alegre, 4 em São Paulo, 1 em Natal⁴. Existia em Pernambuco⁵ um hospital, mas

¹ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 08 fev. 2019.

² LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

³ BRASIL. *Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

⁴ O GLOBO. *Confira locais que oferecem tratamento para infertilidade no SUS*. Disponível em: < <https://gshow.globo.com/programas/mais-voce/noticia/confira-locais-que-oferecem-tratamento-para-infertilidade-no-sus.ghtml>> Acesso em: 29 dez. 2018.

⁵ VILELA, Silvano. *Inscrições para fertilização gratuita no SUS, algumas opções*. Disponível em: < <https://www.vix.com/pt/bdm/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>> Acesso em: 29 dez. 2018.

não fornece mais o tratamento. Existe um hospital em Goiana, no entanto, não diz se é gratuito e um hospital em São Paulo que o fornece a baixo custo.

Já hospitais particulares, em rápida pesquisa no *Google*, encontraram-se 18 nosocômios no Rio de Janeiro que fornecem tratamentos para infertilidade, alguns em diversas localidades do Estado.

Quanto ao Poder Judiciário incumbe julgar os processos conjugando os direitos individuais, as demandas sociais, assim como as questões técnicas. Para isso, usa de princípios, que regem as relações individuais e familiares, dentre eles:

O da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III da Carta Magna⁶, pois abarca todos os demais princípios, implicando direitos básicos para vida qualitativa, dentro de Estado Democrático de Direito.

O princípio da não discriminação, também previsto na Constituição⁷, no artigo 3º, IV, muito relacionado ao princípio da impessoalidade, que rege a Administração Pública.

O terceiro é o princípio da igualdade e da diferença, cujo nome apresenta aparente contradição, mas que em verdade se complementam. Como dita o trecho do acórdão do Recurso Especial (REsp) nº 1.286.879-SP⁸, de 2015, no qual o Ministro Relator Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se manifestou sobre dever de alimentos entre ex-companheiros de mesmo gênero:

[...]A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

Os princípios assumem especial relevância, quando se trata da inseminação artificial - uma das técnicas de reproduções humanas assistidas - isso porque não se estabilizou quem são as pessoas que as acessam e tampouco quais as consequências jurídicas da sua utilização.

Inicialmente, o CFM falava somente em casal heteroaferivo. Mas, na sua última Resolução nº 2.168⁹, o Conselho com base na decisão do Supremo Tribunal, passou a permitir

⁶ BRASIL, op.cit., nota 1

⁷ Ibid.

⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.286.879-SP*. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.286.879&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

⁹ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em: 08 fev. 2019.

a inseminação artificial para casal homoafetivo e mulheres solteiras, ressaltando a objeção de consciência.

É importante frisar, que, apesar de reconhecido formalmente o direito, é inegável como pessoas com útero vivenciam a violência em graus diferentes, incluída a violência médica. E, a ressalva feita pelo CFM, pode acabar por legitimar essa forma de violência – tema a ser estudado adiante.

Elas e eles têm o direito, garantido pela Constituição, de terem filhos. A interferência do estatal deve ser positiva, no sentido de garantir os meios necessários para realização da maternidade ou paternidade e será negativa – se abster - de discriminar pessoas por sua orientação sexual e/ou configuração familiar.

No entanto, essa não tem sido a realidade, conforme constata-se do relato do casal lésbico em entrevista pela Globo¹⁰:

A criança hoje tem sete meses de idade e, segundo Lusiene, é a materialização de um sonho antigo do casal. "A inseminação artificial era uma vontade antiga nossa, mas por questão financeira não conseguimos. Então procurei o método tradicional, para realizar o sonho de sermos mães", disse Lusiene, que encontrou um doador anônimo disposto a ajudá-la.

"O governo não dá alternativas para inseminação artificial na saúde pública. Se houvesse esta hipótese, não teríamos de ter passado por essa situação constrangedora", avalia Lucélia que, ao lado da companheira, procurou o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos e Ações Estratégicas (NDDH) da Defensoria Pública onde, além do direito à dupla maternidade garantido em cartório, o casal aproveitou para oficializar a união.

De qualquer forma, em termos técnicos, o tratamento é igual para todos, em que o doador do material genético não tem nenhum direito sobre a criança, sendo o poder familiar estritamente da ou do ou das ou dos pacientes das técnicas da reprodução humana. Isto é, a ligação do doador com a prole é estritamente genética, jamais jurídica.

No entanto, o acesso dos cidadãos é diferenciado, em razão de classe, de gênero e orientação sexual. Assim, como o acesso pode ser dificultado por outros preconceitos sociais, tais como o racismo e a gordofobia, contra pessoas deficientes, idosas, entre outras.

Mecanismos que também operam para negativa de fornecimento, com a consequente violência médica, deixando pessoas com seus direitos fundamentais violados.

¹⁰ O GLOBO. *Casal homoafetivo registra criança com duas mães diretamente no cartório, no Pará.* <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Em suma, nesse capítulo, entende-se que as pessoas, por serem cidadãos e viverem em um Estado Democrático e plural, têm direitos básicos. Dentre eles, direito à saúde reprodutiva e a possibilidade de maternidade ou paternidade protegida e segura.

Para assegurar esse direito, surgiram as técnicas de reprodução humana assistida, atualmente regulada pelo Conselho Federal de Medicina, que prevê como pacientes pessoas solteiras e casais homoafetivos.

Mas, não basta haver a autorização formal ao mesmo tempo em que se possibilita ao médico abster-se de fornecer o tratamento, baseado em seus preconceitos pessoais. Sob pena de cometer violência médica contra as pacientes.

A questão se torna especialmente sensível, tendo em vista a disparidade de acesso a tratamentos pela classe social, que será tratado no terceiro capítulo, depois de se estudar a objeção de consciência e os princípios da Administração Pública.

2. OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO, FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Como dito no capítulo anterior, o Conselho Federal de Medicina regula, atualmente, as técnicas de reprodução humana assistida. Mas, a função do Conselho não se restringe a isso, serve também como diretriz e código de ética para os médicos brasileiros, conforme se depreende dos artigos 2º e 10 do seu Regimento Interno¹¹.

As Resoluções do CFM, portanto, se aplicam aos médicos que atuam na área privada e na área pública. O Código de Ética atual¹² prevê dois princípios que não são necessariamente contraditórios, mas podem ser: a não discriminação e a autonomia de consciência, este último nos seguintes termos:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.¹³

¹¹ BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.998*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/1998alteraregimentointernocfm.pdf>> Acesso em: 8 fev. 2019.

¹² BRASIL, Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética*. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>> Acesso em: 08 fev. 2019.

¹³ Ibid.

Ainda, conforme o Código¹⁴ supracitado é direito do médico se eximir de realizar procedimentos médicos que lhe contrariam a consciência. E, ao falar de direitos humanos, veda que o médico trate outro ser humano com discriminação.

Há conflito entre a liberdade de consciência do médico – muitas vezes traduzidas em preconceitos – e a vedação à discriminação.

Foi dentro dessa lógica que o CFM tratou das técnicas de reprodução humana assistida. Por um lado, permitiu a inseminação artificial por casais homoafetivos e por outro, deixou a critério subjetivo do médico – sua consciência – se realizará ou não os procedimentos.

O Conselho Federal de Medicina resolve o conflito, apresentando as hipóteses em que não se aplica a objeção de consciência: urgência e emergência, em que está em risco a saúde da ou do paciente.

Mas, a inseminação artificial não é um caso de emergência, o que levaria a presunção de que pelo Conselho, o médico poderia deixar de realizar os procedimentos.

Maynara Costa¹⁵, em seu artigo, define o que é objeção de consciência do médico e ajuda a resolver o conflito. A autora visa compatibilizá-lo com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, especificamente no que tange o direito de aborto, que não é o tema deste trabalho.

Contudo, a autora aborda pontos relevantes sobre a objeção de consciência, aplicáveis às técnicas de reprodução assistida: (i) não se trata de achismo, mas de um direito subjetivo do médico, que deve ser sopesado com outros valores e (ii) não pode ser acionado em todos os casos.

Além dessas limitações ao subjetivo de todos os médicos, é vital lembrar que os médicos públicos, como agentes estatais, devem obedecer a regimentos específicos e devem se sujeitar às normas da Administração Pública, no caso em especial, a Lei nº 8.080 de 1990 – conhecida como “Lei do SUS”¹⁶.

Nos termos da lei os serviços públicos devem respeitar alguns princípios, elencados no artigo 7º, dentre eles cabe destacar o inciso IV: “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;”¹⁷

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 10

¹⁵ COSTA, Maynara. *Objeção de consciência dos profissionais de saúde e responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/maynara-costa-advoc/artigos/objecao-de-consciencia-dos-profissionais-de-saude-e-responsabilidade-civil-do-estado-2446>> Acesso em: 08 fev. 2019.

¹⁶ BRASIL, *Lei nº 8.080* de 19 de janeiro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L80-80.htm> Acesso em: 08 fev. 2019.

¹⁷ Ibid.

Esse princípio decorre dos princípios vetores da Administração Pública: a isonomia e a impessoalidade, previstos no artigo 37 da Constituição Federal¹⁸.

Com base neles, a Administração Pública Direta e Indireta – e seus agentes - têm o dever de tratar todos com igualdade, seja tratando de maneira igual ou de maneira a tornar igual – isonomia formal e material - e sem privilegiar ou perseguir ninguém.

Dentro desses deveres, conforme visto no primeiro capítulo, deve o Estado concretizar os direitos reprodutivos, uma vez que é direito constitucional de todos os cidadãos, independentemente da orientação sexual ou estado civil ou raça.

O Estado compreendido como os seus Poderes e também seus agentes. O médico é, no presente caso, quem lida direta e primeiramente com a concretização desse direito. Já que é com ele que as ou os pacientes lidam para fazer a inseminação artificial.

Assim sendo, o dilema dado no âmbito privado, se torna mais sensível e demanda soluções diferentes, quando confrontada com os deveres estatais e com a impessoalidade administrativa.

De um lado, tem-se o direito subjetivo do médico, de ter suas convicções pessoais e de outro lado, há o dever de fornecer as técnicas adequadas para que as pessoas formem sua família, alcançando sua felicidade; o dever de dar saúde, incluindo a reprodutiva sem nenhuma forma de discriminação.

Assim sendo, o CFM visando garantir direitos e deveres para os médicos, resultou em aparente conflito entre a possibilidade de negar, por consciência, e a impossibilidade de gerar discriminação.

O Conselho é aplicável tanto para os médicos privados, quanto para os médicos públicos. No entanto, para esses últimos é preciso maior sensibilidade, pois atuam em nome de Estado e tem obrigações diferentes das dos médicos particulares.

Diante do exposto, como fica a questão da objeção de consciência, no caso específico do médico servidor público ou do médico privado conveniado do SUS.

É possível aplicar a objeção de consciência para que não realize as técnicas de reprodução humana assistida? A omissão do médico ou sua recusa para o tratamento geram responsabilidade civil para o Estado? É a questão apresentada no próximo capítulo.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1

3. MONOPARENTALIDADE, HOMOPARENTALIDADE FEMININA, O DIREITO À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E A RESPONSABILIDADE ESTATAL-ADMINISTRATIVA

Nos dois capítulos anteriores foram apresentados dois direitos, planejamento familiar e objeção de consciência, que aparentemente se chocam e podem resultar em graves prejuízos aos indivíduos.

A objeção de consciência não é um tema novo para agentes estatais, sendo um dos atributos clássicos do exercício da magistratura. Por exemplo, os juízes podem se declarar suspeitos, por razão de foro íntimo, sem precisar justificá-lo, nos termos do artigo 145, parágrafo 1º do Código de Processo Civil¹⁹. Uma vez que o magistrado precisa ser imparcial, o conflito de consciência é um peso negativo em sua decisão, de forma que o foro íntimo resguarda tanto a si quanto as partes da demanda.

No entanto, a mesma mentalidade não se aplica à profissão do médico, cujo ofício é mais de ordem técnica do que decisória. Em outros termos, a discordância subjetiva do médico não o deveria afetar na aplicação das técnicas médicas. A não ser que a objeção se deva, justamente, ao método mais apropriado, o que não é o tema deste trabalho.

O conflito, entre os direitos, afeta não apenas o plano teórico, mas o plano prático, do dia-a-dia de mulheres – ou pessoas com úteros – homoafetivas, de classes sociais mais desfavorecidas. Considerando o que já foi apresentado, de que forma é possível resolver tal impasse?

O embate em questão não pode ser resolvido igualmente na esfera privada e na esfera pública. Os médicos, ao atuarem no regime particular, devem observar apenas os regramentos impostos pela CFM, enquanto a atuação na área pública impõe, também, regramento pela CRFB²⁰/1988 e pela Lei do SUS²¹.

Apesar de a Lei nº 8.080²² não trazer, em seu texto, a ressalva de consciência, veda o tratamento discriminatório. Uma vez que os regulamentos produzidos pelo Conselho Federal de Medicina também se prestam a complementar a legislação estatal, ao regularem a profissão, também são aplicáveis ao exercício público da medicina. Assim, ao menos em tese, a objeção de consciência seria um direito do médico atuante.

¹⁹ BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-201-8/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 09 fev. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 1

²¹ BRASIL, op. cit., nota 11

²² Ibid.

Entretanto, quando se trata de médico público, por ser agente estatal, a regulação do Conselho deve ser lido pelo viés constitucional e interpretado em conjunto com os vetores da Lei nº 8.080²³. Em outros termos, a análise fria e básica da legislação não é forma ideal de interpretação: o direito deve ser sempre sopesado com os direitos constitucionalmente protegidos.

A objeção de consciência, exercida de forma sigilosa e sem exigir que o profissional explicitie seus motivos, permite a recusa do tratamento pautada em preconceitos. Tal atuação viola o direito subjetivo da paciente, constitucionalmente garantido, assim como representa uma violação no dever constitucional de a Administração Pública fornecer tratamentos sem a diferenciação por raça, gênero etc.

Como se sabe, o dano causado pelo agente é de responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal²⁴. Portanto, quando o médico nega fornecimento, por mera discriminação, gera para o Estado o dever de indenizar.

Ao analisar a forma do tratamento fornecido em hospitais públicos, podemos dimensionar o dano provocado pelo Estado, por meio de seu profissional. Analisaremos, brevemente, os três fatores mais importantes para a consideração da extensão do dano.

Primeiro, são em torno de 12 hospitais públicos que fornecem a inseminação artificial, divididos em 6 estados brasileiros; ou seja, somente 6 dos 26 Estados fornecem o tratamento de forma gratuita. Dessa forma, casais de qualquer tipo, incluindo os heterossexuais em que o homem é infértil, dos outros 20 Estados-membros precisam se deslocar para receber tratamento gratuito.

No caso dos casais homoafetivos e das mulheres solteiras, a mobilização adquire contornos mais gravosos. Isso, porque, além deverem se deslocar por grandes distância, ainda podem ter o tratamento negado por nenhum outro motivo além de preconceito de ordem de gênero ou sexual.

Segundo, o tratamento dura, em média, um mês. Ao rememorar o primeiro ponto, conclui-se que o gasto é elevado, pois o potencial paciente deve prover seu deslocamento e sua estadia no destino, dois serviços custosos. Para minorar o prejuízo financeiro, algumas decisões judiciais têm obrigado os entes federativos a fornecer transporte gratuito para tratamento, em alguns casos. No entanto, o próprio esperar pelas decisões judiciais pode levar considerável tempo, como sabido popularmente.

²³ BRASIL, op. cit., nota 11.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

Terceiro, mesmo que a interessada consiga localizar um dos hospitais, deverá enfrentar uma fila do sistema, para que inicie o tratamento. Novamente, a parte deve se deslocar por grandes distâncias, custear estadia, esperar na fila para, ao final, ver seu direito violado por uma conclusão preconceituosa do médico.

Fica clara a disparidade entre a objeção de consciência no âmbito privado e no âmbito público. No Estado do Rio de Janeiro, se um médico particular nega, as pacientes podem recorrer a outros 17 hospitais. Por outro lado, se um médico público nega, as pacientes precisaram se deslocar para outro estado, correndo o risco de receber a mesma negativa.

Existem motivos teóricos de resolução de conflitos e consequências práticas, que afastam a possibilidade do médico público negar o tratamento de inseminação artificial. Por conseguinte, até que mais hospitais forneçam o tratamento, o direito profissional de objeção de consciência deve ser submetido ao direito fundamental ao planejamento familiar, sob pena de perpetuação da violência social.

CONCLUSÃO

A concepção de família está sempre em mudança, tanto pelos avanços tecnológicos, quanto pelas configurações familiares fáticas. Isso afeta o Direito, que deve buscar se reconstruir com as demandas sociais e biomédicas, tanto para regula-las, como para garanti-las.

Nesse contexto, destaca-se a relevância das técnicas de reprodução humana assistida, já que é importante instrumento para satisfação do direito constitucional e fundamental de planejamento familiar, ao permitir que casais tenham filhos com ajuda de médicos, inclusive, casais que não poderiam gerar vidas.

Dessa feita, o direito de constituir família cria para o Estado alguns deveres, dentre eles, os de fornecer os meios e instrumentos adequados para controle de prole, seja para auxiliar a ter filhos ou para evita-los.

Ao falar de Estado, não o restringe ao Poder Executivo, a quem incumbe fornecer de forma gratuita o tratamento médico. Ao contrário, fala-se também dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O Poder Legislativo tem sido omissivo quanto a regulação das técnicas de reprodução humana assistida. Ainda que tenham diversos Projetos de Lei tramitando hoje, a omissão é parcialmente resolvida pelo Conselho Federal de Medicina.

O que, por seu turno, tem gerado intenso debate, já que o Conselho é um órgão médico, de suma importância, mas que, por seu caráter técnico, pode não atender as demandas.

Nesse sentido, destaca-se a resolução que cuida das técnicas de reprodução humana assistida, no que tange as técnicas de inseminação artificial. Atendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, o CFM permitiu que mulheres solteiras e casais homoafetivos se utilizassem das técnicas, ressalvando o direito de consciência do médico.

Ao dispor desse modo, criou, pelo menos aparentemente, conflito entre dois direitos: de um lado, o direito de planejamento familiar de pessoas com útero, solteiras ou casais e de outro, o direito do médico a fornecer o tratamento necessário.

A conduta do Conselho se releva temerária, ainda mais que, conforme visto nos capítulos, se aplicaria aos médicos privados e públicos, gerando barreiras de acesso à saúde e violando dispositivos constitucionais.

A objeção de consciência não é uma garantia estranha ao Direito, inclusive, é aplicável a juízes, para evitar que profiram decisões parciais. Mas, ela ganha contornos distintos quando se fala de saúde. Isso porque, a consciência do médico não deve intervir sobre o seu procedimento, exceto nos casos em que haja discussão sobre a melhor técnica – o que não foi o foco deste trabalho.

Esse direito médico, garantido pelo Conselho Federal de Medicina, acarreta, ainda que sem intenção, em aumento da desigualdade social e regional, uma vez que somente 12 hospitais fornecem o tratamento pelo SUS, concentrado em 6 estados do Brasil – em oposição aos hospitais que particulares, que só no Rio de Janeiro tem mais de 18 clínicas, algumas localizadas em mais de uma região, que fornecem o tratamento.

Como somente 6 dos 26 estados – excluído o Distrito Federal, que tem um hospital – se uma pessoa ou um casal de mulheres homoafetivas deseja fazer inseminação artificial, mas não tem condições de arcar com o tratamento, deverá se inscrever na extensa fila de espera de um hospital de outro estado.

Para se inscrever, deverão gastar com transporte para o estado que forneça tratamento. Mas e se não tiverem como arcar? Por vezes, a justiça condena o estado a arcar com custo de transporte para tratamento, mas não é regra. Fora o gasto com estadia no estado que forneça o tratamento. Toda a espera pode culminar com a negativa de fornecimento do tratamento pelo médico, sob alegação de objeção de consciência.

A CRFB/88 veda qualquer forma de discriminação, incluindo, a de região. O médico público, que por opiniões privadas, se obsta de fornecer direito fundamental, viola o direito a

igualdade, a não discriminação e o planejamento familiar e o faz com base em preconceitos particulares, tais como a homofobia e machismo, dentre outros. Conseqüentemente, o estado está violando seus deveres constitucionais.

Além disso, como dito, algumas vezes os estados são condenados a arcar com as custas de transporte para o tratamento, então, a negativa do médico acaba por gerar mais gasto para o próprio estado, sem que as pessoas tenham tido efetivo tratamento.

Em suma, não se pretende violar o direito a consciência dos médicos, sejam eles atuantes na esfera pública ou privada, mas chamar atenção para as conseqüências do exercício desse direito sem que haja implementação do tratamento nos 26 estados, assim como expansão para mais hospitais dentro de cada estado e do Distrito federal.

Quando o Estado tiver condições de fornecer o tratamento para todas as pessoas com útero, gratuitamente, tendo mais hospitais e mais médicos habilitados. Somente então, cessará o conflito entre os direitos e o médico poderá apresentar sua objeção de consciência, sem aprofundar ainda mais as desigualdades sociais e regionais.

Até então, o que se tem com a objeção de consciência é que o preconceito contra mulheres – e pessoas com útero – e casais lésbicos, permite que o médico se abstenha de seus deveres legais, reforçando outras formas de discriminação: o regionalismo e o classismo.

Por fim, ressalta-se a necessidade de uma lei que aborde especificamente a inseminação artificial no âmbito de hospitais público, diante das peculiaridades decorrentes da relação entre médico público e seus pacientes e o médico particular e seus pacientes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2006.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 09 fev. 2019.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 ago. 2018.

_____, Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.168* Disponível em:<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____, Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.998*. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/1998alteraregimentointernocfm.pdf>> Acesso em: 8 fev. 2019.

_____, Conselho Federal de Medicina. *Código de Ética*. Disponível em: <<http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-atual>> Acesso em: 08 fev. 2019.

_____, *Lei do SUS*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 19 mar. 2019.

_____, *Lei do Planejamento Familiar*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/L-EIS/L9263.htm> Acesso em: 22 ago. 2018.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

COSTA, Maynara. *Objecção de consciência dos profissionais de saúde e responsabilidade civil do Estado*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/maynara-costa-advoc/artigos/objecao-de-consciencia-dos-profissionais-de-saude-e-responsabilidade-civil-do-estado-2446>> Acesso em: 08 fev. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O GLOBO. *Casal homoafetivo registra criança com duas mães diretamente no cartório, no Pará*. <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml>>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Confira locais que oferecem tratamento para infertilidade no SUS*. Disponível em: <<https://gshow.globo.com/programas/mais-voce/noticia/confira-locais-que-oferecem-tratamento-para-infertilidade-no-sus.ghtml>> Acesso em: 29 dez. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

OBSERVATÓRIO DA SAÚDE. *Infertilidade: SUS oferece tratamento gratuito*. Disponível em: <<http://observatoriodasauderj.com.br/infertilidade-sus-oferece-tratamento-gratuito>> Acesso em: 22 ago. 2018.

RESENDE, Frederico Ferri. *Objecção de consciência do médico e autonomia do paciente*. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26565:2016-11-22-14-13-19&catid=46>. Acesso em: 22 ago. 2018.

VILELA, Silvano. *Inscrições para fertilização gratuita no SUS, algumas opções*. Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/bdm/saude/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente>> Acesso em: 29 dez. 2018.