

CIRURGIAS CONTRACEPTIVAS; LAQUEADURA DAS  
TROMPAS DE FALÓPIO E VASECTOMIA. ANÁLISE  
NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E DA ÉTICA MÉDICA.  
CONSENTIMENTO DO PACIENTE COMO CAUSA  
EXTRALEGAL EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE.

*Izabel Sobral – Procuradora Municipal*

1. Recentemente, tem sido objeto de discussões de caráter doutrinário a realização de cirurgias de laqueadura das Trompas de Falópio, em mulheres, e de vasectomia, em homens, com fins contraceptivos.

2. A realização destas cirurgias enseja apreciação no âmbito do Direito Penal e no campo da ética médica.

3. A doutrina penal tem cuidado das intervenções cirúrgicas ao tratar das lesões corporais.

O entendimento doutrinário predominante é no sentido de que esses

atos não são puníveis, discutindo-se "a razão em que se apóia essa exclusão da pena", segundo Aníbal Bruno. Afirmar ele que a doutrina e a jurisprudência "têm conduzido a questão ora para o terreno da tipicidade, ora para o da antijuridicidade, ora para o da culpabilidade"(cf. Direito Penal, Forense, 1966, tomo IV, pág. 194). Ou, na lição de Odín I do Brasil Americano, "o tratamento médico, principalmente o tratamento cirúrgico, entra naquele elenco de causas de excepcional licitude, cujo fundamento os autores ainda não encontraram cabalmente" (cf. Manual de Direito Penal, Saraiva, 1985, 1ª vol., pág. 309).

4. Alguns autores justificam a não punibilidade dos atos cirúrgicos por considerá-los praticados no exercício regular de direito, previsto no artigo 23, III, parte final, do Código Penal.

É o que afirma Damásio E. de Jesus:

"As intervenções médicas e cirúrgicas constituem exercício regular de direito.

.....  
Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com os meios e regras admitidas. Se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica, como dizia Aníbal Bruno, impondo para o seu exercício condições especiais de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimos os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos a ela inerentes. Executando-os, o médico exercita uma conduta legítima, que, salvo hipóteses de irregularidade dolosa ou culposa, não pode resultar em incriminação". (Direito Penal, Saraiva, 15ª ed., 1991, 1ª vol., pág. 348).

5. José Frederico Marques espousa também esta orientação:

"No exercício regular de um direito, também é possível a prática de lesões corporais lícitas. É o que se dá com o tratamento médico-cirúrgico, com a transfusão de sangue e ainda com as lesões que se praticam em esportes naturalmente violentos, como o pugilismo e a luta livre.

.....  
A licitude das lesões inerentes às intervenções cirúrgicas somente existe quando praticadas com fins terapêuticos. Se o

médico leva a efeito uma operação a título de experiência científica, sua conduta é contra jus, não se excluindo, portanto, a antijuridicidade do fato típico que praticar" (Tratado de Direito Penal, Saraiva, 1961, vol. IV, pág. 191 e 192).

6. O mesmo autor, em nota ao pé da página, complementa:

"Qualquer que seja o fundamento que se dê à licitude do tratamento médico-cirúrgico, o certo é, como salienta E. Garçon, "que le médecin n'échapperait plus à la peine s'il agissait sans but curatif" (op. cit. Vol. II, pág.78) (cf. op. cit., nota nº 41, pág. 192)

7. Outros doutrinadores, como Heleno Cláudio Fragoso, vinculam a exclusão da antijuridicidade ao consentimento do ofendido. Vejamos:

"Na intervenção cirúrgica com êxito (inclusive as que se destinam a corrigir deformações) não há tipicidade. Lesão corporal é dano à integridade corporal ou à saúde, que não existe quando a intervenção se faz restituindo a saúde, melhorando-a ou mesmo sem alterá-la (desde que praticada lege artis). Típico só pode ser o resultado que prejudica, ou seja, o resultado de dano. Importante corrente de opinião entende que mesmo a intervenção cirúrgica sem êxito não configurará o tipo de crime de lesões corporais quando ela for indicada para a cura ou o tratamento e quando for realizada conforme a técnica reconhecida da medicina, com a observância da lex artis, havendo o consentimento válido do paciente. (...) Nesse caso, no entanto, o que ocorre, a nosso ver, é a exclusão da antijuridicidade pelo consentimento do ofendido.

O consentimento do ofendido exclui a ilicitude, desde que seja validamente obtido e a ação não ofenda os bons costumes. Embora grande parte da doutrina permaneça fiel ao entendimento de que a integridade corporal constitui bem jurídico indisponível, vai prevalecendo o ponto de vista oposto, particularmente por influência da doutrina e da legislação alemã, mais em consonância com as exigências culturais de nosso tempo. (...) É com base no consentimento que se exclui a antijuridicidade da extração de órgãos de pessoas vivas para enxertos ou

transplantes. Cf. art. 10, L. 5479, de 10.08.68". (cf. Lições de Direito Penal, Parte Especial (Arts. 121 a 160 C.P.), Forense, 6ª ed., 1981, pág. 133).

8. Néelson Hungria, por sua vez, considera irrelevante o consentimento do ofendido para excluir o crime de lesão corporal, pois, ao proteger o bem jurídico da integridade física ou físico-psíquica da pessoa, a lei penal atende ao interesse social da normal eficiência e aptidão de cada um dos indivíduos.

Para o autor também é irrelevante o consentimento do ofendido em casos especiais,

"em que a lesão do consensiente fica imune de pena, como por exemplo, na intervenção cirúrgica com o fim de cura ou mesmo de estética (que é um interesse social tutelado pela própria lei penal, tanto assim que entre as lesões gravíssimas figura a que produz deformidade); na extração de sangue para transfusão (fim humanitário); na violência esportiva; na circuncisão (fim higiênico); na perfuração das orelhas para uso de brincos. Em tais casos, porém, não é o consentimento do subjectum juris que exclui o crime, mas, sim, a ausência de dolo (*voluntas sceleris*) que isenta de pena: o agente não procede com *animus delinquendi*, mas por um fim socialmente útil ou aprovado pela moral prática, quando não regulado pelo próprio Poder Público. Desde que estas condições não ocorram, o fato é punível, pouco importando o duorum in idem placitum consensus". (Comentários ao Código Penal, Forense, 1942, vol. V, pág. 284 e 285).

9. Aníbal Bruno, por sua vez, depois de analisar as correntes acima sintetizadas, conclui que a exclusão da ilicitude das lesões em pauta, bem como o fato de a tipicidade não ser, aí, indício de antijuridicidade, decorrem da sua prática "dentro do risco permitido, no exercício regular de uma faculdade pelo Estado," devendo estar presente, em todo caso, o consentimento do que sofre a intervenção, para não haver violação ilícita da liberdade pessoal (cf. op., cit., pág. 197).

10. Parece-nos que as divergências entre os fundamentos aponta-

dos pelos autores não afeta o entendimento pacífico consistente em considerar não criminosa ou não punível a conduta do médico que realiza intervenção cirúrgica com finalidade curativa, ainda que ocorra alguma confusão no tocante aos fundamentos adotados para embasá-lo.

11. Indagação que se propõe, a esta altura, diz respeito às cirurgias de laqueadura das Trompas de Falópio e de vasectomia realizadas com o intuito de obstar a gravidez ou afastar a fertilidade.

12. Na área penal, a questão é controvertida.

Autores, dentre os quais ASÚA e CUELLO CALÓN, consideram criminosa a sua prática quando o médico não agir tendo em vista finalidade terapêutica:

“ASÚA escreve que se “o fim não é curativo, a penalidade procede, pois, contra o médico facultativo”. E CUELLO CALÓN anota: “La esterilizacion ou asexualizacion no es fin curativo e no puede justificar intervenciones quirurgicas” (“Dir. Penal, Parte Especial, pág. 510).

E ASÚA continua: “Mas a mutilação consentida torna responsável quem a pratica: o médico não pode amparar-se em justificação alguma porque o cedente não consentiu em ser mutilado para fim curativo; senão para fins concupiscentes” (apud “Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo”, Valdir Sznick, R.F. 312/336).

13. Outro entendimento, que chega a ser mencionado por alguns autores, embora sem aprofundamento, é o de que poder-se-ia cogitar, no caso, da configuração do crime de lesões corporais, previsto no artigo 129 do Código Penal, com a qualificadora do § 2º, III, do mesmo dispositivo, pois a esterilização (laqueadura ou vasectomia) acarretaria perda ou inutilização da função reprodutora.

14. Orientação semelhante à dos posicionamentos enumerados nos itens 12 e 13 é adotada no campo da ética médica; só é admitida a realização de esterilização, seja masculina, seja feminina, mediante indicação médica e desde que os dados clínicos da mulher indiquem risco de agravamento da saúde e/ou risco de morte se houver nova gravidez.

Veja-se, a respeito, o parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, elaborado em resposta à consulta nº 20.613/94.

15. O novo Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1246/88 (DOU de 26.01.88, pág. 1547/7) não trata explicitamente da matéria, limitando-se, em seu artigo 43, a proibir o médico de descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

O Código anterior, no artigo 52, condenava expressamente a esterilização, admitindo-a em casos excepcionais, quando houvesse indicação precisa referendada por mais de dois médicos ouvidos em conferência.

16. A tese contida no parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo busca uma adequação aos ditames do Código de Ética Médica e aos termos do Decreto Federal nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, ainda em vigor, apesar de totalmente ultrapassado, que, na letra "f" do seu artigo 16, veda, ao médico, dar-se a práticas que tenham por fim impedir a concepção.

17. No campo doutrinário, o Professor Léo Meyer Coutinho, em seu "Código de Ética Médica Comentado" (Saraiva, 2ª ed., 1994) propugna pela urgente normatização legal da laqueadura e da vasectomia, submetidas, ainda, às disposições do Decreto nº 20.931/32 e sustenta ser ética e legal, ante a legislação em vigor, a esterilização permanente apenas quando a mulher apresentar "patologia que possa ser agravada pela gravidez, colocando em risco sua vida" (cf. fls. 58 e 192).

18. Finalmente, ainda na esfera penal, devem ser mencionados os autores que negam antijuridicidade à prática da laqueadura tubária e da vasectomia como medidas contraceptivas.

Ayuch Amar, em artigo publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", de 1º de agosto de 1982: "As cirurgias esterilizadoras em face do Direito Penal", não considera "a laqueadura e a vasectomia procedimentos contrários à lei e apenas se tornam objeto de investigação penal quando, a exemplo de qualquer ato desconforme à boa técnica, geram certas consequências ou seqüelas, podendo o cirurgião responder a título de culpa ou dolo,

conforme o caso, na forma da legislação residual, que é o Código Penal".

19. Dois pontos são fundamentais para o embasamento desta tese; a disponibilidade do bem atingido pelas cirurgias (função reprodutora) e a existência de causa extralegal de exclusão da antijuridicidade.

Hermes Rodrigues de Alcântara, da Universidade de Brasília, no parecer CRM-DF nº 367/80, sustenta que a função reprodutora, por não ser imprescindível para a saúde e para a vida, não está incluída entre aquelas referidas no artigo 129, § 2º, III, do Código Penal (cf. Antonio Chaves, *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, Revista dos Tribunais, 2ª ed., pág. 110).

20. Carmen Barroso, em "A Esterilização e a Lei" ("Folha de S. Paulo", 3.10.1986., pág. 03), estabelece "o cotejo com a Lei 5.479 de 1968 que dispõe sobre o assunto correlato dos transplantes, permitindo em seu art. 10 à pessoa maior e capaz de dispor de órgãos e parte do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos, desde que não implique em prejuízo ou mutilação grave, para acrescentar que o princípio da auto-determinação individual também está preservado no Projeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional". (cf. Antonio Chaves, *op. cit.*, pág. 111). O artigo 124 deste Projeto estabelece:

"Art. 124 - Não constitui crime, se praticada por médico, a suspensão da função reprodutiva, por meio cirúrgico, de pessoa maior de 21 anos, com o seu consentimento."

21. A própria Constituição Federal traz, latentes os mesmos conceitos, conforme se depreende da leitura do § 7º de seu artigo 226:

Art. 226 -

.....  
§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

22. O artigo 23 do Código Penal brasileiro enumera causas de exclusão de ilicitude. Embora não exista, no Código, regra geral, a exemplo da

contida no artigo 31, I, do Código Penal português de 1982, pela qual "o facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade", a doutrina reconhece "causas excludentes de ilicitude fora do rol legal (como, por exemplo, o consentimento do titular do direito, o direito de correção dos mestres, fundada no direito consuetudinário, o estado de necessidade do direito civil, o direito de informação, etc.) (cf. Alberto Silva Franco et. alii, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, R. Tribunais, 4ª ed., pág. 138)

23. Muñoz Conde, em lição transcrita à pág. 138 da obra acima citada, esclarece não se cuidar de uma questão específica do Direito Penal, mas de um.

"problema do ordenamento jurídico.

Qualquer ato lícito, do ponto de vista do direito público ou privado, pode sê-lo também para o direito penal e, por sua vez, qualquer ato justificado do direito penal é também um ato lícito para os restantes ramos do ordenamento jurídico. O conceito de licitude ou ilicitude, de jurídico ou anti-jurídico, é, portanto, um conceito geral válido para todo o ordenamento jurídico. O único específico de cada ramo do direito são as consequências que se atribuem ao ato jurídico ou anti-jurídico. Daí se depreende que as fontes das causas de justificação podem ter sua origem em qualquer ramo do ordenamento jurídico que, por meio de suas disposições (lei, regulamento, direito consuetudinário, etc.) autorize a realização de um fato penalmente típico". (Teoria General del Delito, 1984, pág. 92/93).

24. Na hipótese, o consentimento do paciente da cirurgia atua como causa extralegal excludente da antijuridicidade da conduta do médico operador.

Antonio Chaves informa que, em mesa redonda promovida pelo Conselho Regional de Medicina, 1970, pelo Estado da Guanabara, Benjamin de Moraes lembrava "não haver crime na esterilização efetuada com o consentimento válido do (a) paciente, pois o Código Penal só considera delito a intervenção que, feita, contra a vontade do paciente, lhe cause dano à integridade anatômica, fisiológica ou mental. A tendência, no âmbito jurídico, não considera haver crime quando a laqueadura tubária é feita a pedido da própria paciente: é um ato irrelevante do ponto de vista penal tal



como o caso da cirurgia plástica". (cf. op. cit.,, pág. 113/114)

25. Qual a forma deste consentimento? Bastará a anuência pura e simples do paciente?

Entendemos que não.

O consentimento, manifestado por pessoa maior de idade, deverá ser informado ou qualificado, trazendo declaração expressa do paciente no sentido de que:

a) sabe em que consiste o ato cirúrgico ao qual será submetido, bem como os riscos inerentes à sua realização;

b) tem conhecimento do efeito da cirurgia, ou seja, a esterilidade;

c) está ciente de que, embora possível, a reversão da esterilização é de difícil sucesso e extremamente onerosa.

26. A exigência do consentimento informado do paciente é também imperiosa para evitar a esterilização em massa no país. Informa Gilberto Dimenstein, em artigo publicado na "Folha de S. Paulo" de 13.12.1992, que 45% das mulheres de 15 a 50 anos, no Brasil, foram esterilizadas. De acordo com o Fundo de População da ONU (FNUAP), a esterilização no Brasil alcança níveis elevados para padrões internacionais, atingindo até adolescentes. Além disto, o arrependimento é comum. Na área metropolitana de São Paulo, o nível de arrependimento das mulheres que fizeram a operação é de 24%.

Por estes motivos, o FNUAP aceita o método desde que a paciente esteja informada e tenha assistência.

27. Eis as razões que levaram a 1ª Subcomissão encarregada de examinar o Projeto de Código Penal a manifestar-se no sentido de o consentimento referido no artigo 124 do Projeto ser consentimento informado. Se ausente, a atuação médica será ilícita e terá enquadramento típico entre os delitos contra a incolumidade individual. (cf. Relatório da 1ª Subcomissão encarregada do Projeto, pág. 11).

28. Antonio Chaves, na sua obra "Direito à Vida e ao Próprio Corpo",

transcreve as conclusões alcançadas por Wanderby Lacerda Panasco, em "A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos", Forense, Rio, 1984, as quais, em consonância com a exposição aqui feita, são no sentido de:

"1. Admitir, como o fez Benjamim de Moraes, em mesa redonda, ser a esterilização, sob o ponto de vista penal, irrelevante, se realizada com o consentimento.

2. Admitir que o Código de Ética Médica precisa sofrer uma atualização diante das doutrinas jurídicas modernas e das próprias cominações socioeconômicas vigentes.

3. Admitir que a esterilização é uma referência que diz respeito, especificamente, à consciência dos cônjuges e à conduta ética de cada profissional.

4. Admitir que somente através do consentimento eficaz se torna evidente a sua licitude.

5. Reagir, veementemente, a todas as concepções, mesmo longínquas, que assinalem ou insinuem a esterilização como pena ou medida de segurança por uma condição tão aberrante que desprestigia até mesmo qualquer argumentação". (cf. Pág. 116).

São Paulo, agosto de 1995

**IZABEL SOBRAL**  
Procuradora Municipal