

**RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA DO ESTADO E OBJEÇÃO
DE CONSCIÊNCIA DO MÉDICO – UM ENSAIO SOBRE A NEGATIVA DA
PRESTAÇÃO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ À LUZ DO
DIREITO PORTUGUÊS**

CIVIL ADMINISTRATIVE LIABILITY OF THE STATE AND MEDICAL
CONSCIENTIOUS OBJECTION - AN ESSAY ABOUT NEGATIVE OF THE
PROVISION OF VOLUNTARY INTERRUPTION OF PREGNANCY IN THE
LIGHT OF THE PORTUGUESE LAW

Olívia Marcelo Pinto de Oliveira*
Isabela Fares Matias**

RESUMO

Em 11 de fevereiro de 2007, mediante referendo, Portugal despenalizou a interrupção voluntária da gravidez à pedido da mulher, desde que realizado até as dez primeiras semanas de gravidez, estando tal matéria regulada pela lei nº 16/2007. Assim, a omissão por órgão público no tocante à realização da interrupção voluntária da gravidez constitui manifesto fato ilícito, o qual acarreta danos à mulher grávida e, conseqüentemente, aos seus familiares. Interessa para o presente trabalho acadêmico a responsabilidade civil administrativa por fato ilícito, uma vez que será analisada a negativa da prestação do aborto pelo médico de hospital público à mulher grávida, em razão do suposto direito médico de objeção de consciência. A negativa na prestação do aborto por médico de hospital público à mulher grávida que preenche os requisitos legais *versus* o direito médico à objeção de consciência, constitui um conflito a ser analisado juridicamente e que justifica a importância do presente ensaio à luz do Direito português.

PALAVRAS-CHAVE: Interrupção voluntária da gravidez; Aborto; Responsabilidade civil administrativa; Objeção de consciência.

ABSTRACT

On February 11, 2007, by referendum, Portugal decriminalized abortion to the woman's request, since it is performed by the first ten weeks of pregnancy, such matter being regulated by Law n. 16/2007. Thus, the omission by a public agency with respect to carrying out the abortion is manifest unlawful act which causes damage to pregnant women and consequently their families. Interest for the present academic work to civil administrative liability for unlawful act, since it will be analyzed the negative provision of abortion by a doctor in a public hospital to a pregnant woman, on account of alleged medical right of conscientious objection. The refusal to provide the abortion doctor in a

* Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Professora do Curso de Direito e Coordenadora da Pós-graduação Lato Senso da Universidade de Fortaleza.

** Especialista em Direito Empresarial pela PUC/SP. Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza.

public hospital to pregnant women who meet the legal requirements versus the right doctor to conscientious objection constitutes a conflict to be considered legally justified and that the importance of this paper in the light of the Portuguese Law.

KEYWORDS: Voluntary interruption of pregnancy; Abortion; Civil administrative liability; Conscientious objection.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil administrativa consiste no “conjunto de circunstâncias da qual emerge, para a administração e para os seus titulares de órgãos, funcionários ou agentes, a obrigação de indenização dos prejuízos causados a outrem no exercício da actividade administrativa” (SOUSA; MATOS, 2008, p. 11). Nas palavras de Maria José Rangel de Mesquita (2004, p. 46-47), a responsabilidade da Administração reveste natureza de garantia contenciosa e “traduz-se assim na obrigação que sobre ela recai de ressarcir os danos causados aos particulares no desempenho das suas funções – daí o uso da expressão responsabilidade civil da Administração”.

Ressalte-se, ainda, que a expressão “responsabilidade civil administrativa” em nada se refere ao Direito Privado, pois o adjetivo “civil” indica apenas que não se relaciona a uma responsabilidade política, criminal, contra ordenacional ou disciplinar, tratando-se a responsabilidade civil de uma reparação de danos, seja a um particular ou pessoa jurídica (SOUSA; MATOS, 2008, p. 11).

A responsabilidade civil da Administração pode revestir um carácter contratual ou extracontratual, conforme o dever de indenizar tenha origem na violação das obrigações de indenizar (MESQUITA, 2004, p. 47). No Direito Português, a responsabilidade contratual do Estado e de outras entidades públicas, sendo o contrato privado, é regida pelo Código Civil Português (CCP) (MONCADA, 2008, p. 25), enquanto a responsabilidade civil administrativa extracontratual é disciplinada pela lei nº 67/2007, que em seu anexo dispõe sobre o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas (RRCEE), também devendo ser aplicada às entidades privadas que desenvolvem atividades públicas. A aprovação da mencionada lei era inevitável, uma vez que urgia concretizar o art. 22 da Constituição da República Portuguesa (CRP), que consagra o princípio geral da responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas (MONCADA, 2008, p. 13).¹

¹ Artigo 22.º CRP Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

O RRCEE regula a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício: a) da função administrativa, por ato ilícito ou pelo risco; b) da função jurisdicional; c) da função político-legislativa; e, ainda, d) a indenização pelo sacrifício. Todas as hipóteses, segundo Fernando Alves Correia (2011, p. 146), assentes no direito fundamental do cidadão à reparação de danos.

Interessa para o presente trabalho acadêmico a responsabilidade civil administrativa por fato ilícito, uma vez que será analisada a negativa da prestação do aborto pelo médico de hospital público à mulher grávida, em razão do suposto direito médico de objeção de consciência, entendido este como um ato estritamente privado, oriundo de um conflito moral (SILVA, 2002).

Em 11 de fevereiro de 2007, mediante referendo, Portugal despenalizou o aborto à pedido de mulher grávida, desde que realizado até as dez primeiras semanas de gravidez, estando tal matéria regulada pela lei nº 16/2007. Assim, a negativa na prestação do aborto por médico de hospital público à mulher grávida que preenche os requisitos legais *versus* o direito médico à objeção de consciência, constitui um conflito a ser analisado juridicamente. A omissão por órgão público no tocante à realização da interrupção voluntária da gravidez revela manifesto fato ilícito, o qual acarreta danos à mulher grávida e, conseqüentemente, aos seus familiares.

A situação-problema apresentada justifica a importância do presente ensaio sobre a responsabilidade civil administrativa em razão da negativa da prestação do aborto pelo médico e à luz do Direito português.

Para tanto, o trabalho contou com pesquisa de caráter exploratório, descritivo, analítico, bibliográfico, e dividiu-se em três capítulos. Primeiramente, apresentou-se um histórico do aborto em Portugal, contextualizando-se o momento atual e a descriminalização do aborto no país. Em seguida, analisou-se o direito médico à objeção de consciência. Após, relacionou-se a responsabilidade civil administrativa do Estado e o direito médico à objeção de consciência do médico no caso de interrupção voluntária da gravidez (IVG), concluindo pela responsabilidade do Estado por fato ilícito ou mal funcionamento do serviço em havendo negativa da IVG sem o devido encaminhamento da mulher grávida ao hospital competente para a realização do procedimento ao qual tem direito, ou havendo qualquer tipo de consequência em razão da negativa da IVG e mitigação de seu direito.

1 ABORTO EM PORTUGAL – UM BREVE HISTÓRICO

O aborto inseguro, ou também chamado clandestino, é responsável por um número significativo de morte de mulheres todos os anos. Numa perspectiva mundial, Ana Campos (2007, p. 54) apresenta dados estatísticos sobre tal situação:

Estima-se que em cada ano, 19 milhões de mulheres, confrontadas com uma gravidez não programada e não desejada, se arrisquem às conseqüências de um aborto inseguro. Aproximadamente 70.000 mulheres morrem e centenas ou milhares sofrerão as conseqüências de um aborto inseguro. Dessas mulheres, cerca de 96% provêm dos países mais pobres do mundo. Das 500.000 mortes maternas por ano, 13% são devidas às conseqüências de um aborto inseguro e 50% destas mortes ocorrem em países em desenvolvimento.

A ocorrência do aborto voluntário revela a existência de uma gravidez indesejada, e ausência ou falibilidade de contraceção. Houve períodos em que o aborto era considerado um “continuum contraceptivo”, figurando prática natural e aceita no controle de nascimentos (CAMPOS, 2007, p. 11). A condenação moral do aborto somente tem início com a preocupação com o despovoamento e com o declínio do papel da mulher, revelando este último aspecto a sujeição e mitigação da liberdade feminina (CAMPOS, 2007, p. 12).

A utilização de métodos contraceptivos também foi criticada e condenada, especialmente pelos cristãos e pelo Estado. Somente no século XVIII, “a contraceção passa a ser socialmente justificada para limitar o número de filhos do casal, mas também para assegurar a saúde da mulher e dos filhos” (CAMPOS, 2007, p. 30). Entretanto, o que justificaria a ausência de utilização da contraceção nos dias atuais?

A universalidade do fenômeno da gravidez não desejada indica assim que em todo o mundo as mulheres e os casais têm dificuldade em planear os nascimentos com sucesso. As razões para o não uso de uma contraceção eficaz podem ir desde o desconhecimento à falta de acesso, ao medo dos efeitos colaterais, oposição do parceiro, ou podem ser criados pela simples ambivalência e ainda pela auto-percepção de que não se engravida. Todos estes aspectos traduzem um atraso ou pouca eficácia de políticas de educação para a sexualidade ou ainda o pouco e desigual desenvolvimento e eficácia de serviços de aconselhamento contraceptivo. Os diferentes métodos contraceptivos podem também falhar e, de facto, a eficácia real decorrente do seu uso é muito inferior à que é apresentada nos estudos biológicos: assim, nos EUA, a taxa de falha efectiva da pílula no primeiro ano de utilização é oito vezes superior à taxa de falha habitualmente descrita, por esquecimento, interferências medicamentosas ou outras razões. (CAMPOS, 2007, p. 55)

A contraceção e o aborto podem ser estudados à luz do planeamento familiar, este ainda que prévio ou posteriormente à gravidez. Inicialmente chamado de “controle de nascimentos”, o planeamento familiar tem em Portugal o Dr. Albino Aroso, Secretário de Estado da Saúde na década de 70, como referência no assunto, tendo implantado em 1976 consultas de planeamento familiar nos Centros de Saúde de

Portugal, os quais proporcionaram diminuição de abortos, morbidade e mortalidade materna e infantil (CAMPOS, 2007, p. 67).

Nos idos de 1970 o planejamento familiar passou, portanto, a ser cogitado em Portugal, contudo, somente em 1982 iniciam-se tentativas de mudança legislativa no tocante ao seu alargamento em Portugal. Nesse mesmo ano é apresentado projeto de lei objetivando a legalização do aborto realizado a pedido da mulher até as doze semanas de gravidez, o qual, inobstante ter sido rejeitado, inaugura em Portugal a luta pela liberdade da mulher e respeito aos seus direitos sexuais e reprodutivos (CAMPOS, 2007).

Em 1998, após a aprovação de um projeto de lei da Juventude Socialista segundo o qual despenaliza o aborto a pedido da mulher até as dez semanas de gravidez, partidos políticos acordam pela realização de um referendo sobre o aborto.² Assim, em 28 de junho de 1998, ao ser consultado sobre a legalização do aborto, a maioria do povo português que recorreu às urnas respondeu “não”.

O resultado final do plebiscito, em 11 de fevereiro de 2007, foi pela aprovação da interrupção voluntária da gravidez até as 10 semanas de gestação. Foram às urnas 43,6% de eleitores portugueses; destes, 40,75 votaram favoravelmente. Contudo, devido ao quorum restrito, o resultado não teve poder vinculativo e por isso a matéria foi enviada para o Congresso para que este elaborasse a lei a ser sancionada pelo presidente da república. (CAMPOS, 2007, p. 57)

Portugal seguiu com legislação proibitiva de aborto a pedido da mulher grávida até 2007, quando novamente o povo português foi chamado a pronunciar-se em novo referendo. Assim, em 11 de fevereiro de 2007, a população escolheu favoravelmente pela IVG, ou seja, a possibilidade de realização de aborto pelo Sistema Nacional de Saúde (SNS) mediante pedido da mulher grávida. Os únicos requisitos para tal procedimento seriam: gravidez até as dez primeiras semanas, e a realização da IVG em um hospital autorizado.

Em seguida, em 17 de abril de 2007 foi aprovada a lei nº 16/2007, que dispõe sobre a despenalização do aborto, legalizando a IVG no Sistema Nacional de Saúde a pedido de mulheres portuguesas e estrangeiras residentes no país (continental e ilhas).³

² O aborto no primeiro trimestre, realizado sob forma médica ou cirúrgica, por profissionais bem treinados, acarreta baixa taxa de complicações. Para além das 10 semanas, os riscos aumentam em cada semana (CAMPOS, 2007, p. 56).

³ Ressalte-se que as estrangeiras residentes em Portugal têm o direito à interrupção voluntária da gravidez assegurado, independentemente de sua situação legal no país.

Tal legislação alterou o Código Penal Português (CPP), que passou a prever casos de interrupção de gravidez não punível, nos termos do art. 142/CPP.⁴

A previsão legal da IVG em Portugal não significou a efetivação de tal direito à mulher grávida, especialmente porque o SNS precisava adequar-se para receber as destinatárias de tal serviço a ser prestado. Ressalte-se, ainda, que a lei assegura a IVG de forma gratuita, o que ainda é objeto de crítica.⁵ Ainda, o debate acerca da descriminalização do aborto não foi sepultado, tendo sido objeto de nova discussão em julho de 2009 no plenário da Assembleia da República mediante apresentação de “petição assinada por aproximadamente cinco mil pessoas que propunham a revogação

⁴ Artigo 142/CPP. Interrupção da gravidez não punível

1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.
- e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

2 - A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3 - Na situação prevista na alínea e) do n.º 1, a certificação referida no número anterior circunscreve-se à comprovação de que a gravidez não excede as 10 semanas.

4 - O consentimento é prestado:

- a) Nos casos referidos nas alíneas a) a d) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de três dias relativamente à data da intervenção;
- b) No caso referido na alínea e) do n.º 1, em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo, o qual deve ser entregue no estabelecimento de saúde até ao momento da intervenção e sempre após um período de reflexão não inferior a três dias a contar da data da realização da primeira consulta destinada a facultar à mulher grávida o acesso à informação relevante para a formação da sua decisão livre, consciente e responsável.

5 - No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, o consentimento é prestado pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

6 - Se não for possível obter o consentimento nos termos dos números anteriores e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.

7 - Para efeitos do disposto no presente artigo, o número de semanas de gravidez é comprovado ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leges artis.

⁵ “Porque financia o Estado a prática do aborto? Qual a razão de bem comum que leva o Estado a oferecer gratuitamente o aborto a uma mulher que tem rendimento mensal superior, por exemplo, a 3500,00€? O SNS prevê que todos os actos médicos sejam universalmente financiados pelo Estado? Os tratamentos de estomatologia são acessíveis a todos os membros dentro do SNS? Porquê? (...) O Estado passou a ter uma função protectora de vida para ter uma função financiadora da eliminação de vidas humanas. Ao custear totalmente o aborto, o Estado quis comprometer-se com esta prática”. PEGADO, Isilda. Aborto – Gratuito? Subsidiado. Debate. O aborto e a lei. Jornal Público, ano XXIII, n. 8095, edição Lisboa 07/06/2012.

da lei que descriminalizou o aborto por escolha da mulher, até dez semanas, em Portugal” (MATOS, 2010, p. 84). O procedimento de IVG em Portugal obedece ao seguinte procedimento:

A nova lei em Portugal faculta à mulher a possibilidade de interrupção da gravidez e este procedimento pode ser feito no âmbito do SNS. Como todo serviço de atenção materno-infantil, não são cobradas taxas moderadoras. Adolescentes, menores de 16 anos ou mulheres psiquicamente incapazes só podem se submeter à IVG com a autorização da mãe, do pai ou do representante legal. Primeiramente a mulher deve recorrer a algum serviço de saúde e solicitar o procedimento. Se for atendida por médico que seja objetor de consciência, este deve encaminhá-la a outro profissional e nunca tentar dissuadi-la desta decisão. Após essa primeira consulta a mulher deve passar por três dias de reflexo antes de realizar o aborto. Neste período a usuária tem direito a atendimento de aconselhamento com profissional de psicologia ou de serviço social, mas não é obrigada a ser atendida por esses profissionais. Ou seja, o aconselhamento, na lei, se tornou optativo. (MATOS, 2010, p. 80)

Conforme destacado acima, o procedimento de IVG respeita a decisão do médico objetor de consciência, não o obrigando à prática médica de ato que o constanja, oral ou religiosamente. A objeção de consciência, pois, não ocasionaria, num primeiro momento, a mitigação do direito à IVG, uma vez que a grávida será encaminhada a outro profissional para a realização do procedimento. Merece análise, entretanto, o direito à objeção de consciência.

2 O DIREITO MÉDICO À OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A objeção de consciência encontra previsão em documentação internacional, sendo a Resolução 1989/59 o primeiro documento por intermédio do qual as Nações Unidas reconheceram a objeção de consciência “como un derecho que emana de las libertades de pensamiento, consciencia y religión” (GARCÍA RUIZ, 2004, p. 15).

Já no âmbito europeu, a Resolução 337/1967, adotada pela Assembléia Consultiva do Conselho Europeu, foi o primeiro documento relativo à objeção de consciência. E, em Portugal, a Constituição da República passou a assegurar tal direito expressamente em seu texto:

Artigo 41. Liberdade de consciência, de religião e de culto

1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.
2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.
3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.
4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.
5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.

6. É garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei.

O problema da objeção de consciência surge “cuando la norma de consciencia se enfrenta a la norma jurídica, puesto que, en ese preciso momento, el Derecho tiene que optar entre respetar la norma máxima de comportamiento del sujeto o respetar su propio diseño de comportamiento social” (GARCÍA RUIZ, 2004, p. 6-7). Nesse momento, é preciso ter cuidado com o caminho a seguir, uma vez que se pode colocar em risco os pilares do Estado de Direito. Sobre o assunto, García Ruiz (2004, p. 7-9) dispõe:

Sin embargo, la opción entre norma jurídica y norma de consciencia no es una opción sencilla exenta de consecuencias. Priorizar la norma de consciencia cuando ésta es contraria a lo establecido por la norma jurídica, pese a que supone el máximo respeto al derecho de libertad de consciencia, viene, cuando menos, a cuestionar la eficacia del Derecho que, en definitiva y en todo sistema democrático, constituye la única vía de defensa de la libertad de cada uno y el único camino para preservar y promover los derechos humanos.

Por ello, reconocer la objeción de consciencia, como reacción frente a la norma jurídica que atenta contra la norma de consciencia, implica un riesgo que tan sólo se justifica en la importancia de garantizar el ejercicio del derecho de libertad de consciencia como derecho que protege el margen más amplio posible de libertad de las personas.

Esta libertad, limitada en su ejercicio por el respeto de los derechos de los demás, debe entenderse, sin embargo, como una libertad absoluta “en el plano de la interioridad”. Es decir, como una libertad interna que no puede ser restringida por el Derecho.

Pese a lo expuesto, conviene no olvidar el considerable peligro que el reconocimiento indiscriminado de la objeción de consciencia conlleva de cara al propio concepto de Derecho y de Estado de Derecho.

A objeção de consciência assegura ao médico objetor, portanto, o direito de não realizar o aborto quando não concorde moralmente ou por motivos religiosos com a sua realização. Contudo, deve o médico-objeção revelar expressamente seu posicionamento mediante o preenchimento de formulário específico, assinalando qual tipo de objeção dentre as situações abortivas legais previstas no CPP (MATOS, 2010). E, “uma vez preenchido, não poderá esse profissional desenvolver o mesmo procedimento na rede privada” (MATOS, 2010, p. 81). Interessante registrar que:

O preenchimento deste formulário demonstrou uma questão ética, pois a grande maioria dos profissionais assinalou apenas a alínea e, o que explicitou que não eram contra o procedimento em si, e sim, contra a autonomia da mulher na decisão do aborto. Só isso já nos indica a profundidade ética que a questão do aborto envolve. Todavia, cabe lembrar que pelo fato do aborto ser um direito, hoje, em Portugal, acreditamos que este deve se materializar na constituição de serviços para a sua realização com profissionais capacitados técnica, científica e eticamente. (MATOS, 2010, p. 81)

A pesquisa de Rozeli Maria Porto apresenta dados reveladores sobre a situação portuguesa após a despenalização do aborto, a partir da coleta de dados em Lisboa, acerca da prática do aborto e da objeção de consciência para eximir-se de participar da IVG solicitada. É o que se constata a seguir:

Identifiquei, dentre os meus entrevistados, (seis enfermeiras, um enfermeiro e duas médicas), três enfermeiras que à época optaram por tal estatuto de objectores. A propósito, todos são católicos, à exceção de uma enfermeira e de uma médica ginecologista que são agnósticas.

Uma das profissionais entrevistadas observou que alguns médicos e enfermeiros solicitaram transferências de hospitais para não atuar com os casos de aborto segundo a nova lei. Tomou isso como positivo, pois já fora testemunha de maus-tratos às mulheres que haviam solicitado anteriormente a IVG. Duas outras enfermeiras relataram que colegas preconizam juízos de valor criticando as mulheres que optam pelo aborto nos mais diversos casos, como, por exemplo, em ocorrência de Síndrome de Down, estupro e malformação fetal. O enfermeiro entrevistado discursou sobre ocorrências de maus-tratos às mulheres na maternidade em que trabalha, pois lá não lhes prestam atendimento por causa dos objectores de consciência. Lembra que esses profissionais obrigavam essas mulheres a ficarem nas mesmas dependências daquelas gestantes que acabaram de dar à luz. (PORTO, 2008, p. 662)

Ainda, segundo Rozeli Maria Porto (2008, p. 664), após entrevistas com profissionais de saúde em Lisboa, “a objeção de consciência entre os médicos se alastra por eles não aceitarem que o aborto seja uma opção das mulheres”.

Merece análise, portanto, a objeção de consciência do médico enquanto elemento passível de contribuir para a responsabilidade civil administrativa pelo mau funcionamento do serviço, especialmente se o médico não encaminhar a paciente para o hospital adequado.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL ADMINISTRATIVA POR FATO ILÍCITO E NEGATIVA NA PRESTAÇÃO DO ABORTO

Se a procura pela realização da IVG já se apresenta como algo difícil para a mulher com gravidez indesejada, a busca por qualquer reparação de danos sofridos durante a IVG torna-se mais rara ainda. Os julgamentos de ordem moral e social são tamanhos que, por vezes, impedem as mulheres grávidas a buscar a IVG que lhe é assegurada legalmente desde 2007, assim como também impede que estas mesmas mulheres, após sofrerem danos materiais e/ou imateriais, procurem ver reparados os danos sofridos, especialmente em razão de eventual negativa da prestação da IVG solicitada.

A problemática aqui levantada refere-se à simples privação do aborto à grávida, independentemente dos motivos que levaram à mesma a solicitar a IVG. Inobstante, há de se ressaltar o pensamento de José Ramón de Verda y Beamonde (2006), ao tratar da privação do direito de abortar em face da ausência de informação acerca de eventuais deficiências detectadas dentro do prazo para a IVG, uma vez que, após exame jurisprudencial e doutrinário minucioso, o mesmo analisa a configuração de

dano ressarcível à mulher grávida em razão da privação do direito de interromper voluntariamente sua gravidez. Nesse sentido, o autor afirma: “A mi parecer, el daño resarcible es el perjuicio moral que sufre la andre, por la privación de su facultad de interrumpir el embarazo (perte de chance), perjuicio éste, cuya cuantificación presenta la dificultad inherente a la valoración de todo daño moral” (BEAMONDE, 2006, p. 33). Assim, é essencial a análise da situação-problema em Portugal à luz da responsabilidade civil administrativa do Estado.

A responsabilidade civil administrativa do Estado não cumpre apenas uma função reparadora, mas também assume importante função preventiva e de controle do funcionamento dos serviços públicos, constituindo instrumento de controle estatal suscetível de contribuir para a melhoria dos serviços públicos (BARRA, 2011, p. 115).

Numa tentativa de oferecer efetiva proteção aos particulares lesados pela atividade administrativa do Estado, evoluiu o Direito Português no sentido de, explicitamente, assumir a existência de situações gerais de responsabilidade objetiva da Administração Pública, qualificando como ilícita a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos que resulte do funcionamento anormal do serviço (ANDRADE, 2011, p. 349).

O art. 22/CRP apresenta o “fundamento constitucional da responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa” (CORREIA, 2011, p. 146). No entanto, o mesmo autor, J. C. Vieira de Andrade (2011, p. 350), cuidadosamente conclui que a responsabilidade civil administrativa por ato ilícito “não tem dispensado, nem porventura pode prescindir de momentos de apreciação subjectiva e de juízos de censura relativos ao facto lesivo, que, de um ou outro modo, sempre estão presentes na realidade prática, mesmo nos regimes de maior objectivização”.

O RRCEE aplica-se também à responsabilidade dos titulares do órgão, funcionários e agentes públicos, trabalhadores, titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares, conforme o art. 1, n. 5 da Lei 67/2007.⁶

⁶ Artigo 1.º Âmbito de aplicação

1 — A responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege -se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.

2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

O art. 22/CRP prevê a responsabilidade civil administrativa solidária da Administração e dos titulares dos órgãos sociais e representantes legais ou auxiliares. Sobre o assunto, Carlos Alberto Fernandes Cadilha (2011, p. 139-140) dispõe:

O art. 22 da Lei Fundamental, ao consagrar um princípio de responsabilidade patrimonial, em forma solidária, da Administração, parece ter inconstitucionalizado o regime de responsabilidade pessoal exclusiva dos titulares de órgãos, funcionários e agentes decorrentes do art. 3., n. 1, do Decreto-Lei n. 48.051, impondo a necessidade de uma reformulação legislativa do regime de repartição de responsabilidade entre a Administração e os seus servidores.

Assim se compreende que os actuais artigos 7. e 8. tenham mantido a distinção entre a responsabilidade exclusiva da Administração (por danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve) e responsabilidade pessoal dos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes (para o caso de terem actuado com dolo ou culpa grave), mas fazendo sempre funcionar, neste último caso, a responsabilidade solidária da pessoa colectiva pública, embora com a possibilidade de esta exercer o direito de regresso; excluindo, desse modo, qualquer forma de responsabilidade exclusiva do funcionário (cfr. artigos 7., n. 1, e 8.).

(...) a responsabilidade das entidades públicas continua a ser própria e exclusiva, em caso de culpa leve dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes; passando a ser solidária quando estes tenham procedido com dolo ou culpa grave.

Por sua vez, J. C. Vieira de Andrade (2011, p. 347) entende que apesar da CCP referir-se expressamente em seu art. 22 a uma responsabilidade solidária do Estado com os titulares dos órgãos, funcionários e/ou agentes, na realidade as entidades públicas são diretamente responsáveis pela atividade dos seus órgãos no âmbito de suas respectivas funções, e não mero garantidores de indenização aos lesados, o que traduziria uma suspeita de desconformidade constitucional do Código Civil vigente.

Nas palavras de Tiago Viana Barra (2011, p. 115-116), o Direito português passa “progressivamente, para a afirmação de uma responsabilidade directa do Estado pelo funcionamento anormal ou defeituoso das organizações administrativas”. O que não implica na impossibilidade do direito de regresso, cuja garantia legal é prevista no RRCEE. E, ressalte-se, caso não houvesse o direito, ou melhor dizendo, dever de

3 — Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício.

4 — As disposições da presente lei são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estas as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

5 — As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.

regresso, apenas o erário público responderia pelos danos causados ao particular (MONCADA, 2008, p. 37).

A imperatividade do princípio da responsabilização das entidades administrativas por quaisquer ações ou omissões ilícitas é constitucionalmente prevista em Portugal, e resultante dos princípios do Estado de Direito, Dignidade Humana, bem como da proteção dos Direitos Fundamentais (GOMES, 2008).⁷ No entanto, tal princípio não implica necessariamente na responsabilização plena por qualquer dano oriundo de ação ou omissão ilícita, haja vista uma “margem de risco de erro inerente à actuação da Administração prestadora” (GOMES, 2008, p. 60). E Carla Amado Gomes (2008, p. 60) continua:

Quer devido a falhas humanas, quer em virtude de problemas de implementação de novas tecnologias de atendimento e processamento de pedidos, gera-se um risco de civilização neste contexto que deve ser suportado por todos, salvo em situações de danos anormais.

Há que se falar, portanto, em direito de regresso em face do agente ou autor material do fato ilícito, em razão da solidariedade (GOMES, 2008, p. 65).

Importante registrar também que, se se está tratando de responsabilidade civil administrativa do Estado por fato ilícito, é importante destacar a distinção entre ilicitude e ilegalidade.

Fundamental é compreender que a ilicitude no exercício da função administrativa vai para além da ilegalidade de normas e de actos administrativos, compreendendo toda a afectação de direitos e interesses legítimos da responsabilidade da Administração e na sequência de actividade jurídica ou meramente material. Facto ilícito para efeitos da responsabilidade civil da Administração pode ser tanto o acto jurídico como o material.

Por uma vez a ilegalidade positiva (ou por acção) não é sinónimo de ilicitude. Com efeito, a ilegalidade é por um lado mais estreita do que a ilicitude pois que podem existir actos legais que, não obstante, geram obrigação de indemnizar por responsabilidade e por outro lado mais ampla porque há ilegalidades formais e procedimentais que não geram ilicitude e há até ilegalidades substanciais que a não geram. É preciso demonstrar e essa prova cabe ao lesado que a ilegalidade provocou dano indemnizável e que é nesse sentido qualificada. Só assim é que temos também ilicitude. (MONCADA, p. 67)

Nesse contexto, sabe-se que a objecção de consciência é um direito garantido ao médico quando não pactue com a interrupção voluntária da gravidez, cujo ato é garantido à mulher grávida nos termos da lei 16/2007.

O aparente conflito de direitos é facilmente esclarecido quando o hospital público procurado pela mulher grávida já tem conhecimento e cadastro dos médicos objetores e somente encaminha a paciente em questão para um médico não-objeto, ou, não havendo disponibilidade, encaminha para um hospital privado mediante autorização

⁷ Ver art. 22/CRP.

para tal procedimento. Obviamente que os encaminhamentos em questão precisam ocorrer em tempo hábil, especialmente porque a lei 16/2007 somente assegura a IVG até a décima semana de gravidez da interessada.

O médico objetor não pratica ato ilícito ao declarar a objeção de consciência como fator bastante para eximir-se de realizar a IVG. No entanto, não pode o hospital, enquanto órgão público e referência para a efetivação do direito à IVG, mitigar o direito da mulher grávida. Assim, o argumento de inexistência de médicos não-objetores disponíveis não é suficiente para afastar qualquer responsabilidade civil administrativa do Estado, que deve precaver-se de situações como essa, assegurando os direitos das suas titulares, quais sejam, mulheres grávidas portuguesas ou estrangeiras residentes em Portugal.

A ausência de precaução e cuidado pelo Estado revela um funcionamento anormal do serviço público, configurando, pois, responsabilidade civil da Administração por fato ilícito.

[...] o legislador ordinário cobriu todas as hipóteses de responsabilização das entidades que exercem a função administrativa, desde a falta leve à falta dolosa (todas as acções e omissões ilícitas). No caso da falta do serviço, o RRCEE associou a ilicitude às situações em que o funcionamento da estrutura administrativa não corresponde aos padrões médios que seriam razoavelmente exigíveis com vista à satisfação atempada das solicitações dos utentes (v.g., repartição pública que funciona, durante um certo período, apenas com um funcionário, devido à requisição de um segundo e a baixa por doença de um terceiro; empresa transportadora que tem 10 veículos a operar, quando seriam necessários 15) – artigos 9/2 e 7/4.

Note-se, por um lado, que esta despersonalização da ilicitude – ou as acentuação da vinculação à legalidade – não significa que a ‘má administração’ possa ser sindicada por quem quer que seja, desconectada de um prejuízo singular. O mau funcionamento dos serviços, para revelar em termos de responsabilidade civil por facto ilícito, deve ser causa adequada de um dano individualizado, não bastando a sua configuração como uma violação da legalidade objectiva ou um incómodo para a colectividade em geral. (GOMES, 2008, p. 56/57)

A “falta de serviço” ou “funcionamento anormal do serviço” constitui um campo onde a presunção de culpa leve decorre da ilicitude, ainda que sem possibilidade de identificação do culpado (GOMES, 2008, p. 59).

No caso da negativa ou não prestação da IVG à mulher grávida e sujeito destinatário da lei 16/2007 em razão da objeção de consciência do médico, configura-se uma falha no funcionamento da Administração, vez que há mecanismos para que o hospital, enquanto entidade pública, assegure o direito médico à objeção de consciência e, ao mesmo tempo, seja preservado o direito à IVG. Se a IVG deixa de ocorrer por situação alheia à vontade da grávida, então houve um funcionamento anormal do serviço. A própria lei 16/2007 prevê que o SNS deve organizar-se para a prestação

adequada do serviço, o que também revela observância do tempo hábil, bem como para que a objeção de consciência médica não seja um impedimento à efetivação da IVG.⁸

Tal ilícito oriundo do mal funcionamento da Administração ocasiona danos passíveis de reparação diretamente à mulher grávida e, indiretamente, aos seus familiares.

Primeiramente, a simples negativa de atendimento e/ou não encaminhamento a outro hospital competente gera automaticamente um dano, qual seja, a impossibilidade de efetivação de um direito legalmente assegurado. Em outro plano, já se assegura que a negativa naquele momento pode ocasionar a impossibilidade total de efetivação da IVG em razão da limitação temporal prevista na lei, a qual se refere até as dez primeiras semanas de gravidez. Merecem destaque os eventuais transtornos psíquicos dessa grávida ao ver-lhe negado o direito à IVG e ter necessariamente que continuar a carregar em seu ventre um ser cuja maternidade é indesejada.

A negativa de prestação da IVG pode ter como consequência a procura incessante pela grávida de um método abortivo sem o acompanhamento médico legalmente assegurado, tendo grandes chances de sofrer sequelas não somente emocionais, mas também corporais, podendo até mesmo resultar na sua morte, o que se comprova com as estatísticas, anteriormente apresentadas, de mortes de grávidas em razão de abortos clandestinos.

Os danos descritos até então, elencados em caráter exemplificativo, resvalam também nos familiares da vítima, ou seja, da mulher grávida.

Está-se diante de um fato ilícito – a simples negativa e não prestação da IVG em razão do mau funcionamento do serviço –, com a produção de dano(s) – desde a simples negativa da IVG a danos corporais, financeiro-econômicos e psicológicos –, e manifesto nexo causal entre o fato ilícito e o dano – pois, caso não houvesse a negativa

⁸ Artigo 3. Organização dos serviços

1 — O Serviço Nacional de Saúde deve organizar-se de modo a garantir a possibilidade de realização da interrupção voluntária da gravidez nas condições e nos prazos legalmente previstos.

2 — Os estabelecimentos de saúde oficiais ou oficialmente reconhecidos em que seja praticada a interrupção voluntária da gravidez organizar-se-ão de forma adequada para que a mesma se verifique nas condições e nos prazos legalmente previstos.

Artigo 4. Providências organizativas e regulamentares

1 — O Governo adoptará as providências organizativas e regulamentares necessárias à boa execução da legislação atinente à interrupção voluntária da gravidez, designadamente por forma a assegurar que do exercício do direito de objecção de consciência dos médicos e demais profissionais de saúde não resulte inviabilidade de cumprimento dos prazos legais.

2 — Os procedimentos administrativos e as condições técnicas e logísticas de realização da interrupção voluntária da gravidez em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido são objecto de regulamentação por portaria do Ministro da Saúde.

da prestação da IVG, a mulher grávida não sofreria o(s) dano(s) elencado(s) – e a desnecessária apuração de culpa de um (in)determinado agente da Administração.

CONCLUSÃO

A negativa da IVG à mulher grávida em hospitais ligados ao Sistema Nacional de Saúde português com base em objeção de consciência médica figura uma situação passível de reparação de danos, pelo simples fato de haver-lhe sido negado um direito subjetivo legalmente assegurado, uma vez que atende aos requisitos impostos pela lei. Inobstante, merecem destaque, ainda, os eventuais danos em consequência da mencionada privação.

Ao ser-lhe negado tal direito, a mulher grávida invariavelmente continuará a buscar a realização de um aborto, seja em hospital privado ou em locais clandestinos e inseguros, ou simplesmente dará continuidade àquela gravidez indesejada. Ambas as possibilidades produzem resultados danosos a serem reparados.

Primeiramente, ao continuar a busca pela realização da IVG: a) Pode a mulher grávida procurar um hospital privado e pagar pela interrupção voluntária da gravidez. Sabendo que a IVG é assegurada de forma gratuita pela lei portuguesa, merece, pois, ressarcimento material, devendo ser-lhe restituído, no mínimo, o valor empregado desnecessariamente, apesar de, nesse caso, ser devido também o ressarcimento pelo dano moral pela simples negativa ou omissão. b) Pode a mulher grávida, sentindo-se reprimida social e moralmente, procurar um local clandestino para a realização da IVG, o que aumenta a possibilidade de um aborto inseguro e de risco a sua vida. Nesse caso, o Estado deve ressarcir-lhe pelos danos corporais, materiais e imateriais.

A negativa da IVG pode, ainda: a) Fazer com que a mulher grávida ultrapasse o prazo limite de dez semanas para a realização do aborto e, portanto, obrigue-a a continuar com aquela gravidez indesejada. Nesse caso, após o parto da criança, a mãe biológica poderá optar pela entrega do bebê à adoção, caso mantenha seu posicionamento pelo não exercício da maternidade. Mesmo assim, tal situação é passível de reparação de danos, vez que aquela mulher deu continuidade a sua gravidez indesejada em razão da desídia e omissão do Estado, merecendo reparação pela simples negativa da IVG, bem como pelas consequências que a gravidez indesejada provocou em sua vida. b) Fazer com que a mulher sinta-se obrigada a continuar aquela gravidez indesejada e exercer a maternidade contra a sua vontade. Tal quadro ocasionará a

possibilidade de ressarcimento pela simples negativa, bem como a obrigatoriedade do Estado em arcar com o sustento daquela criança, nos moldes de uma pensão alimentícia.

A responsabilidade civil do Estado é manifesta em cada uma das situações previstas em razão da negativa da IVG pelo médico, configurando, portanto, responsabilidade civil por ato ilícito em razão do mau funcionamento do serviço. Seja pela negativa dos médicos em hospital público ou hospital privado conveniado, ainda que sob a alegativa de objeção de consciência, seja pelo despreparo do Estado em dispor de uma escala médica passível de equilibrar o direito à IVG até a décima semana de gravidez e o direito médico à objeção de consciência, configurando o mau funcionamento ou funcionamento anormal do serviço.

Ainda que a objeção de consciência figure um direito constitucionalmente assegurado enquanto desdobramento da liberdade de consciência, não pode a destinatária da Lei 16/2007, mulher grávida portuguesa ou estrangeira residente no país, sofrer mitigação do seu direito à IVG. Cabe ao Estado evitar as situações supra descritas com a identificação e composição do seu quadro de médicos adequadamente. Ou, ainda, com o encaminhamento em tempo hábil e eficaz à clínicas ou hospitais privados, responsabilizando-se pelos gastos com o procedimento a ser realizado.

Observa-se, logo, que a despenalização do aborto não implica na prestação adequada do serviço ou segurança no exercício daquele direito. É preciso que os valores morais individuais e sociais não se sobreponham ao Estado de Direito e ao previsto no ordenamento jurídico. Do contrário, como falar em segurança jurídica?

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. Vieira de. A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 140, n. 3969, p. 345-363.

BEAMONDE, José Ramón de Verda y. Responsabilidad civil médica em relación com el nacimiento del ser humano. In: BEAMONTE, José Ramón de Verda y. **Daños em el Derecho de Família**. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 19-39.⁹

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes Cadilha. **Regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas**. Anotado. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁹ A mencionada obra coletiva apresenta como coordenador José Ramón de Verda y “Beamonte”, enquanto em seu capítulo I, o nome do autor, cuja pessoa é o coordenador da obra, surge escrito “Beamonde”, o que justifica a escrita aparentemente equivocada dos nomes ao longo deste trabalho.

CAMPOS, Ana. **Crime ou castigo? Da perseguição contra as mulheres até à despenalização do aborto.** Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, Fernando Alves. A indemnização pelo sacrifício: contributo para o esclarecimento do seu sentido e alcance. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, ano 140, n. 3966, p. 143-160.

GARCÍA RUIZ, C. Yolanda. **Reproducción humana asistida: derecho, conciencia y libertad.** Albolote: Comares, 2004.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito. Reflexões avulsas sobre o novo regime da lei 67/2007, de 31 de dezembro. In: GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas.** Lisboa: A. A. F. D. L., 2010.

MATOS, Maurílio de Castro. **A criminalização do aborto em questão.** Coimbra: Almedina, 2010.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade civil extracontratual da administração pública. In: QUADROS, Fausto. **Responsabilidade civil extracontratual da administração pública.** Coimbra, Almedina, 2004, p. 39-134.

MONCADA, Luis Cabral de. **Responsabilidade civil extra-contratual do estado. A lei n. 67/2007 de 31 de dezembro.** Ed. Abreu & Marques, Vinhas e Associados, Sociedade de Advogados, 2008.

PORTO, Rozeli Maria. Objeção de consciência, aborto e religiosidade: práticas e comportamentos dos profissionais de saúde em Lisboa. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 2, p. 661-666, maio/ago. 2008.

PORTUGAL. Constituição (1979). **Constituição da República de Portugal.** Lisboa, Parlamento, 1976.

PORTUGAL. **Lei n. 16/2007 de 17 de abril.** Exclusão da ilicitude nos casos de interrupção voluntária da gravidez.

PORTUGAL. **Lei n. 67/2007 de 31 de dezembro.** Aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.