

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
BRUNO MARGRAF ALTHAUS

OS REFLEXOS PENAIS DO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA AOS
TRATAMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS EM CASOS DE
GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA

CURITIBA
2024

BRUNO MARGRAF ALTHAUS

OS REFLEXOS PENAIS DO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA AOS
TRATAMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS EM CASOS DE
GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito, no Setor de Ciências Jurídicas, na
Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Althaus, Bruno Margraf

Os reflexos penais do direito de objeção de consciência médica aos tratamentos direta e indiretamente abortivos em casos de gravidez ectópica tubária não-rota / Bruno Margraf

Althaus. – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Paulo César Busato.

1. Ética médica. 2. Aborto. 3. Gravidez. 4. Crime por omissão. 5. Direito penal. 6. Bioética. I. Busato, Paulo César. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº427

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e seis de fevereiro de dois mil e vinte e quatro às 08:30 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **BRUNO MARGRAF ALTHAUS**, intitulada: **OS REFLEXOS PENAIIS DO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA AOS TRATAMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS EM CASOS DE GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: PAULO CESAR BUSATO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MIGUEL KFOURI NETO, MARION BACH (FAE - CENTRO UNIVERSITÁRIO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, PAULO CESAR BUSATO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 26 de Fevereiro de 2024.

Assinatura Eletrônica

26/02/2024 20:53:28.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

27/02/2024 13:12:59.0

MIGUEL KFOURI NETO

Avaliador Externo

Assinatura Eletrônica

26/02/2024 14:17:54.0

MARION BACH

Avaliador Externo (FAE - CENTRO UNIVERSITÁRIO)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **BRUNO MARGRAF ALTHAUS** intitulada: **OS REFLEXOS PENAIS DO DIREITO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA AOS TRATAMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS EM CASOS DE GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA**, sob orientação do Prof. Dr. PAULO CESAR BUSATO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 26 de Fevereiro de 2024.

Assinatura Eletrônica

26/02/2024 20:53:28.0

PAULO CESAR BUSATO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

27/02/2024 13:12:59.0

MIGUEL KFOURI NETO

Avaliador Externo

Assinatura Eletrônica

26/02/2024 14:17:54.0

MARION BACH

Avaliador Externo (FAE - CENTRO UNIVERSITÁRIO)

Dedico esta dissertação ao Venerável Dr. Jérôme Lejeune
e ao Servo de Deus Marcelo Câmara

AGRADECIMENTOS

A Ti, meu Deus, obrigado pelo dom da vida.

À Laura, minha namorada: obrigado por todo amor, compreensão, carinho e companheirismo neste ciclo final do mestrado.

À minha família, Sérgio, Maiza e Giana, muito obrigado pelo constante incentivo nos estudos e em minha vocação. Aos meus avós, Milton (*in memorian*) e Zulmeia, Bube e Conce (*in memorian*), obrigado por ensinar que a vida sempre vale a pena. Por intermédio de vocês, agradeço por cada familiar que nos deram, especialmente de meu padrinho Ricardo e meus afilhados Lucas e Giovanna.

Muito obrigado, Igreja celeste, por meus novos intercessores São Josemaria Escrivá, Santa Gianna Molla, Beato Carlo Acutis, e, especialmente, Servo de Deus Marcelo Câmara. Na terra, agradeço à Igreja militante, cujas portas sempre permaneceram abertas para mim.

Às companhias acadêmicas, agradeço ao grupo de pesquisa do professor Miguel Kfoury, que abriu minhas portas para o Direito Médico. Na Bioética, estendo minha gratidão aos integrantes do grupo “*Idem velle idem nolle*” por meio do amigo Guilherme Stiirmer, que me acolheu tão gentilmente como único advogado entre médicos ávidos por uma medicina mais ética em defesa da unitotalidade da vida humana.

Aos amigos de longa data, que sabem ser impossível nomeá-los um a um, registro aqui meu carinho por cada um de vocês. E às amizades que me acompanharam dia a dia nestes últimos três anos, especialmente na construção desta dissertação, agradeço-vos nominalmente: Bernardo, Eduardo, Luiz, Matheus Serenato, Matheus Muller, Matheus de Quadros e Yuri.

Registro um agradecimento especial ao Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, pela bravura na militância pró-vida neste país. Suas aulas abertas impulsionaram meu apreço pela bioética, com o norte do amor pela vida e dignidade que Deus nos deu.

Por fim, agradeço ao professor Paulo Busato, que gentilmente aceitou me orientar.

RESUMO

Esta dissertação investiga se existem reflexos penais no exercício do direito de objeção de consciência médica em situações de risco à saúde da paciente. Em específico, analisa-se a adoção da conduta expectante como tratamento à gravidez ectópica tubária não rota, por motivos de objeção de consciência do profissional médico aos tratamentos direta ou indiretamente abortivos, e o significado desta recusa enquanto comissão por omissão. A metodologia de pesquisa se assenta num levantamento de dados na medicina ginecológica e obstétrica, mediante as revisões literárias mais recentes sobre os tratamentos à gravidez ectópica, e, em especial, dos índices resolutivos da conduta expectante. No direito penal, o marco teórico da ação significativa (Tomás Vives Anton) dá suporte à verificação se existe uma omissão penalmente relevante por parte do médico objetor. Os resultados da pesquisa evidenciaram que a tipicidade de um crime comissivo por omissão, seja a título de lesões corporais ou de exposição a perigo, exige um comprometimento manifesto externamente pelo autor, pois é impossível adentrar à mente do sujeito para auferir a “intenção” da ação objetora. O grau de comprometimento para com a exposição do bem jurídico a um risco não permitido é que verifica uma omissão penalmente relevante. O exercício do direito de objeção de consciência, ainda que fora dos parâmetros deontológicos, não acarreta, *prêt-a-porter*, a um significado penalmente relevante de uma omissão criminosa.

Palavras-chave: objeção de consciência; gravidez ectópica; crime omissivo.

ABSTRACT

This dissertation investigates whether there are criminal consequences for the exercise of the right to conscientious medical objection in situations of risk to the patient's health. Specifically, the adoption of expectant management as a treatment for unruptured tubal ectopic pregnancy is analyzed, for reasons of conscientious objection on the part of the medical professional to direct or indirect abortive treatments, and the meaning of this refusal as a commission by omission. The research methodology is based on a data collection in gynecological and obstetric medicine, through the most recent literature reviews on treatments for ectopic pregnancy and, in particular, the resolution rates of expectant management. In criminal law, the theoretical framework of the Significant Action (Tomás Vives Antón) supports the verification of whether there is a criminally relevant omission on the part of the objecting doctor. The results of the investigation demonstrated that the typicality of a crime committed by omission, whether it involves bodily injury or exposure to danger, requires an externally manifested commitment on the part of the author, since it is impossible to enter the mind of the subject to determine the “intention” of the crime objecting to the action. The degree of commitment to expose the legal asset to an unacceptable risk is what verifies a criminally relevant omission. The exercise of the right to conscientious objection, even outside the deontological parameters, does not imply, *prêt-a-porter*, a criminally relevant meaning of the medical conduct.

Key-words: conscientious objection; ectopic pregnancy; omission crimes.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – Ato Médico	21
FIGURA 2 – Diagnóstico da Gravidez Ectópica	24
FIGURA 3 – Objeção de consciência	35

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A ÉTICA MÉDICA E A CONDUTA EXPECTANTE EM GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA: HIPÓTESE DE DOMÍNIO E GUARDA DO MÉDICO.....	16
1.1. A BIOÉTICA E A AUTONOMIA MÉDICA.....	16
1.1.1. O dever de esclarecimento e o consentimento na relação médico-paciente.....	19
1.2. UM BREVE EXCURSO SOBRE A GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA	22
1.3. AS POSTURAS MÉDICAS DIANTE DA GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA	24
1.4. AS CONDIÇÕES DA CONDUTA EXPECTANTE	28
2. A OBJEÇÃO MÉDICA AOS MÉTODOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS NOS CASOS DE GRAVIDEZ ECTÓPICA NÃO-ROTA.....	34
2.1. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.....	34
2.1.1. O direito fundamental de liberdade de consciência e a autonomia médica.....	39
2.1.2. Os limites da objeção de consciência na deontologia médica nos casos de interrupção da gravidez	40
2.2. O MOMENTO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA COMO FONTE DO PERIGO	43
3. O SIGNIFICADO JURÍDICO-PENAL DA OMISSÃO MÉDICA AOS PROCEDIMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS NA SITUAÇÃO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.....	48
3.1. REQUISITOS DA RELEVÂNCIA DA OMISSÃO.....	52
3.1.1. A posição de garantidor.....	57
3.2. O CRIME DE PERIGO (ART. 132).	69
3.2.1. Conduta omissiva do delito de perigo	72
3.2.2. Momento consumativo.	73
3.3. LESÕES CORPORAIS GRAVES COMO PROGRESSÃO CRIMINOSA.....	75
3.3.1. A AMPLIAÇÃO DO RESULTADO. CONVERSÃO DO PERIGO EM DANO.....	75
3.3.2. A tipificação do dano progressivo. A lesão corporal grave.....	77

3.3.3. A possibilidade de conduta omissiva de lesões corporais.	80
3.4. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL PELA CONDUTA OMISSIVA DO MÉDICO NA OBJEÇÃO AOS PROCEDIMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS NOS CASOS DE GRAVIDEZ ECTÓPICA NÃO-ROTA.	82
3.4.1. Casos de responsabilidade por perigo	85
3.4.2. Casos de responsabilidade por lesões corporais graves.....	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

Como Blaise Pascal observou há muito tempo: “Sendo incapazes de curar a morte,... os homens resolveram, a fim de serem felizes,... não pensar nessas coisas”. De fato, acrescenta Pascal, “é mais fácil suportar a morte quando não se pensa nela do que a ideia de morte quando não há perigo” – a implicação disso consiste em que os perigos reais tomam conta da mente, drenam as emoções e exaurem totalmente a energia para a ação, de modo que, no momento do perigo, é menos provável que se reflita sobre a morte que na hora do lazer¹

Zygmunt Bauman traduz um paradoxo sobre a fragilidade da vida humana: embora a morte seja o único evento certo por natureza, o *risco* da morte é paradoxalmente o evento que o ser humano mais evita e teme a falar.

Este dilema reverbera no Direito e na Medicina, que obrigatoriamente se debruçam sobre a morte e a vida. Dentre os mais delicados temas compartilhados sobre a terminalidade da vida, está aquele sobre a autoria última dela: afinal, quem dá a última palavra sobre a vida?

Sem adentrar por ora nos conceitos e nas digressões filosóficas sobre o tema, a abreviação do ciclo da vida humana é um ato de exceção, seja para a Medicina, seja para o Direito. Isto é, tanto em sede de intervenção médica quanto sob o aspecto jurídico, a terminalidade da vida é evento a encargo, a princípio, do curso “comum” da natureza. Basta perceber a vigente vedação à eutanásia, ao aborto, ao homicídio, enfim, e aos demais atos “biojurídicos” que se assentam diretamente na terminalidade da vida.

Entretanto, diante da permissão, ainda que excepcionalíssima, de se dar *causa* (em sentido lato) à morte, seja medicamente seja juridicamente, é que nasce uma *exceção da exceção*. Ou, sendo mais direto mediante um exemplo, embora a vida seja tutelada juridicamente, a mera permissão de abreviá-la por um médico – mediante as escusas legais ao aborto, por exemplo – não implica em necessária *obrigação geral* em encerrá-la. Isto porque o profissional de saúde pode se recusar em aderir ao procedimento, sob amparo do *direito de objeção de consciência*.

A objeção de consciência é um instituto de interesse ao Direito e à Medicina. *En passant*, comenta-se que ao primeiro ela resguarda a natureza de direito subjetivo, hodiernamente qualificado com *status* de direito fundamental e que reverbera no Direito Penal. Na Medicina, por sua vez, a objeção de consciência a tem como palco frequente, pois é um dos saberes técnicos que mais reflete em questões bioéticas emergentes. Sua estrutura, em todo caso, é de uma exceção, por razões de liberdade de pensamento, a um *dever*.

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 122.

Justifica-se este recorte temático pois o exercício da objeção de consciência médica está em ascensão. Em casos de abortamento direto, por exemplo, pesquisas europeias já apontaram² que

o percentual de ginecologistas objetores a nível nacional aumentou de 57,8% em 2003 para 70,7% em 2009. Quando se faz o corte por regiões, em algumas, como é o caso da Basilicata, chega-se ao alarmante número de 85,5% de médicos objetores em 2009 (em 2012 o percentual foi de 89,4%), levando as mulheres a precisar migrar para outras regiões ou para outros países para conseguir realizar o abortamento, quando conseguem fazê-lo

O tema adquire um recorte especial quando adentra a uma prática médica específica e relativamente comum: a **gravidez ectópica tubária** e suas formas de tratamento. Em suma, a gravidez ectópica é aquela em que a implantação do embrião se dá fora do útero³, tal como na tuba uterina, que é o principal expoente destes casos. Trata-se de doença hemorrágica “de grande importância”, pois atinge uma a cada cem gestações, sendo a principal causa de mortalidade materna no primeiro trimestre gestacional⁴. Em razão da inviabilidade patente da gestação evoluir a termo, as posturas médicas anteriores à ruptura da tuba uterina são amplamente discutidas sob a perspectiva médica e bioética.

Por um lado, como a Medicina não é binária, inexistente um tratamento médico único para a gravidez ectópica tubária não-rotas. Entretanto, se existem várias posturas possíveis, a confluência entre a autonomia do médico e a autonomia da paciente é que deve conduzir à decisão livre e consentida, além do maior benefício e menor prejuízo à paciente.

Há uma discussão considerável sobre os tratamentos direta ou indiretamente abortivos dentro da bioética, especialmente sob uma perspectiva personalista⁵. Pois apesar de ser permitido hodiernamente, o abortamento direto e indireto, quando realizado para fins terapêuticos, é discutido sob diversos prismas. No Brasil, a obra do padre Luiz Carlos Lodi da

² MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimentos de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito. *in Civilistica*. A. 10, n., 2021. p. 9

³ A palavra “ektópos” tem origem grega. “Ek”, que pode ser traduzido com “fora”, e “topos”, equivalente a “lugar”.

⁴ ELITO JR, Julio. *in* URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024. p. 41.

⁵ Trata-se do personalismo na acepção de Elio Sgreccia, de cunho **realista**, que “**Vê na pessoa uma unidade, como é chamada frequentemente, a unitotalidade de corpo e espírito, que representa o seu valor objetivo**, pelo qual a subjetividade se responsabiliza, e não pode deixar de fazê-lo, quer em relação à própria pessoa, quer em relação à própria pessoa do outro. Não se pode dissolver e dissipar a pessoa humana e os seus valores numa série de escolhas, sem uma fonte da qual as escolhas provenham e sem os conteúdos de valor que elas exprimem. O aspecto objetivo e o aspecto subjetivo da pessoa exigem e se implicam numa ética personalista. O valor ético de um ato deverá ser considerado sob o perfil subjetivo da intencionalidade, mas deverá também ser considerado em seu conteúdo objetivo e nas consequências” (grifos nossos). *in* SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 82

Cruz⁶ retrata os debates em sede acadêmica na bioética. Os bioeticistas desta seara, tais como Giuseppe Fasanella, Nicola Silvestri e Elio Sgreccia⁷, consideram admissíveis somente os procedimentos indiretamente abortivos em gravidez ectópica quando existir hemorragia em ato e não em iminência. A lente da bioética personalista pode ser retratada no seguinte aspecto:⁸

Se, numa intervenção difícil e arriscada, um cirurgião se distraísse momentaneamente e em razão disso se desse a morte da pessoa, ele poderia ser subjetivamente não imputável, mas a objetividade da perda de uma vida humana continua sendo um fato que deve determinar o esforço do cirurgião para não voltar a se descuidar no futuro

Neste ínterim, um tratamento à gravidez ectópica tubária não-rotas será destacado tematicamente nesta pesquisa: a chamada **conduta expectante**. Trata-se de uma intervenção médica conservadora, pois tenta preservar ao máximo a integridade da tuba uterina, pois “espera” por uma eventual rotura, e, por outro lado, evita a antecipação das intervenções cirúrgicas diretas e indiretas no embrião e na gestante.

O antigo desejo de conversão⁹ das gestações ectópicas tubárias (inviáveis) em gestações tópicas (viáveis, típicas) efetivamente desapareceu ao longo do tempo. Afinal, se à luz do Direito hodierno não é necessário ao menos *tentar* preservar a vida do embrião, é visto pouca “motivação” em se explorar alternativas médicas se a bioética já abandonou esta árdua missão. Este trabalho, no entanto, busca investigar o contrário. Por este motivo, atribui-se destaque à adoção do procedimento médico expectante e não outro.

A necessidade em explorar alternativas às posturas médicas mais adotadas – que são os procedimentos direta ou indiretamente abortivos –, é justamente para aflorar a Medicina e a Bioética para soluções viáveis a todo ser humano. Além disso, é preciso debater os limites do Direito, pois se os direitos do nascituro são protegidos desde a concepção, a dimensão objetiva e subjetiva da pessoa deve ser necessariamente integrada.

Quanto à temática eleita em si, há originalidade da pesquisa no tocante à objeção de consciência médica aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos em gravidez ectópica, conforme se verá nos dados adiante. Usualmente, as pesquisas sobre a objeção médica exploram somente os aspectos deontológicos do ato médico, mas com pouca pesquisa que adentra ao reflexo penal. Entretanto, há um paradigma – para não se dizer tabu – a ser quebrado no tocante

⁶ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O princípio da ação com duplo efeito e sua aplicação à gravidez ectópica**. Anápolis: Múltipla, 2009.

⁷ *Ibid.* p. 60

⁸ SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 83

⁹ Isto é, evitando que o médico seja o autor da terminalidade da vida embrionária e que esta seja protegida.

à objeção de consciência quando envolve a posição do médico-garantidor em casos de risco à saúde, como é o caso das gestações ectópicas.

Aprofundando esta primeira justificativa, pode-se concordar com o brocardo latino: *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*¹⁰. Para o tema em questão, não basta a “simples recusa” em cumprir um dever legal, mas é necessário que as razões da recusa sejam relevantes e que estejam de acordo com o Direito, pois a objeção de consciência também é a completude deste e não o contrário. A título de exemplo, cite-se a impossibilidade tabular de se recusar o atendimento ordinário a um determinado cidadão por razões exclusivamente pautadas na diferença de identidade cultural; um exemplo como este acarretaria uma “excessiva exaltação da liberdade individual”¹¹. Essa hipótese não coaduna com o exercício do direito de objeção de consciência em um Estado de Direito.

Por outro lado, em âmbito de saúde, se houver incremento de um risco na intervenção médica, o grau de relevância da ação do profissional pode aparentar uma adequação a um tipo penal previsto em lei, tal como as lesões corporais ou, inexistindo resultado danoso, da exposição a perigo. Não se trata, simplesmente, de resolver o dilema mediante “ponderação” entre os direitos fundamentais do agente-médico *versus* direitos fundamentais da vítima-paciente. Afinal,

cada um recebe proteção em **momentos distintos**: na promulgação das normas penais se busca a proteção dos direitos de todos os cidadãos enquanto potenciais vítimas, enquanto que quando já se tenha cometido um crime e se põe em marcha o aparato estatal para investigá-lo e condená-lo – isto é, quando se exercita o *ius puniendi* –, o que se trata é uma relação de direito público entre o Estado e o potencial ou atual infrator, **sobre os quais os únicos direitos que se tem que garantir são os deste último**. (grifos nossos)¹²

Portanto, considerando a função negativa do conceito de ação e o princípio da intervenção mínima do direito penal, a discussão sobre o tema nesta área é de vasta relevância. Logo, o **objetivo geral** da pesquisa pode ser sintetizado na seguinte problemática: *resta caracterizado o tipo de ação do crime de perigo ou de lesões corporais omissivas na recusa médica a proceder aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos em gravidez ectópica com tuba não-rotas? O excursus dissertativo, para tanto, será o seguinte.*

¹⁰ Tradução livre: não alegar nada e alegar sem provar é a mesma coisa.

¹¹ DALLARI, Dalmo de. A objeção de consciência e a ordem jurídica. **Revista de Ciência política**, Brasília, v.2, n.2, p. 36-55, 1968. p. 2021

¹² GARAY, Lucía Martínez; in VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 276

O primeiro capítulo contempla o objetivo específico em explorar a ética-biomédica e as condições clínicas da conduta expectante em gravidez ectópica-tubária não-rotas. Cada um dos princípios e elementos da relação médico-paciente serão investigados. Após o excursus sobre a gravidez ectópica e os tratamentos existentes, a conduta expectante terá subcapítulo próprio, pois é justamente a técnica adotada como referencial teórico.

O segundo capítulo será dedicado ao direito de objeção de consciência e ao momento do ato de recusa como fonte do perigo. Para tanto, explorar-se-ão os limites constitucionais, legais e os reflexos da objeção de consciência, especialmente a partir do Código de Ética Médica. Os conceitos de risco advêm das contribuições da teoria da imputação objetiva.

O terceiro capítulo, por sua vez, contemplará o terceiro objetivo específico, relativo à parte penal da pesquisa, à luz do referencial teórico da teoria da ação significativa de Tomás Vives Antón. Um subcapítulo será dedicado à posição (material) do garantidor e da equivalência significativa da ação e a omissão. Os subcapítulos dois e três explorarão os tipos de ação de perigo e de lesões corporais, sob o pretexto da progressão criminosa.

Por fim, o subcapítulo 3.4 trará dois casos hipotéticos que servirão de suporte para as conclusões derradeiras.

Para cumprir o itinerário proposto em termos de marco teórico, no primeiro capítulo a análise se voltará à ciência médica, cujos referenciais se encontram, em língua estrangeira, das revisões literárias da plataforma *UpToDate*, e, na literatura nacional, especialmente nas revisões literárias do ginecologista Julio Elito Jr. No segundo capítulo, as referências bioéticas e biojurídicas se encontram no vernáculo, especialmente de Miguel Kfoury Neto, do próprio Conselho Federal de Medicina, e dos bioeticistas Luiz Carlos Lodi da Cruz e Elio Sgreccia, além dos periódicos nacionais sobre o tema.

No que toca ao direito de objeção de consciência, também tratado no segundo capítulo, os parâmetros deontológicos serão explorados a partir da previsão normativa constante no Código de Ética Médica, que consta os limites de exercício e restrições ao direito de objeção de consciência. As considerações sobre os reflexos penais deste instituto, por sua vez, restarão aos comentários de Romeo Casabona e Paulo Victor Spoerdler de Souza.

Por fim, o referencial teórico da análise penal recai ao expoente da teoria da ação significativa, o finado penalista espanhol Tomás Salvador Vives Antón, e da doutrina autorizada na área. Especificamente sobre a posição de garantidor, a obra do alemão Bernd Schunemann dará suporte às considerações.

No tocante ao método, a narrativa de Lewis Carroll revela uma pergunta inseparável do objetivo da pesquisa: “Me diga, por favor, qual caminho devo seguir daqui?” “Isso depende

em boa parte de onde você quer chegar’, disse o Gato. ‘Eu não me importo’ – disse Alice. ‘Então não importa qual caminho você vai pegar’, disse o Gato”¹³. Trata-se de um marco metodológico: o caminho seria irrelevante caso não se saiba a qual fim se pretende chegar. Isto é, o método é constituinte da pesquisa, e não mero acidente. Logo, seria insuficiente descrevê-lo exaustivamente antes do início da pesquisa em si. De toda forma, os traços que pretendem ser utilizados para o desenvolvimento da dissertação merecem ser registrados desde já.

Em termos de técnica metodológica, valer-se-á da coleta de dados bibliográficos, em especial do referencial jurídico sobre o direito de objeção de consciência na relação médico-paciente. E, ainda, abarcará a literatura médica sobre a gravidez ectópica e as formas de tratamento. Portanto, trata-se de uma pesquisa exploratória de cunho qualitativo.

Para a discussão dos resultados, que se dará especialmente no último momento da pesquisa, quando da redação do terceiro capítulo, há que se delimitar o seguinte apontamento: é impossível discorrer sobre cada uma das etapas do processo metodológico, pois ele é um processo de compreensão de significado. Registre-se, entretanto, que o esquema lógico-dedutivo é inescapável. Este, por sua vez, se desenrola na relação entre premissa e conclusão, e não na explicação das premissas¹⁴.

Diante da proposição da pesquisa, há diversas hipóteses de resultados, dentre as quais se destaca o resultado positivo das discussões no capítulo três, na dissertação sobre a função negativa da ação dentro da teoria do delito. Neste íterim, infere-se que o significado da conduta omissiva-imprópria do médico, por ser verdadeiro ato de comunicação, deve estar acompanhado dos elementos de domínio e guarda exigidos pela posição de garantidor. De forma mais específica, prevê-se que a recusa deva ser circunstanciada, de forma esclarecida à paciente, em razão do domínio do fator de risco pelo médico, qual seja, de uma conduta expectante devidamente planejada. Em todo caso, resta dissertar.

¹³ Tradução livre: “*Would you tell me, please, which way I ought to go from here ?*” “*That depends a good deal on where you want to get to,*” said the Cat. “*I don’t much care where —*” said Alice. “*Then it doesn’t matter which way you go*” said the Cat.”. CARROL, Lewis. *Alice’s Adventures in Wonderland: Webster’s Thesaurus Edition for PSAT*. San Diego: ICON Group International, 2005.

¹⁴ MARCONI, M.A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 69

1. A ÉTICA MÉDICA E A CONDUTA EXPECTANTE EM GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA: HIPÓTESE DE DOMÍNIO E GUARDA DO MÉDICO

Este primeiro capítulo é destinado à medicina como um todo, especialmente sobre os alcances da ética-biomédica (doravante abarcada sob a Bioética) e a autonomia médica (1.1), que contém um subcapítulo (1.1.1) dedicado à relação médico-paciente, ao dever de esclarecimento e ao direito ao consentimento. Ainda neste capítulo, dissertar-se-á sobre a gravidez ectópica tubária (1.2), as posturas médicas diante dela (1.3), e, em especial, do tratamento mediante *conduta expectante*, ou também chamada de expectativa armada.

1.1. A BIOÉTICA E A AUTONOMIA MÉDICA.

A Bioética é comumente definida como *ciência de sobrevivência*, em alusão à obra de Van Rensselaer Potter (1971), que a definia como “novo tipo de sabedoria que deveria ter indicado como usar o conhecimento científico [biológico] para garantir o bem social”¹⁵. Embora hodiernamente se considere a Bioética como ciência transdisciplinar, fato é que nem sempre foi assim. Suas origens remontam à reflexão ética na medicina, com longo excuro de mais de dois mil anos até a “fusão” em uma bioética transdisciplinar. Nas palavras de Elio Sgreccia¹⁶,

[julgamos] não a bioética como uma coisa recente e acrescentada à ética médica, mas, ao contrário, a bioética como ética que diz respeito às intervenções sobre a vida, entendida em sentido extensivo que deve compreender também as intervenções sobre a vida e sobre a saúde do homem.

Os registros da reflexão remontam à Grécia Antiga, mais especificamente ao conhecido pai da medicina ocidental, Hipócrates (460-370 a.C). Embora existam debates sobre a verossimilhança da autoria do juramento atribuído a este autor, o juramento é considerado marco fundante da ética médica ocidental.

Intrinsecamente à estrutura deste juramento, destacam-se dois “nortes” que posteriormente foram tomados como estruturantes da bioética moderna, que fundamentam a moralidade do ato médico, que são a **beneficência** e a **não-maleficência**. Em curto excerto do juramento, pode-se denotar a raiz desses dois pilares do ato médico:

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

¹⁵ cf. SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 44

¹⁶ *Ibid.* p. 43

A ninguém darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.¹⁷

Fazer o bem e evitar causar mal ao paciente. Eis a síntese dos princípios da beneficência e da não-maleficência. Embora denotem, numa percepção apriorística, que estão em antíteses recíprocas, esta não é a conclusão mais acurada.

A beneficência revela a obrigação do médico em agir no melhor interesse do paciente. Na síntese de Délio Kipper e Joaquim Cloet¹⁸

O princípio da beneficência tenta, num primeiro momento, a promoção da saúde e a prevenção da doença e, em segundo lugar, pesa os bens e os males buscando a prevalência dos primeiros. O exercício profissional das pessoas aqui já nomeadas [médicos, dentistas, etc] tem uma finalidade moral, implícita em todo o seu agir, entendida especialmente em termos de beneficência. Esses profissionais procuram o bem do paciente **conforme o que a medicina, a odontologia, a enfermagem e a psicologia entendem que pode ser bom no caso ou na situação apresentada** (Grifos nossos)

Destaca-se, pois, a luz que a própria ciência da saúde fornece em forma de tratamento ao caso concreto. Isto é, não se trata da busca do bem a partir somente da visão *do médico*, mas *da medicina* enquanto ciência. Trata-se de um antídoto a um excesso paternalista ou subjetivista do exercício da medicina.

A não-maleficência, por sua vez, impera o dever de não causar males ao paciente, isto é, danos culposos, o que enfatiza a necessidade de se evitar procedimentos ou tratamentos direta ou indiretamente prejudiciais ao paciente. Segundo Kipper e Cloet¹⁹:

O princípio de não-maleficência é devido a todas as pessoas, enquanto que o princípio da beneficência, na prática, é menos abrangente [...] [A] prática da medicina pode, às vezes, causar danos para a obtenção de um benefício maior. Os próprios pacientes seriam os primeiros a questionar a prioridade moral da beneficência. [...] um paciente com melanoma numa das mãos poderá perder o braço para salvar a vida. [...] É evidente que o interesse principal não é nem cortar o braço nem a esterilidade, mas a saúde geral. **Esses são casos típicos da denominada teoria moral do duplo efeito. Recomenda-se, nos diversos casos, examinar conjuntamente, os princípios da maleficência.**

¹⁷ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (CREMERS). **O JULGAMENTO DE HIPÓCRATES**. Disponível em: <https://cremers.org.br/juramento-de-hipocrates/#:~:text=A%20ningu%C3%A9m%20darei%20por%20comprazer,aos%20pr%C3%AAticos%20que%20disso%20cuidam..>. Acesso em fev. 2024

¹⁸ DELIO, José Kipper; CLOET, Joaquim. in COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 375-51. p. 44

¹⁹ DELIO, José Kipper; CLOET, Joaquim. in COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 37-51. p. 44-45

Portanto, a análise desses dois princípios iniciais é obrigatoriamente conjunta. Por outro lado, percebe-se a escassez de se resolver simples dilemas éticos se municiados apenas desses dois grandes princípios. Eis a insurgência do pensamento moderno para suplementar a reflexão ética.

Isto porque o pensamento hipocrático permaneceu “canônico” por quase dois mil anos, com pouquíssimas alterações de sentido. Foi somente com a modernidade, especialmente inaugurado com o pensamento do liberalismo ético de David Hume, Adam Smith, e outros, que se agregaram paulatinamente os princípios da justiça e da autonomia aos pilares da bioética. Afinal, a questão não reside apenas em saber *se* deve-se buscar o bem e evitar o mal ao paciente, mas **como** a decisão do ato deve ser tomada.

Posteriormente, a conclusão desta estrutura central da ética-biomédica foi sumarizada por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, conhecidos como pais do principiologismo da bioética moderna, que acrescentaram formalmente à beneficência e não-maleficência os princípios da autonomia e da justiça. Em razão do foco desta pesquisa, dissertar-se-á brevemente tão somente sobre o princípio da autonomia, que será melhor detalhado no subcapítulo seguinte.

Este princípio, apesar de aparentemente aplicável aos dois sujeitos da relação, foi inicialmente “desenhado” com foco na autonomia do paciente. É a resposta a um longo período de paternalismo médico, quando toda decisão acerca da beneficência e não-maleficência do ato médico se restringia à decisão proeminente do profissional. Em suma, trata-se de um princípio de liberdade moral, em que se

[...] reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (Corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento. Considera o paciente capaz de autogovernar-se, ou seja, de fazer suas opções e agir sob a orientação dessas deliberações tomadas, devendo, por tal razão, ser tratado com autonomia²⁰.

O mesmo pode ser dito sobre o sujeito-médico. Isto é, deve haver confluência entre a autonomia do paciente e a autonomia do médico *dentro* das liberdades *médicas*. Nas palavras de Igor Mascarenhas *et al*²¹, em uma das poucas pesquisas nesta seara, pode-se afirmar que

Muito se discute sobre o princípio da autonomia do paciente na relação paciente médico, **porém pouco se debate sobre a autonomia do profissional nas relações.**

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 15

²¹ MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimentos de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito. *in Civilistica*. A. 10, n. , 2021.

A autonomia deve ser enxergada como uma via de mão dupla: há de se considerar a autonomia do paciente, mas também a autonomia do médico.

Neste sentido, da mesma forma em que se debate a autonomia do paciente para recusar tratamento, inclusive aqueles que possam resultar em sua morte, há de se considerar a autonomia do profissional em recusar medidas que atentem contra sua consciência e/ou aspectos que julgue inseguros. (Grifos nossos)

Logo, o “exercício médico sem autonomia do paciente é paternalismo e objetificação do paciente. Ato médico sem autonomia do médico pode ser interpretado como trabalho forçado”²².

Diante desse excursus sobre a autonomia dos sujeitos, é imperioso adentrar à forma da convergência “das autonomias” envolvidas no ato médico: no dever de esclarecimento e na obtenção de consentimento.

1.1.1. O dever de esclarecimento e o consentimento na relação médico-paciente

No man is an island. A relacionalidade é pressuposto do convívio em sociedade. Isto é, embora os sujeitos envolvidos na relação médico-paciente sejam titulares de direitos individuais, tal como dissertado no subcapítulo anterior, é justamente na relação entre eles que se estabelece os limites de cada um. Não há como se falar de direito absoluto, portanto.

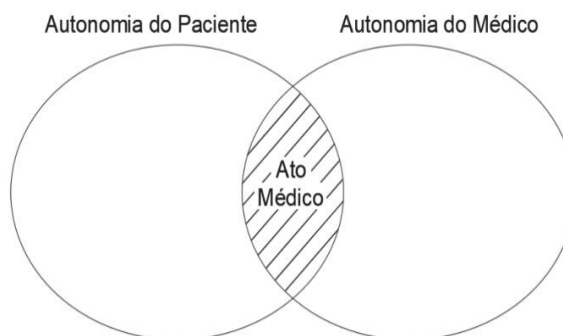
Neste íterim, no intuito de preservar a liberdade individual das partes envolvidas, a relação médico-paciente é permeada por um dever recíproco de comunicação, que se traduz, de um lado, no dever de esclarecimento – e não mera informação –, do médico, e, por outro, do assentimento positivo do paciente, o consentimento. Isto é, não basta o respeito aos aludidos princípios da bioética: a relação *requer* boa comunicação²³. Somente assim é que o ato médico residirá no encontro entre a autonomia do paciente e do profissional, expressado no seguinte esquema²⁴:

²² MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimentos de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito. *in Civilistica*. A. 10, n. , 2021. p. 4

²³ Antecipe-se, aqui, o seguinte comentário: o significado das ações humanas dependem, necessariamente, do meio linguístico empregado. Portanto, a “obtenção” do consentimento na relação médico-paciente pressupõe um ato comunicativo entre ambos, e que será fulcral para a compreensão de eventual significado penal da ação em questão.

²⁴ FONTE: MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimentos de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito. *in Civilistica*. A. 10, n. , 2021. p. 4

FIGURA 1 – Ato Médico



Fonte 1 : MASCARENHAS; COSTA; MATOS (2021):

Todavia, para que as autonomias sejam devidamente respeitadas neste ato profissional, a relação deve estar municiada de um elemento qualitativo: que o consentimento seja livre e esclarecido.

Historicamente, a medicina e a informação ao paciente eram elementos estranhos entre si, conforme leciona Miguel Kfoury Neto²⁵. Na tradição médica grega, preponderava-se a “não-participação volitiva do doente no núcleo da decisão médica”²⁶. O excursus até a doutrina do esclarecimento consentido data somente do século XX, especialmente do direito de matriz consuetudinária, conforme esclarece o mesmo autor, construindo-se o conceito do *informed consent*.

Isto é: já não basta que o médico *saiba* o que se deve fazer; o esclarecimento ao paciente é **fundamental** para que o ato seja exercido livremente. Afinal, não há como se consentir com algo que sequer se entenda o que é.

Em referência a Ricardo Luis Lorenzetti²⁷, Miguel Kfoury complementa:

A decisão médica deve ser democrática, sem, contudo, tornar o paciente plenamente autônomo, visto existir sempre uma influência do médico, que se espera benéfica. A boa-fé deve presidir a conduta do profissional. Por isso, fala-se de um *modelo interativo*, em que se busca um adequado intercâmbio: o médico conhece a enfermidade; o paciente, suas necessidades. O consentimento deverá ser documentado e registrado, sob pena de o profissional ver-se impossibilitado de provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em consequências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil.

O consentimento livre e esclarecido do paciente é um **processo de comunicação (informações sobre diagnóstico, prognóstico, alternativas de tratamento, bem como riscos e benefícios) entre o médico e o paciente.**

²⁵ KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil do médico. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. P. 267

²⁶ *Op. cit.*

²⁷ *Op. cit.* p. 279.

Por fim, no direito brasileiro positivo, o Código de Ética Médica expressa a obrigatoriedade do consentimento informado para com o paciente, deixando a breve exceção aos casos de iminente risco de morte:

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Os predicados do esclarecimento estão detalhados, ainda mais, na Recomendação do Conselho Federal de Medicina nº 01/2016, que embora seja de natureza não-vinculativa, são, de todo modo, normas de caráter deontológico.

a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, **benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração**, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. Portanto, não se enquadra na prática da denominada medicina defensiva.

As nuances da recusa ao processo de consentimento do ato médico, expresso, de um lado, pela recusa terapêutica do paciente, ou, por outro, pela objeção de consciência do médico, restarão à análise do capítulo seguinte.

A única hipótese da excepcional dispensa do consentimento do paciente é mediante risco iminente de morte, conforme permite a inteligência das vedações no Código de Ética Médica:

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo

Percebe-se, assim, que toda deontologia médica somente excepciona a autonomia do paciente para uma violação mais severa ao seu bem-estar, destacado no risco iminente de morte.

Portanto, o exercício do direito de autonomia do paciente e de autonomia do médico encontram respaldo no consentimento livre e esclarecido entre os sujeitos envolvidos. Sendo assim, em quadros clínicos que permitem tratamentos diversos, tais como o tema eleito, o esclarecimento e a obtenção do consentimento livre e esclarecido são de suma importância para a realização do ato médico juridicamente perfeito. E, caso contrário, tratar-se-á de uma aparente **omissão** ao dever de cuidado do médico, fonte do problema jurídico-penal desta pesquisa.

1.2. UM BREVE EXCURSO SOBRE A GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA NÃO-ROTA

Long story short, a gravidez ectópica é aquela em que a implantação do embrião se dá fora do útero²⁸, tal como na tuba uterina, que é o principal expoente destes casos. Trata-se de doença hemorrágica “de grande importância”, sendo a principal causa de mortalidade materna no primeiro trimestre gestacional²⁹. Manifesta-se mediante quadro de dor abdominal ou pélvica, “com colapso do sistema circulatório culminando em hemorragia interna e necessita de uma urgência no diagnóstico com assistência especializada”³⁰.

Embora “ectópica” seja o adjetivo para toda gravidez sugestionada “fora de lugar”, neste trabalho se dará atenção somente à gravidez ectópica-tubária, ou seja, quando a nidação³¹ ocorre na tuba uterina, que representa 90 a 95% dos casos de gravidez ectópica³²³³.

Segundo a literatura na área, o “diagnóstico precoce da gravidez ectópica é importante para reduzir o risco de ruptura tubária, além de melhorar o sucesso das condutas conservadoras”³⁴. De acordo com uma revisão literária brasileira, em aproximadamente um terço dos casos, a gravidez ectópica evolui para o rompimento da tuba uterina, com quadro hemorrágico de considerável importância, e, **em 57%, evoluem para o abortamento retido**³⁵. E, se não for tratada, aproximadamente 20% das gestações ectópicas evoluem para rompimento da tuba³⁶.

²⁸ A palavra “ektopos” tem origem grega. “Ek”, que pode ser traduzido com “fora”, e “topos”, equivalente a “lugar”.

²⁹ ELITO JR, Julio. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024. p. 41.

³⁰ AMORIN, Isabelle de Moraes; GOMIDE, Maria Eduarda Marini Amante; OLIVEIRA, Marcela Marques; AZEREDO, Lucas Marques Luiz; SIQUEIRA, Emílio Conceição de. Uma abordagem geral da gravidez ectópica: revisão de literatura. in **Revista Eletrônica Acervo Médico (REAMED)**. V. 16. Publicado em set. 2022

³¹ Fixação do embrião na parede uterina.

³² ELITO JR, *op. cit.* p. 43.

³³ Portanto, doravante, ao ler “ectópica”, leia-se “ectópica-tubária”.

³⁴ ELITO JR, *op. cit.*, p. 44

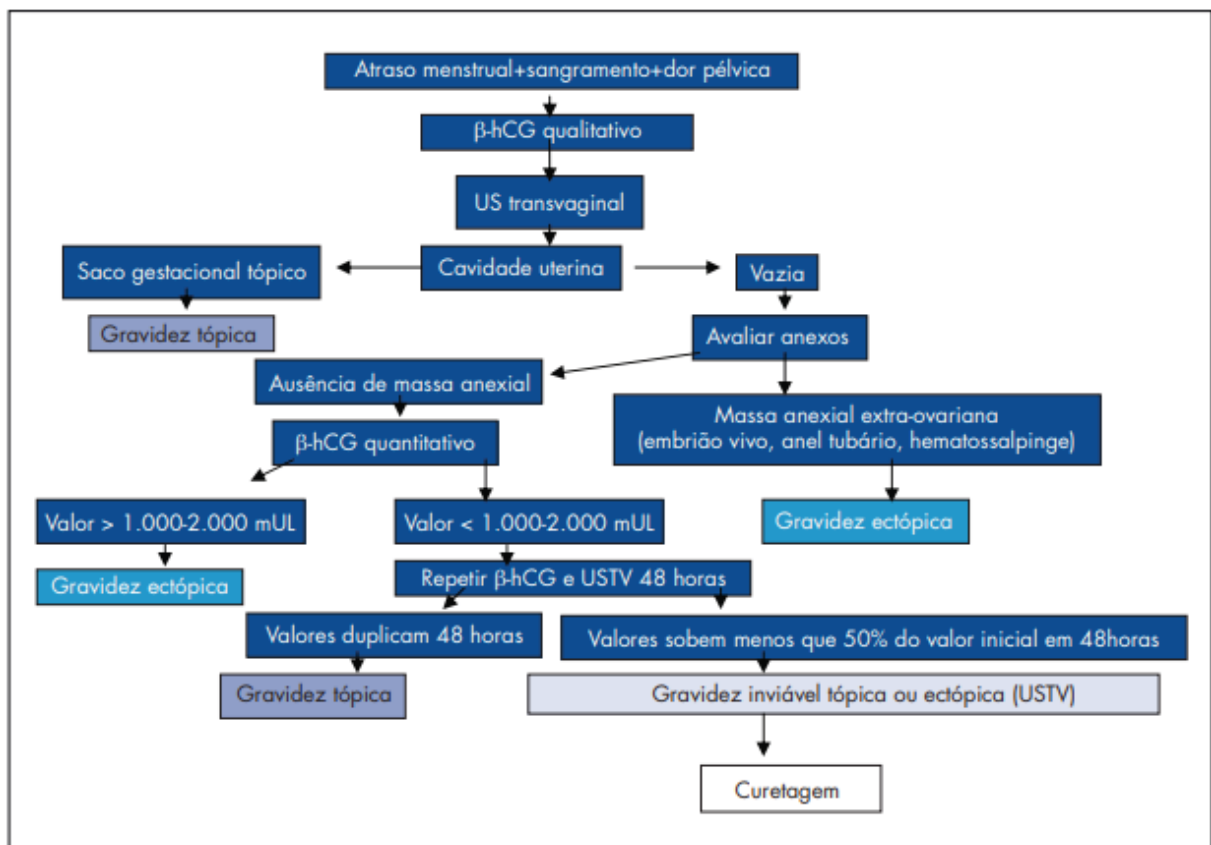
³⁵ Trata-se da conclusão, a contrario sensu, das pesquisas de Lund citadas por Elito Jr. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024. p. 41.

³⁶ TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: choosing a treatment*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-choosing-a-treatment?sectionName=Outcomes&search=ectopic%20pregnancy&topicRef=5455&anchor=H206768603&source=see_link#H206768603 >. Acesso em: 12/01/2024

O maior concernimento (e risco) é sobre as posturas médicas *anteriores* ao rompimento da tuba uterina, que se resume à intervenção cirúrgica, considerada conduta-padrão no tratamento, e aos tratamentos clínicos, também chamados conservadores³⁷.

O diagnóstico típico é apresentado por apenas 50% das pacientes, na tríade de menstruação atrasada, dor pélvica (que se apresenta em 80% dos casos), sangramento vaginal e teste positivo de gravidez, de acordo com revisão literária na área³⁸. A mesma pesquisa levantou a apresentação de sinais de choque em mais de um terço dos pacientes ao entrar no hospital. A seguir, um quadro sinótico da literatura retrata o fluxo-padrão de diagnóstico da gravidez ectópica³⁹:

FIGURA 2 – Diagnostico da Gravidez Ectópica



FONTE: ELITO JR (2008)

³⁷ Ressalta-se, desde já, que o enfoque deste trabalho é sobre o diagnóstico precoce, isto é, antes do rompimento da tuba uterina. Tal fato será melhor esclarecido quando do segundo e terceiro capítulos.

³⁸ AMORIN, Isabelle de Moraes/ GOMIDE, Maria Eduarda Marini Amante; OLIVEIRA, Marcela Marques; AZEREDO, Lucas Marques Luiz; SIQUEIRA, Emílio Conceição de. Uma abordagem geral da gravidez ectópica: revisão de literatura. in **Revista Eletrônica Acervo Médico (REAMED)**. V. 16. Publicado em set. 2022. p. 3

³⁹ Disponível em: ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. in **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetrícia**. 2008. 30 (3). p. 149-159. p. 151.

Nesses cenários de diagnóstico anterior ao rompimento da tuba uterina, cientes da considerável inviabilidade do prosseguimento da gestação, o dilema está no **momento** e na **forma** do ato médico: se o médico age antecipadamente ao rompimento, por vezes o embrião ainda está vivo (com ou sem batimentos cardíacos, a depender do estágio gravídico), e quem *dá a causa direta ao aborto embrionário* é o médico que efetua a intervenção cirúrgica preventiva⁴⁰, seja direta ou indiretamente. Por outro lado, há tratamentos clínico-conservadores, seja medicamentoso (ministração de metotrexato, também diretamente abortivo), e, por fim, a chamada *conduta expectante*.

Na base de dados de *double blind review* utilizada no meio médico, *UpToDate*, as consequências de ruptura tubária podem acontecer “em qualquer gravidez ectópica, **até mesmo naquelas com níveis de bHCG baixos e em declínio**”.⁴¹ Apesar de poucos dados sobre a ruptura tubária em estudos de larga escala, um dos poucos existentes, também documentado na base *UpToDate*⁴², compara o rompimento da tuba uterina em 18% dos pacientes optantes pela conduta expectante, e, naqueles que optaram pelo tratamento medicamentoso, mesmo assim o índice de ruptura tubária ficou entre 7 a 14%. O detalhamento e análise dessa postura será tratado adiante.

Diante do problema de pesquisa eleito, far-se-á uma distinção entre os tratamentos mencionados e reclassificados para maior didática na reflexão sobre o tema.

1.3. AS POSTURAS MÉDICAS DIANTE DA GRAVIDEZ ECTÓPICA TUBÁRIA

A conclusão da literatura autorizada na área revela que “diversas opções de tratamento podem ser utilizadas. Devemos respeitar as indicações tanto das intervenções cirúrgicas como do tratamento clínico”⁴³. Isto é, **não há um tratamento único**; ele é fruto do quadro clínico aliado à autonomia do profissional na indicação e na autonomia do paciente no consentimento.

⁴⁰ Destaca-se, ainda, que há outros procedimentos, também considerando direta ou indiretamente abortivos, que são possíveis à espécie. São eles: a salpingostomia linear, que remove o embrião; a salpingectomia; ou ainda, dos tratamentos clínicos-conservadores, a ministração de metotrexato, que gera a morte por inanição ao embrião, entre outros.

⁴¹ Tradução livre. Disponível em: TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

⁴² TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

⁴³ ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. in **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetrícia**. 2008. 30 (3). p. 149-159. p. 157.

Afinal, salvo exceções já mencionadas, o ato médico deve ser consentido quando ainda inexistir emergência ou urgência.

Existem, também, certos fatores de riscos apontados pela literatura médica que indicam ou contraindicam um procedimento específico⁴⁴:

Atenção especial deve ser dada às pacientes com fatores de risco, como gravidez ectópica prévia, cirurgia tubária prévia (esterilização feminina, reanastomose tubária), infertilidade, doença inflamatória pélvica, endometriose, usuárias de dispositivo intra-uterino (DIU), anticoncepção de emergência e tabagismo. Na vigência de atraso menstrual, sangramento genital e/ou dor abdominal são **indicadores de risco** para gravidez ectópica. Nestes casos, deve ser realizado acompanhamento cuidadoso até o diagnóstico ser elucidado. Na paciente de risco para gravidez ectópica **hemodinamicamente estável, deve esta condição, em geral, ser diagnosticada de forma não invasiva pela ultra-sonografia, isto é, sem a necessidade da laparoscopia, antes de ocorrer ruptura tubária**. O diagnóstico deve ser complementado com a realização de exames subsidiários, como a evolução dos títulos da β -hCG e a USTV, e, excepcionalmente, com a curetagem uterina – esta realizada com o objetivo de verificar a presença da reação de Arias-Stella ou descartar o diagnóstico mediante a presença de restos ovulares (grifos nossos)

As quatro formas de tratamento da literatura citada, que é fruto do protocolo adotado no Departamento de Obstetrícia da UNIFESP-EMP⁴⁵, podem ser organizadas da seguinte forma, sem prejuízo da subdivisão entre as posturas cirúrgicas diretas e indiretas:

[Cirúrgico - Laparostômico]

A laparotomia está indicada nos casos de instabilidade hemodinâmica.

[Cirúrgico - Laparoscópico]

A laparoscopia é a via preferencial para o tratamento da gravidez tubária. A salpingectomia deve ser realizada nas pacientes com prole constituída. A salpingostomia nas com desejo reprodutivo e quando os títulos da β -hCG forem inferiores a 5.000 mUI/mL.

[Clínico - Metotrexato]

O tratamento com MTX é uma conduta consagrada, podendo ser indicado como primeira opção de tratamento. Os principais critérios para indicação do MTX são massa anexial com diâmetro menor que 3,5 cm, β -hCG <5.000 mUI/mL e ausência de embrião vivo. A dose única de 50 mg/m² intramuscular é a preferencial. O protocolo com múltiplas doses deve ficar restrito para os casos de localização atípica com valores de β -hCG >5.000 mUI/mL.

[Clínico - Conduta Expectante]

A conduta expectante deve ser indicada nos casos de declínio dos títulos da β -hCG em 48 horas antes do tratamento e quando os títulos iniciais são inferiores a 1.500 mUI/mL. Em relação ao futuro reprodutivo, existem controvérsias entre a salpingectomia e a salpingostomia. Até obtermos um consenso na literatura, orientamos as pacientes desejosas de uma futura gestação optar pelas condutas conservadoras⁴⁶.

⁴⁴ ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. *in Revista Brasileira de Ginecologia Obstetrícia*. 2008. 30 (3). p. 149-159. p. 150

⁴⁵ *Ibid.* p. 157.

⁴⁶ *Ibid.*

Dentre os tratamentos clínico-conservadores, destaca-se o último, a chamada *conduta expectante*, postura na qual a gestante é monitorada clinicamente até o abortamento espontâneo ou até que se inicie o quadro hemorrágico. Nesta última hipótese, o procedimento cirúrgico foi evitado *num primeiro momento*. Trata-se de tratamento cientificamente aceito, porém com possível risco de dano à saúde da gestante. Em suma, a definição do procedimento é a seguinte⁴⁷:

Expectação armada é a atitude de esperar a evolução espontânea da gravidez ectópica, com a gestante hospitalizada, próxima a uma sala de cirurgia e submetida a uma monitoração contínua. Isso permite visualizar dia a dia o batimento cardíaco embrionário e colher os sinais clínicos de uma complicação que exija uma intervenção específica. Em substância, duas coisas podem acontecer principalmente: 1. a gravidez termina em aborto espontâneo, sem ruptura da trompa, ou o embrião morre e é reabsorvido sem qualquer ameaça para a mãe (o que se verifica em mais de 65% dos casos de gravidez ectópica quando se adota essa “terapia de espera”); 2. a gravidez evolui em direção à ruptura tubária, exigindo uma intervenção imediata

Embora os tratamentos à gravidez ectópica sejam classificados em cirúrgicos ou clínicos/conservadores, por força do objeto eleito – a objeção de consciência aos procedimentos direta e indiretamente abortivos –, reclassificam-se os tratamentos⁴⁸ nesta pesquisa da seguinte maneira, todos considerando um caso de estabilidade hemodinâmica, embrião vivo e tuba não-rotas⁴⁹:

- a) Diretamente abortivos:
 - a.1) Clínico: metotrexato local
 - a.2) Cirúrgico: salpingostomia via laparostômica
- b) Indiretamente abortivos:
 - b.1) Cirúrgico: salpingectomia via laparoscópica
 - b.2) Cirúrgico: salpingectomia via laparostômica
- c) Não-abortivos:
 - c.1) Clínico: Conduta Expectante

Esta distinção inicial é fundamental para identificar se a postura médica-objeitora aos tratamentos direta ou indiretamente abortivos estão aquém ou além do *dever de controle* do

⁴⁷ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O princípio da ação com duplo efeito e sua aplicação à gravidez ectópica**. Anápolis: Múltipla, 2009. p. 56

⁴⁸ Lista de procedimentos mais comuns elencados por Julio Elito Jr. ELITO JR, Julio. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024 p.

⁴⁹ *Ibid.* Base da reclassificação de tratamentos.

médico, requisito dos crimes comissivos por omissão. O motivo especial da classificação dos procedimentos em direta ou indiretamente abortivos e não-abortivos decorre da circunstância do problema de pesquisa: a objeção de consciência é comumente atrelada aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos.

O referencial teórico da adoção desta distinção está no jusfilósofo John Finnis⁵⁰, que separa o adjetivo “direto” de qualquer evento imediato físico ou temporal. São as razões das distinções:

Todo procedimento adotado com a intenção de matar uma nascitura, ou de pôr fim o seu desenvolvimento, é uma tentativa de prejudicar, mesmo que seja adotada apenas como para algum benefício (propósito) e mesmo que seja realizado com muita relutância pesar. Tais procedimentos são frequentemente chamados de *abortos diretos*. Mas aqui direto não se refere ao imediatismo físico temporal, mas às razões do procedimento: **o que quer que seja escolhido como fim (ou por mais luta que seja como) é diretamente desejado. O que apenas um efeito colateral não intencional é indiretamente desejado.** (grifos nossos)

Entretanto, não há que se confundir o abortamento indireto, tal como o procedimento salpingectomante (ocisão da tuba ovariana), com as chamadas ação de duplo efeito, tais como a histerectomia durante gravidez. Para maior profundidade nesta temática, a tese de doutoramento do padre Lodi da Cruz, jurista e bioeticista brasileiro, expõe magistralmente a diferença entre as hipóteses de ação de duplo efeito, tais como esta última que foi mencionada, com os procedimentos direta ou indiretamente abortivos, que fazem parte do recorte temático eleito desta pesquisa. Portanto, a necessidade de “reclassificar” os tratamentos à gravidez ectópica decorre deste contexto⁵¹.

Diante do fôlego desta pesquisa, que *disserta* sobre o tema em sede penal, os comentários sobre cada um dos tratamentos acima elencados serão sucintos, sem prejudicar, todavia, a seriedade que a análise merece, deixando o maior destaque à conduta expectante. Para tanto, os dados coletados são originários de bancos de dados de referência internacional e atualizados mensalmente, bem como da literatura brasileira sobre o tema.

Primeiramente, pode-se sintetizar o tratamento com **metotrexato** como “primeira opção de tratamento”⁵², sendo considerado, a despeito do meio empregado (substância indiretamente abortiva), um tratamento conservador. Isto porque ele dispensa o preparo

⁵⁰ FINNIS, John. Aborto e ética dos cuidados de saúde. in PINHEIRO, Vitor Sales; RIBEIRO; Mário da Silva (orgs.) **Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida. Estudos de filosofia, Direito e Bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2023. p. 179

⁵¹ Cf. CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O princípio da ação com duplo efeito e sua aplicação à gravidez ectópica**. Anápolis: Múltipla, 2009.

⁵² *Op cit*, p. 62.

cirúrgico, pode ser ministrado em pacientes com instabilidade hemodinâmica, e possui um protocolo muito mais simples que os tratamentos cirúrgicos. Em alguns protocolos hospitalares, o metotrexato é indicado tanto em hipóteses com embrião vivo quanto com embrião morto⁵³.

As demais posturas cirúrgicas, seja pela via laparoscópica ou laparotômica, são a salpingectomia (também chamada de cirurgia radical) e a salpingostomia (cirurgia conservadora). A primeira é a “remoção da trompa (ou de parte dela) antes de sua ruptura, contendo em seu interior o embrião ainda vivo”, enquanto a segunda “é uma incisão na trompa por meio de um laparoscópio com o fim de remover o embrião, preservando a trompa e possibilitando uma nova gravidez”⁵⁴. Tratam-se, por este motivo, de procedimentos direta (salpingostomia) ou indiretamente (salpingectomia) abortivos.

Um dos principais critérios para a opção pelas posturas cirúrgicas é justamente a instabilidade hemodinâmica da paciente, tuba rota, ou índices alarmantes de beta-hCG, que serão detalhados na sequência⁵⁵. As motivações da gestante para adesão entre um procedimento ou outro está, em primeiro lugar, sobre o desejo do futuro reprodutivo, pois as cirurgias radicais (Salpingectomia) retiram uma das tubas uterinas.

1.4. AS CONDIÇÕES DA CONDUTA EXPECTANTE

Last, but not the least, chega-se à conduta expectante, também conhecida como expectação armada. Conforme já ventilado no subitem anterior, esta é uma forma de tratamento clínico à gravidez ectópica em tuba não-rupta. Isto é, não há o que se falar em *conduta expectante* em caso de tuba rompida.

Os estudos sobre este método datam desde 1955, da pesquisa de JJ. Lund, que, segundo Julio Elito Jr, naquela época já registravam sucesso de 57% dos casos, isto é, que a maior parte das gravidezes ectópicas “evoluem espontaneamente para abortamento tubário e reabsorção, sem que haja sangramento importante ou ruptura da tuba”⁵⁶.

⁵³ ELITO JR, Julio. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024 p.

⁵⁴ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O princípio da ação com duplo efeito e sua aplicação à gravidez ectópica.** Anápolis: Múltipla, 2009. p. 34-35.

⁵⁵ Um primeiro dado importante para compreender cada forma de tratamento é o papel da aferição dos níveis do hormônio gonadotrofina coriônica humana, o beta-hCG. Isto porque ele é um termômetro importante na evolução e monitoração da gravidez, pois é produzido após a fertilização, e aumenta consideravelmente. Logo, a manutenção ou queda desses índices indicam uma gravidez em declínio.

⁵⁶ ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. in **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia.** 2008. 30 (3). P.. 149-159. p. 156

Um dos principais motivos da adoção da conduta expectante é a **preservação** da vida fértil da paciente, pois evita uma retirada precipitada da tuba uterina, bem como da menor intervenção médica possível. E ainda, destaca-se especialmente a preponderância da não-maleficência neste procedimento, pois se trata de uma última tentativa de respeito à vida ainda existente do embrião.

Os critérios mais validados para sucesso na conduta expectante são “valores iniciais baixos de beta-hCG, declínio dos títulos de beta-hCG em 48 horas, ausência de saco gestacional avaliado pela ultrassonografia e período prolongado desde a data da última menstruação”⁵⁷. Na conclusão de Elito Jr:

Os dados das pesquisas demonstram que as pacientes com gravidez ectópica, títulos baixos de beta-hCG e declínio dos títulos em 48 horas apresentam maior segurança para serem submetidas à conduta expectante, sem a necessidade de expor a paciente ao uso de um quimioterápico e, assim, diminui os riscos à gestante e, ao mesmo tempo, reduzir os custos hospitalares decorrentes do tempo de internação.

Em revisão bibliográfica mais recente⁵⁸, encontram-se registros de outros autores com índice de sucesso de 48 a 100%, e, no estudo randomizado de Van Mello *et al.*, 60% das mulheres evoluíram “sem intercorrências após a conduta expectante”⁵⁹.

Por outro lado, existe **divergência** literária, especialmente daquelas oriundas de pesquisas administradas em hospitais, sobre o **pré-requisito de embrião sem sinais vitais ou batimentos cardíacos**. Isto é, a depender do estágio de diagnóstico da gravidez ectópica diagnosticada antes do rompimento da tuba, quiçá ainda *sequer haja batimentos fetais*, em razão do momento inicial da gravidez. Ou, do contrário, em pesquisas aplicadas com gestantes que *deram entrada* em serviços obstetrícia com *sinais agudos* do avançamento da doença, o critério metodológico de **exclusão** de seleção de pacientes era justamente a presença eventual de embrião vivo ou com batimentos cardíacos.

Em suma, o que se pretende afirmar com isso nesta breve revisão literária aqui exposta, é que **inexiste consenso** acerca do pré-requisito de ausência de embrião vivo ou de batimentos cardíacos, embora *a grande parte das pesquisas só tenha sido aplicada mediante a ausência dos sinais vitais*.

Um estudo de coorte de 2020 avaliou 56 pacientes submetidas à conduta expectante, enquanto 35 foram submetidas ao tratamento medicamentoso com metexate, e 118 para o

⁵⁷ ELITO JR, Julio. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024. p. 50.

⁵⁸ *Ibid.* p. 49-51.

⁵⁹ *Ibid.* p. 49.

tratamento cirúrgico. O título é sugestivo: “*Ectopic pregnancies: Catch them early, treat them wisely!*”⁶⁰. Trata-se de uma pesquisa que obteve sucesso considerável com a conduta expectante, sendo uma das raras evidências científicas mais recentes que admitiu conduta expectante com embrião vivo.

Foram excluídas desta pesquisa as candidatas com sinais de instabilidade hemodinâmica, mas admitiu-se gestantes com “presença de feto **com ou sem atividade cardíaca no saco [gestacional]**”⁶¹. Na média, as gestantes admitidas para a conduta expectante possuíam 6,9 semanas de gestação. Trata-se, pois, de um diagnóstico precoce.

Em suma, **houve sucesso com 92,7%** das candidatas selecionadas para a conduta expectante, isto é, que evoluíram para o abortamento retido, sendo o restante delas submetida ao tratamento medicamentoso, e nenhuma submetida à cirurgia de emergência. Todavia, os dados revelam **significativo maior sucesso** com as gestações com níveis de beta-hCG pequenos, sendo que a média estava em 625 mUI/ml, com variáveis de +/- 351 mUI/ml, bem como massa anexial embrionária média de 3,42 cm, com variação de +/- 1,54 cm.

As conclusões do mencionado estudo de coorte enfatiza que “os índices de beta-hCG iniciais [de uma gestação] são **os melhores indicativos que predizem o sucesso com a conduta expectante, mas está longe de ser perfeito**” (sic)⁶².

Por outro lado, existe divergência em protocolos clínicos de instituições e associações médicas brasileiras. A Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) adota protocolo que **exclui** a alternativa à conduta expectante em presença de de beta-hCG acima de 1.500 mUI/ml, e também nos casos com embrião vivo⁶³. Isto é, **à luz da FEBRASGO, se existe embrião vivo, recomenda-se adotar os procedimentos direta ou indiretamente abortivos**, não sendo admitida a espera.

⁶⁰ Tradução livre: “Gestações ectópicas: diagnostique cedo, trate sabiamente”. KINGSBURY, Beena; SAM, Dibu; JEYASUDHA, R; THOMAS, Elsy; REBEKAH, Grace; LIONEL, Jessie. *Ectopic pregnancies: Catch them early, treat them wisely*. in *Journal of Family Medicine and Primary Care*. V. 9, Issue 9. Set. 2020. p. 4911-4918.

⁶¹ KINGSBURY, Beena; SAM, Dibu; JEYASUDHA, R; THOMAS, Elsy; REBEKAH, Grace; LIONEL, Jessie. *Ectopic pregnancies: Catch them early, treat them wisely*. in *Journal of Family Medicine and Primary Care*. V. 9, Issue 9. Set. 2020. p. 4912.

⁶² *Ibid.* p. 4916.

⁶³ *In verbis*: “Este protocolo foi validado pelos membros da Comissão Nacional Especializada em Urgências Obstétricas e referendado pela Diretoria Executiva como Documento Oficial da FEBRASGO. Protocolo FEBRASGO de Obstetrícia nº 22, acesse: <https://www.febrasgo.org.br/>” in FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). **Gravidez ectópica. Protocolos Febrasgo. Obstetrícia - nº 22**. São Paulo: 2018.

No protocolo de atendimento do Hospital Universitário da UFRN⁶⁴, por exemplo, a conduta expectante é indicada em índices hormonais até pouco mais flexíveis que os índices da FEBRASGO, mas também faz menção expressa à ausência de embrião vivo:

Conduta expectante pode ser indicada nos casos com estabilidade hemodinâmica, declínio dos títulos de beta-hCG no intervalo de 24 a 48 horas sem tratamento, beta-hCG inferior ou igual a 2.000 mUI/ml, **USTV com ausência de embrião vivo, massa tubária inferior a 5 cm e desejo de gravidez futura (B)**. O seguimento da conduta expectante deve ser feito com um retorno em 24 a 48 horas para repetir a dosagem de beta-hCG. Declínios superiores a 15% sugerem bom prognóstico, devendo ser seguido com dosagem semanal de beta-hCG. **Dado que isso não ocorra, o caso deve ser reavaliado para decidir entre MTX ou cirurgia (B)** (grifos nossos)

Todavia, até os índices aceitos na literatura sobre o beta-hCG variam. Nas revisões literárias mencionadas, a maior parte das indicações à conduta expectante é quando os índices hormonais são inferiores e reduzem abaixo de 2.000 mg/L⁶⁵. No manual da Maternidade Evangelina Rosa (UFPI)⁶⁶, que não faz menção expressa à exclusão das gestações com embrião ainda vivo, a recomendação da conduta expectante é para índices até 5.000 mUI/ml e até 4cm de massa fetal.

A existência de protocolos diferenciados entre instituições e até o próprio Sistema Único de Saúde (que também só recomenda a conduta expectante com ausência de embrião vivo⁶⁷) não revela uma deficiência da Medicina, senão revela justamente seu caráter inexato, que, por si, não é um problema, mas uma característica.

O Conselho Regional de Medicina do Mato Grosso do Sul (CRM/MS), por exemplo, ao ser consultado sobre a elaboração de protocolo-padrão em ginecologia e obstetrícia por uma instituição, emitiu parecer no seguinte sentido⁶⁸:

O serviço obstétrico apresenta algumas singularidades na assistência. Em muitas organizações, a mulher pode ser admitida em setor e por equipe completamente distinta da que a acompanhará durante o parto. Além disso, pode ocorrer a mudança da equipe de assistência durante as trocas de plantões. Visando garantir a qualidade e continuidade do cuidado, tanto nas trocas de plantões é necessário que haja entre os profissionais protocolos a serem seguidos em conformidade e

⁶⁴ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Protocolo. Gestação Ectópica. Hospital Universitário Ana Bezerra**. Natal: 06 de junho de 2021.

⁶⁵ ELITO JR, Julio. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024. p. 63.

⁶⁶ JUNIOR, José Arimateia dos Santos; PINHEIRO, Ana Maria Pearce Arêa Leão; HOLANDA, Ana Maria Coêlho; ROCHA, Rosyane Moura (Organizadores). **Manual de condutas em obstetrícia: Maternidade Evangelina Rosa**. Teresina: EDUFPI, 2021. 436 p. p. 276.

⁶⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual de Gestão de Alto Risco**. Brasília : Ministério da Saúde, 2022. 692 p.

⁶⁸ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO MATO GROSSO DO SUL. **Processo consulta CCRM/MS nº 009/2020: “ADOÇÃO DE PROTOCOLO PADRONIZADO EM MATERNIDADE”**. Campo Grande: 2020

acordo com todos os integrantes da equipe multidisciplinar assistencial [...] **Entendemos que a adoção de protocolos assistenciais com rotinas cientificamente comprovadas, promovem desempenhos mais seguros para a equipe médica como também salvaguarda com mais sucesso o binômio materno-fetal.**

Em todo caso, a literatura médica já consagra este método de tratamento como clinicamente viável, desde que os critérios para aplicação sejam atendidos. Na revisão literária disponível no *UpToDate*⁶⁹, conclui-se: “deve-se obter o consentimento informado das pacientes que são candidatas à conduta expectante da gravidez sobre os riscos dessa estratégia e **observação de perto até que a gravidez se resolva**” (grifos nossos).

Sobre o protocolo clínico desta observação, requer-se a monitoração do hormônio do beta-hCG **a cada um, dois ou três dias**, a fim de confirmar que continue a decair, até que se torne indetectável. Concomitantemente, recomenda-se o ultrassom somente quando novo ou pior sintoma é necessário⁷⁰. Em caso de aumento dos níveis de beta-hCG nesse monitoramento, a conduta expectante “é abandonada”, assim como às gestantes com “aumento da dor abdominal. Tais pacientes requerem cirurgia ou tratamento medicamentoso”. Essa é a conclusão da revisão literária de Togas Tulandi no *UpToDate*⁷¹.

Por fim, quanto às consequências, a diferença está **no momento do diagnóstico e na projeção de risco do ato médico**. Porém, como comparar se existe elevação ou manutenção de risco entre a conduta expectante e os demais tratamentos? De um lado, as balizas objetivas indicam quando a conduta expectante jamais é indicada, ou seja, quando há sinais de dor aguda, instabilidade hemodinâmica da gestante, fatores de risco, e elevados níveis de beta-hCG, cujos indicativos requerem uma imediata intervenção cirúrgica. Por outro lado, o requisito de ausência de embrião vivo é um critério majoritariamente adotado, mas não unânime.

Logo, a previsão mais acurada de risco de ruptura tubária mediante conduta expectante é ao compará-la com os riscos do tratamento medicamentoso de metexate, pois os critérios são praticamente idênticos, e o que muda é a natureza do ato médico. Enquanto este último é indiretamente abortivo no tratamento medicamentoso, a conduta expectante não o é, pois só toma outra postura se o risco emergir.

⁶⁹ Tradução livre. Disponível em: TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

Na revisão literária disponível no *UpToDate*⁷², a comparação que se faz é a seguinte:

Há poucos dados que determinam quais níveis de beta-hCG são permitidos para uma conduta expectante sem um risco desnecessário de ruptura tubária. Num estudo populacional incluindo 843 pacientes em gravidez ectópica, a ruptura tubária ocorreu em 18 por cento das pacientes [...] Para comparação, **os índices de ruptura tubária depois de tratamento MTX é entre 7 e a 14 por cento.**

Trata-se, nesta perspectiva, de um **incremento de risco em 4% (quatro por cento)**⁷³. Todavia, não se nega que “a conduta expectante na gravidez ectópica **não está tão bem estabelecida como o tratamento sistêmico com metotrexato**” (grifos nossos)⁷⁴.

Diante do exposto, retoma-se a questão central: o tratamento eleito deve ser fruto de consentimento mútuo entre o médico que o indica e o paciente que, esclarecido de todas as circunstâncias, o aceita.

Portanto, a *quaestio iuris* está no ato do médico que **recusa, por objeção de consciência**, aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos, mesmo com a expressão de preferência da gestante por eles, e indica tão somente a conduta expectante. Conforme visto, são condutas não apenas possíveis, mas até simultaneamente indicadas. A literatura revela balizas que devem ser resolvidas no consentimento dos sujeitos envolvidos na relação médica, cuja última palavra, em todo caso, deve ser do médico *e do* paciente.

Eis a primeira parte do problema de pesquisa, a ser detalhadamente explorado no capítulo seguinte: quando o médico se recusa aos demais procedimentos (embora lícitos e cabíveis), e indica somente a conduta expectante (também lícita e cabível), em **contrariedade à vontade da paciente**, mas *dentro* das possibilidades cientificamente aceitas.

⁷² TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ ELITO JR, Julio. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetria et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024. p. 49.

2. A OBJEÇÃO MÉDICA AOS MÉTODOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS NOS CASOS DE GRAVIDEZ ECTÓPICA NÃO-ROTA.

O presente capítulo sobre a objeção médica ao abortamento direto e indireto nos tratamentos à gravidez ectópica será dividido da seguinte forma: (2.1) a análise da natureza e os requisitos da objeção de consciência, que encontra raízes no *status* fundamental do direito de liberdade de consciência médica (2.1.1.) e se estrutura nas regras deontológicas da medicina nos casos de aborto (2.1.2), e, por fim, sobre o momento da objeção de consciência como fonte do perigo (2.2.)

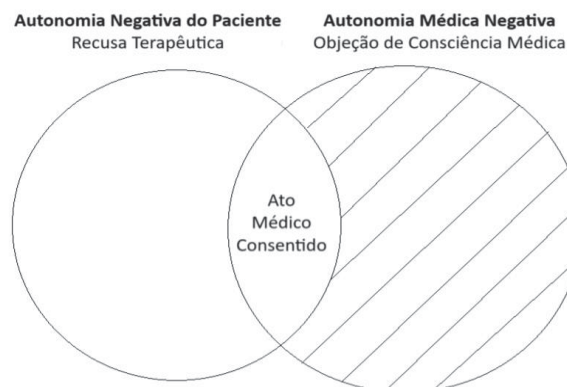
2.1. OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA.

Em retomada do subcapítulo 1.1, o ato médico é a confluência entre a autonomia da vontade do paciente com a autonomia da vontade do médico. O requisito, para tanto, é que a autonomia decorra de um consentimento livre e esclarecido.

Ao ler o requisito da autonomia da vontade *a contrario sensu*, isto é, quando o assentimento é *negativo*, culmina-se na *recusa* ao ato médico da forma originalmente proposta. Afinal, dentro de várias abordagens lícitas e prudentes do ato médico, é possível que a liberdade médica dite o contrário, ainda que cientificamente autorizada, ou ainda, de outro lado, a consciência do paciente também não o permita que se submeta ao ato daquela forma. Inúmeros exemplos poderiam ser citados, mas por hora o esforço está na estrutura da recusa.

Se a recusa se der na área “negativa” da autonomia médica, chama-se de objeção de consciência médica, enquanto quando ela é oriunda do paciente, chama-se mais apropriadamente de recusa terapêutica:

FIGURA 3 – OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA



FONTE: o autor

Se nem “um código penal não é um código de ética”⁷⁵, conforme aduzia Magalhães Noronha, também não é de se esperar que o Direito se assente, por absoluto, na moral, ou que pretenda ser um “estado ético que se faça norma do bem e do mal”, conforme rechaça o bioeticista Elio Sgreccia⁷⁶. Por outro lado, as conclusões deste autor são partilhadas nesta dissertação no seguinte sentido:

Todavia, certos valores fundamentais, necessários e indispensáveis para a garantia do bem comum devem ser tutelados inclusive pela lei, e, quando a lei não tutela um bem essencial à convivência e ao bem comum (como é o caso das leis sobre o aborto), a lei não é lei, deve ser mudada e pode ser objeto de ‘objeção de consciência.

Para melhor circunstanciar a natureza deste direito positivamente, ótica imprescindível numa dissertação jurídica, citem-se as permissões normativas previstas no Código de Ética Médica, em conjunto com as exceções internas:

Capítulo I, inc. 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.

Capítulo II, inc. IX - [É direito do médico:] IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

Diante da inferência direta que as normas deontológicas fazem à lei em sentido lato, é mister conhecer o direito de objeção de consciência sistematicamente. Isto é, em toda ordem jurídica se encontram os institutos análogos e complementares da objeção de consciência, desde a Constituição Federal, nas leis em sentido estrito, e até em normativas infralegais.

Portanto, percebe-se que o direito de objeção de consciência, por si mesmo, não é instituto jurídico originário do Direito Penal. Trata-se, numa breve análise positiva, de um direito fundamental (Art. 5º, VIII, Constituição Federal), cuja natureza jurídica é de caráter subjetivo, por ser uma **exceção a um dever**, desvelado numa antítese entre um direito e um dever jurídico. Afinal, o simples ato de pensar conscientemente é juridicamente inviolável.

Constitucionalmente, a forma tácita da objeção de consciência se encontra no inciso VI, decorrente do direito de liberdade de consciência, e, de forma explícita, no inciso VIII, ambos do art. 5º da Constituição Federal:

⁷⁵ NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal; dos crimes contra a pessoa**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. v. 2., p. 96.

⁷⁶ SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2014. p. 84

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Doutrinariamente, Rogério Carlos Born conceitua o instituto⁷⁷:

O direito de objeção de consciência é o direito fundamental que permite que qualquer cidadão se recuse a cumprir determinado dever a todos imposto quando a exigência contrariar as suas crenças e convicções, podendo o Estado obrigar-lhe a uma prestação substitutiva, se houver autorização expressa na norma hipotética fundamental.

Não obstante se conheça a fundamentalidade deste direito, que pode ser exercido horizontalmente (indivíduo *versus* indivíduo, e não apenas em face do Estado), o problema é saber *como* se manifesta o efeito horizontal nos casos concretos. Para Paulo Vinicius Sporleder de Souza⁷⁸, trata-se de uma

exceção jurídica à ordem jurídica por motivos (sérios) de consciência, havendo o descumprimento de um dever jurídico com base em convicções de índole ética, moral, religiosa, científica, etc, o que configura um conflito entre um direito (de objeção de consciência) e um dever (que vem imposto com caráter geral pelo ordenamento jurídico e é objeto de rechaço)

Ora, e os deveres estão também implícitos nas normas proibitivas em âmbito penal. E, tomando o Direito Penal como *ultima ratio* do Direito, segundo Romeo Casabona⁷⁹, as repercussões penais da objeção de consciência decorrem

somente quando o comportamento coerente com histórias de convicções íntimas e internas é contrário a uma norma jurídica imperativa, [é que] surge um enfrentamento entre ambos, e é então também quando a consciência pode se fortalecer e se manifestar externamente como objeção de consciência. **Se o conflito de consciência se apresentar a respeito de um dever jurídico-penal, significaria a realização de um tipo penal de ação ou omissão**

Conforme exposto, a objeção de consciência não é prevista *in litteris* pelo ordenamento jurídico-penal. Todavia, a doutrina discute qual o *locus* deste instituto na teoria geral do delito.

⁷⁷ BORN, Rogério Carlos. **Objeção de consciência**: restrições aos direitos políticos e fundamentais. Curitiba: Juruá, 2014. p. 59

⁷⁸ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Objeção de consciência médica e direito penal. in **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 59, out-dez. 2015, p. 1-6. p. 2.

⁷⁹ Tradução livre de: “*solo cuando el comportamiento coherente con tales convicciones íntimas e internas es contrario a una norma jurídica imperativa, surge un enfrentamiento entre ambos, y es entonces también cuando la conciencia puede verse constrenida a manifestarse externamente como objecion de conciencia. Se el conflicto de conciencia se presenta respecto a un deber jurídico-penal, de entrada significaría la realización de un tipo penal de accion o de omision*” in CASABONA, Romeo. **El derecho a la objeción de conciencia**. In: Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Personne humaine et droit international. Vol.II. Bruxelles: Bruylant; 1997. p. 1308.

Academicamente, Claus Roxin, Romeo Casabona, Muñoz Conde (1997) e Jorge Figueiredo Dias já escreveram sobre o tema. No Brasil, porém, a discussão é relativamente pequena. O protagonismo data da obra de Bruno Heringer Júnior (2007), que praticamente inaugurou os trabalhos neste solo, enquanto Paulo Victor Spoerdler de Souza (2015) trouxe breves apontamentos na teoria do delito. Entretanto, não há consenso sobre o conceito nem sobre a posição deste instituto na estrutura analítica do delito, embora o consenso ainda circunde as excludentes da culpabilidade⁸⁰.

Portanto, em sede de dissertação de mestrado, seria pretensioso buscar a resposta definitiva a este problema. Como o próprio nome diz, pretende-se *dissertar* sobre os aspectos penais da objeção de consciência na teoria do delito, considerando um tipo de ação omissivo impróprio⁸¹. Justificamos esta postura corroborando com o pensamento de Romeo Casabona, que considera possível duas posturas doutrinárias – seja em considerá-la excludente no plano da antijuridicidade ou na culpabilidade –, a depender da conduta humana envolvida:

quando a satisfação da máxima consciência comportada pela comissão de um fato penalmente tipificado, o confronto do binômio expresso direito-dever poderá situar-nos no âmbito de uma possível causa de justificação, enquanto que o binômio dever moral-dever jurídico nos leva forçosamente para plano de culpabilidade⁸²

Logo, será *de acordo* com a temática eleita e o tipo de ação envolvido que a investigação se desdobrará, visto que é impossível identificar aprioristicamente as exceções à objeção de consciência, argumenta Casabona⁸³. Em todo caso, em linhas gerais, a razão fundamental que exclui a responsabilidade penal é a *falta de necessidade preventiva da pena*. Apesar da culpabilidade ser compreendida tradicionalmente como possibilidade de atuar de

⁸⁰ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Objeção de consciência médica e direito penal. in *Revista da AMRIGS*, Porto Alegre, 59, out-dez. 2015, p. 1-6. p. 4.

⁸¹ Afinal, o médico que pretende “apenas” esperar a ruptura da trompa acarretará, naturalmente, a maiores chances de risco à saúde da gestante se comparado com a postura salpingectomante. Os critérios advindos da **concepção material** da posição de garantidor, tais como a *guarda de um bem jurídico concreto* e o *domínio material sobre uma fonte de perigo*, serão postos sob análise, e não se tomará uma conclusão apriorística de que a previsão legislativa extinguiu qualquer discussão sobre o tema. Afinal, “é imprescindível que se compreenda a omissão como **aquilo que fez com que o verbo descrito no tipo fosse constatado no caso concreto** [...] pois os critérios por demais estáticos **são insuficientes para acompanhar a dinamicidade das circunstâncias**” Cf. BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 105

⁸² Tradução livre de: *cuando la satisfacción de la máxima de conciencia comporte la comisión de un hecho penalmente tipificado, la confrontación del expresado binomio derecho-deber podrá situarnos en el ámbito de una posible causa de justificación, mientras que el binomio deber moral-deber jurídico nos trasladar forzosamente al plano de la culpabilidad*. in CASABONA, Romeo. *El derecho a la objeción de conciencia*. In: Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. *Personne humaine et droit international*. Vol.II. Bruxelles: Bruylant; 1997. p. 1311

⁸³ CASABONA, Romeo. *El derecho a la objeción de conciencia*. In: Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. *Personne humaine et droit international*. Vol.II. Bruxelles: Bruylant; 1997. p. 1312.

outro modo, deve-se entendê-la como desnecessidade de recorrer a uma resposta jurídica tão gravosa, reflexo do caráter preventivo geral da pena⁸⁴.

A objeção de consciência só adquire relevância penal quando se trata de um comportamento externo do sujeito que repercute num dever jurídico penal. Portanto, as discussões sobre o *locus* deste instituto na teoria geral do delito são relevantes, conforme visto, mas a centralidade da discussão será deixada a encargo da *posição* de garantidor do médico assistente e a relevância penal do comportamento omissivo, tal como comprometimento com a ocorrência do resultado.

A partir da exceção interna constante das normas médicas (caso de urgência ou emergência, risco de dano à saúde, e ausência de outro colega médico), os reflexos penais deste instituto em âmbito médico adquirem maior relevância. Afinal, quando o médico se recusa a realizar um ato profissional por ser contrária aos ditames de consciência, mesmo incorrendo em riscos de dano à saúde do paciente, ou em caso de urgência ou emergência —, sujeitar-se-á à omissão penalmente relevante, pois, em tese, ele se afigura como garantidor (Art. 13, §2º, Código Penal).

Assim, destaca-se que o problema de pesquisa eleito *já parte do pressuposto* de desatenção às hipóteses deontológicas de exceção à objeção de consciência, isto é, quando o médico-objeitor não tem outro colega para substituí-lo, e a situação já é classificada como urgência ou emergência, e, mesmo assim, procede à objeção de consciência, ainda que parcial.

Portanto, o exercício da objeção de consciência médica em caso de potencial risco à saúde do paciente já é, por si só, uma discussão pertinente. Observe-se, por exemplo, um caso apresentado ao Conselho Regional de Medicina do Ceará, que, em parecer consultivo, respondeu sobre a possibilidade da objeção de consciência de médico anesthesiologista em caso de gravidez ectópica não-rotunda com feto vivo⁸⁵:

Do exposto, e em resposta aos quesitos formulados, concluímos: 1) **Paciente com o diagnóstico clínico de gravidez ectópica com feto vivo**, pode o médico anesthesiologista recusar procedimento anestésico para a realização de laparotomia exploradora pelo fato do **feto encontrar-se ainda com batimentos cardíacos**; Resposta: temos o entendimento de que a gravidez ectópica é uma condição de risco elevado, pois a evolução esperada, na grande maioria das vezes, é para a rotura tubária, que é, potencialmente, uma condição ameaçadora à vida. **Não achamos razoável esperar que haja a rotura tubária para ter que operar a paciente em piores condições hemodinâmicas**, com risco elevado de morbidade grave ou mortalidade materna. (grifos nossos)

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La objeción de conciencia en derecho penal*. Nueva Doctrina Penal. 1996. p. 7.

⁸⁵ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ. **Parecer CREMEC nº 3/2018: “Interrupção de gravidez com feto vivo”**. Parecerista: Cons. Helvécio Neves Feitosa. Fortaleza: 2018

No caso em tela, como temática e objetivo geral de pesquisa, recorda-se da pretensão de analisar a relevância penal da conduta do médico-objeto aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos em gravidez ectópica não-rotas, mesmo quando a gestante manifesta interesse prioritário em ser submetida a eles⁸⁶.

2.1.1. O direito fundamental de liberdade de consciência e a autonomia médica.

A raiz da objeção de consciência se encontra no direito fundamental de liberdade de consciência. Afinal, não há como se objetar a algo que, por si só, já não fosse reservado à consciência individual.

A importância de se discorrer sobre o *status* fundamental de um direito é requisito da própria legitimidade de um sistema de justiça penal. Sem perder a centralidade do conceito de bem jurídico como critério de referência para toda intervenção penal, Maria Luisa Cuerda Arnaud ressalta o papel dos direitos fundamentais em sede penal:

[...] democracia e Estado de Direito se auto implicam, de maneira que não se pode falar de uma sem se falar do outro. Isso obriga a construir o sistema de justiça penal a partir da ideia de democracia, **cujas raízes são constituídas pelos direitos fundamentais, dos quais se originam as regras básicas** de procedimento que devem se ajustar às tomadas de decisões em todo o sistema democrático⁸⁷

Positivamente, a objeção de consciência decorre, em primeira mão, do direito fundamental de liberdade de consciência, previsto pela máxima do Art. 5º, II, e especialmente do inciso VI, ambos da Constituição Federal.

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Em termos de profissão, estas garantias fundamentais reverberam na liberdade do exercício de profissão, desde que atendidas as *qualificações profissionais* que a lei estabelece, conforme disposto no Art. 5º, XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

⁸⁶ Pelo curto fôlego desta introdução, resguardamos os detalhes adiante, logo ao capítulo 3.1.

⁸⁷ ARNAUD, Maria Luisa Cuerda. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito. *in* **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 6, n. 11, p. 43-72, jul./dez. 2014. p. 65

Trata-se da proteção de *status negativo e positivo* da intervenção estatal na liberdade individual. Ao comentar este dispositivo, Leonardo Martins⁸⁸ expõe a dimensão de resistência ou de *status negativo* do direito de liberdade profissional:

A liberdade profissional implica, em primeira linha, uma tutela de um direito de resistência contra intervenções estatais ou de *status negativus* na terminologia da amplamente conhecida teoria do status de Georg v. Jellinek. Trata-se de um direito individual à abstenção da ação estatal. Por ele, ao Estado endereça-se uma obrigação de “não fazer”, isto é, por ele, uma intervenção estatal está a priori proibida. Esse conteúdo jurídico-subjetivo é amplamente aceito na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira.

E, ao comentar a legitimação constitucional de intervenções na liberdade profissional, recorda da reserva legal estabelecida constitucionalmente, e reforça que a regulamentação administrativa também se sujeita ao critério da proporcionalidade da intervenção.

Em todo caso, percebe-se que a raiz de caráter de direito fundamental da objeção de consciência reverbera de forma proporcionada nos dispositivos infraconstitucionais, eis que o Código de Ética Médica prescreve limites razoáveis do exercício desse direito, já solidificados há tempos na seara médica.

2.1.2. Os limites da objeção de consciência na deontologia médica nos casos de interrupção da gravidez

Portanto, o exercício da medicina está submetido à sistemática jurídico-constitucional, civil, penal e deontológica da profissão, seja nas normas mandamentais ou nas permissivas. Isto é, se o Direito é ordem, as normas se estruturam a partir de critérios de aplicação dos subsistemas existentes. Exemplo desta harmonia em sede de exercício da medicina está no próprio Código de Ética Médica⁸⁹:

É vedado ao médico
Art. 15. Descumprir **legislação específica** nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. (Grifos nossos)

Isto é, a normativa deontológica faz inferência direta à lei em sentido estrito para fins de exercício da medicina em casos de abortamento, que será explorado no subcapítulo a seguir.

⁸⁸ MARTINS, Leonardo. in CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁸⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: 2018.

Ante à inexistência de legislação específica que disciplina *isoladamente* o abortamento direto ou indireto, é no próprio Código Penal⁹⁰ que se encontram as hipóteses permissivas fortes ao abortamento:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)
 Aborto necessário
 I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
 Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
 II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Por hora, são duas permissões fortes previstas *ex lege*, que são o abortamento para salvar a vida da gestante (Art. 128, I, Código Penal) e de gravidez resultante de estupro (Art. 128, II, Código Penal), e, por origem jurisprudencial, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, disposto exato do acórdão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54.

Diante deste excursus legal e fático, caso o abortamento direto ou indireto seja meio necessário para salvar a vida da gestante, há que se entender, desde logo, que as posturas médicas assinaladas no capítulo anterior em tratamento à gravidez ectópica são juridicamente lícitas em âmbito penal.

Entretanto, o problema não se encerra nessa constatação, pois a permissiva forte encontrada no art. 128 escusa apenas o caso de salvar *a vida* da gestante. E os casos de danos à integridade física? Ou ainda, quando se estiver diante do *momento* fulcral para se evitar a exposição ao perigo? Afinal, há que se recordar que a objeção de consciência excetua qualquer caso em que a recusa possa trazer *dano* à *saúde* do paciente, e não somente em risco de vida.

Esta disposição leva à conclusão preliminar de que *não é somente* nos casos das excludentes do art. 128 é que tais procedimentos são lícitos. Ou seja, *em todo* ato médico, ainda que em conflito entre dois bens jurídicos protegidos, exclui-se a ilicitude do ato caso seja fruto de sacrifício necessário de direito alheio em salvaguarda de outro, desde que respeitada a proporcionalidade.

Na bioética, essa lógica decorre do princípio da totalidade: é lícito sacrificar uma parte do corpo para salvar o todo. A retirada de um membros inferiores para salvar um órgão vital é

⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

um dos exemplos típicos. No Direito Penal, este sacrifício de direito alheio em prol de outro é chamado de estado de necessidade, uma excludente de ilicitude⁹¹.

Historicamente, houve discussão legislativa em favor de uma redação legal que definisse expressamente as diferenças entre meios e fins na excludente de ilicitude. Nesta proposta, referendada pelos bispos brasileiros, admitia-se a morte do nascituro como *efeito* do procedimento, desde que não almejado diretamente. Eis a redação legal, acompanhada de comentários do bioeticista Luiz Carlos Lodi da Cruz⁹²:

Art. 128 - Não constitui crime um procedimento médico, não diretamente abortivo, tendente a salvar a vida da gestante, que tenha como efeito secundário e indesejado, embora previsível, a morte do nascituro.

Parágrafo único: A exclusão de ilicitude referida neste artigo não se aplica:

I - se a morte do nascituro foi diretamente provocada, ainda que tenham sido alegadas razões terapêuticas

II - se era possível salvar a vida da gestante por outros procedimentos que não tivessem como efeito secundário a morte do nascituro.

Note-se que, na proposta dos bispos, desaparecia o aborto como meio, admitindo-se a morte do nascituro apenas como efeito, desde que observadas diversas condições. Essa sugestão, infelizmente, não foi acolhida pelo governo brasileiro. Subsiste, portanto, na atual redação do artigo 128 a palavra meio.

Muitos anos antes, o jurista Nelson Hungria já zombava da aplicação do princípio da ação com duplo efeito pela Igreja Católica:

... Ora, esse apelo ao aborto indireto é apenas uma acomodação com o céu, um expediente ardilosamente excogitado para conciliar escrúpulos religiosos com a imperativa necessidade prática. Tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de produzi-lo...

Em todo caso, a proposta legislativa foi rechaçada, e a redação legal das permissões fortes estão previstas na lei desde então.

Após conhecer as permissões de natureza jurídico-penal acerca do abortamento, são nos princípios fundamentais e nos direitos previstos no Código de Ética Médica⁹³ que se encontram as balizas deontológicas que auxiliarão a entender a objeção de consciência em caso de risco à saúde, cujo destaque deve ser dado ao fim da redação do inciso VII dos deveres médicos:

Capítulo I, inc. 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. (Grifos nossos)**

⁹¹ Um maior excursus sobre esse tema seria de grande valia, porém, devido ao fôlego desta dissertação, limita-se a discussão sobre as hipóteses diretamente afetadas pela objeção de consciência na iminência de risco.

⁹² CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O princípio da ação com duplo efeito e sua aplicação à gravidez ectópica**. Anápolis: Múltipla, 2009. p. 22

⁹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: 2018.

O final em destaque será fulcral para todo caso relativo a abortamento, devido a possibilidade de acarretamento de danos à saúde do paciente.

A literatura na ética-biomédica e no direito ainda carece consideravelmente de comentários mais robustos sobre a objeção de consciência e às exceções ao exercício deste direito. Logo, para fins didáticos, as exceções podem ser divididas em duas partes:

- a) Situações de ausência de outro médico em caso de urgência ou emergência; ou
- b) Quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente;

Afinal, as urgências e emergências médicas em obstetrícia são recorrentes, sendo o abortamento espontâneo a doença mais comum em gravidez, ocorrendo entre 10 a 15% das gestações⁹⁴. E, tratando-se de gravidez ectópica, o dano já é iminente *per si*. Conforme já destacado, os poucos índices de estudos em larga escala diferem a ruptura tubária de 18% para os que optaram pela conduta expectante, e entre 7 a 14% para aqueles que optaram pelo tratamento medicamentoso⁹⁵.

Todavia, outro importante recorte pode ser feito para fins de pesquisa: considere-se que a gravidez ainda não foi classificada como urgência ou emergência, pois se trata de tuba não-rotas e índices de beta-hCG dentro das indicações para a conduta expectante⁹⁶. Logo, a exceção de início do inciso VII pode ser descartada, restando toda a relevância da discussão para o *fine* do dispositivo: quando a recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Portanto, após todo o excursus sobre a gravidez ectópica e as formas de tratamento, pode-se concluir que o centro da problemática está no **momento**, seja da objeção, seja da assunção de um risco intolerável. Isto é: a depender do estágio da gravidez e da intervenção médica, haverá **incremento** do fator risco, e, conseqüentemente, maior a concretude do perigo. Os procedimentos elencados no capítulo anterior diferem, ainda que singelamente, da forma assumida do risco.

2.2. O MOMENTO DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA COMO FONTE DO PERIGO

⁹⁴ AJEJE, Renato. in URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024.

⁹⁵ TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in UpToDate. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

⁹⁶ Apesar das divergências literárias e entre protocolos clínicos, que serão abordados na conclusão do trabalho.

Em condições normais de temperatura e pressão, o exercício da objeção de consciência não acarreta imbróglis jurídicos (ou, ao menos, não deveria acarretar). Afinal, trata-se de direito constitucional e deontologicamente garantido. O exercício do direito dentro da área de proteção é, *per si*, lícito.

Porém, conforme salientado há pouco, o exercício deste direito não é protegido quando a recusa possa trazer danos à saúde do paciente. Aqui se iniciam as complicações. Primeiro porque a vedação é no *acarretamento* de danos, e não somente no risco. Mas e quando há confluência ou confusão entre risco e dano?

Pense-se no médico que recebe uma paciente em primeiro atendimento clínico-ambulatorial, prontamente diagnosticada com gravidez ectópica de poucas semanas. No mesmo ambulatório há outros médicos em plantão, a situação não é classificada nem como urgência ou emergência, e ainda não há risco de dano à saúde da gestante. Este médico manifesta recusa aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos, e indica a conduta expectante. A paciente manifesta preferência pelas outras abordagens. Ato contínuo, o médico registra a objeção e indica outro colega para atendê-la. Ora, trata-se do típico exercício “perfeito” do direito de objeção de consciência médica sem maiores complicações.

Do lado oposto, imagine-se uma gestante ectópica que ingressa com hemorragia em ato, em emergência médica, e os tratamentos indicados são nitidamente os métodos cirúrgicos. Neste caso, se a finalidade direta é o salvamento da vida, até o consentimento da paciente seria dispensado⁹⁷. E, quanto ao médico, o exercício de sua autonomia também se encontra limitada em razão da vedação inicial do *fine* do inciso VII: **“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”. Portanto, seria também outro caso de exercício (negativo) deste direito sem maiores digressões.

O problema está nas situações limítrofes: e quando ainda há “tão somente” *risco de dano* à saúde, aquilo que se denomina “perigo”, ao invés do resultado danoso em si?

Inexiste um conceito jurídico ou médico único de perigo. Segundo Heleno Fragoso⁹⁸,

[o] perigo é a modificação do mundo exterior que contém a probabilidade (não mera possibilidade) de provocar um dano. E conceito ao mesmo tempo objetivo e subjetivo. Sendo um trecho da realidade, com existência concreta, o perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade da superveniência de um dano.

⁹⁷ Código de Ética Médica, Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

⁹⁸ FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito penal. Parte Especial**, cit., v. I, p. 103.

Portanto, o perigo tem uma relação direta com a temática da causalidade e as teorias do risco, conceito que apesar da importação jurídica, também é encontrado na ética-biomédica. Afinal, o próprio Código de Ética Médica prescreve vedação de “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência” (Art. 1º).

Modernamente, as teorias do risco melhor definem do que a temática do perigo. Isto porque perigo, em sentido estrito, seriam tão somente as catástrofes naturais, tal como diria Luhmann, enquanto “a omissão da prevenção define o risco”, [pois] o risco é calculado”⁹⁹.

A atenção dos dispositivos acima mencionados, assim como de toda Teoria do Delito (e também da teoria da responsabilidade civil), está no elemento material do resultado, ou seja, no evento danoso. Ou, por outro lado, certa atenção é dada à ação. Entretanto, pouco – ou ao menos insuficientemente – se fala do nexo causal.

Neste ínterim, percebe-se o zelo que a posição de garantidor deve ter tanto para resguardar o bem jurídico vida quanto o bem jurídico saúde. Afinal, a obrigação do médico não se limita a *salvar vidas*, mas também à preservação do bem estar da saúde do paciente. Toda *dynamis* deontológica revela isso. Por isso, a relevância de *causar dano* deve abranger a exposição a todo tipo de perigo, seja à saúde, seja à vida do paciente.

Em sede de Teoria do Delito, o elo que liga a ação e o resultado, que é a noção de causalidade, também deve expressar um sentido do tipo penal. Se “matar alguém” é significado de uma ação que resulta no evento morte, a *causa* entre esses dois elementos também contém significado. Para o caso em tela, a temática da *causalidade* adquire relevância singular.

E, tomando a base de um conceito significativo de ação, que será mais adiante destacada, a relação entre ação e resultado “não pode resumir-se à causalidade ontológica, ainda que ela configure seu pressuposto indispensável”¹⁰⁰, mas há de se assumir uma dimensão axiológica à causalidade.

Os próprios manuais de Direito Penal retratam a causalidade especialmente com casos médicos, visto que se trata, per si, de uma tema com fatores de riscos multifatoriais, que dificulta a compreensão do significado da causalidade. Exemplo típico desta relação conflituosa é o caso das gestantes que ingeriram a Talidomida, cujo evento danoso observado foi a apresentação de deformidades congênitas nos recém-nascidos. Outro exemplo, até franqueado nos cinemas (*A Civil Action*, 1998), foi da poluição dos lençóis em East Woburn, Massachusetts, e a alta taxa de leucemia infantil nos anos subsequentes. Enfim, os exemplos são múltiplos.

⁹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150.

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 333.

Sem causalidade, não há atribuição de responsabilidade penal. Porém, como dito, o conceito ontológico de causalidade é insuficiente para compreender o significado de tipos de ação que vão além dos clássicos exemplos de “*Caio matou Tício com uma facada*”, etc. Em situações resultadas de causas multifatoriais, a assunção do critério axiológico do risco proporciona maior precisão na compreensão do significado da ação¹⁰¹. Para tanto, são dois critérios a ser usados:¹⁰²

Os critérios aqui adotados como válidos para a afirmação do tipo de ação são **(a) a criação ou incremento** de um risco a ponto de ultrapassar os limites do que se pode tolerar, ou seja, do risco permitido; e **(b) a realização**, no resultado, do risco previamente criado.

Ora, o risco é inerente à toda situação humana. O ponto fulcral está no “quanto” de risco se pode tolerar, ou quanto do risco acaba se realizando no resultado¹⁰³. E “a aceitação social de um comportamento, porque realizado dentro de um nível de risco tolerado socialmente, não pode, com efeito, ser considerada delitiva”¹⁰⁴.

Do primeiro critério, sobre “a criação ou incremento” de um risco acima do tolerável, este vai de encontro direto com a prática médica. Isto porque “as ações médicas para salvar pacientes, por exemplo, não podem implicar criação de um risco não permitido”¹⁰⁵. Relembrando os princípios da bioética médica, a intenção do ato médico é de minimamente causar um benefício ou reduzir um malefício. Ora, seria um disparate autorizar um procedimento estético de caráter eletivo caso se previsse um risco de morte à paciente idosa de 95 anos portadora de cardiopatia. Os bens jurídicos em risco em cada conduta possuem uma significativa diferença de importância.

Um ponto relevante sobre a criação de risco é quando ele já existia, sendo *incrementado* com a ação posterior. A pergunta aqui deve ser a seguinte: está justamente no

¹⁰¹ Trata-se de elementos axiológicos oriundos da **contribuição da teoria da imputação objetiva**, que não pode ser absorvida por completo no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da indisponibilidade de bens jurídicos tais como a vida e sobre as ofensas graves à integridade física. Neste sentido: *Ibidem*, p. 109. *In verbis*: “aí a opção apenas pela adoção dos dois primeiros critérios de imputação objetiva de Roxin (criação do risco não permitido e realização do risco no resultado) os quais devem ser usados não sob a forma de uma teoria geral, mas como mera adição axiológica à causalidade para a afirmação do tipo objetivo. De consequência, a análise realizada há de ser tópica, variando segundo os tipos penais e os respectivos bens jurídicos”.

¹⁰² *Ibid*, p. 335.

¹⁰³ Um alerta pertinente também é deixado por Paulo César Busato, no sentido de que “não há uma teoria geral unificada que se possa considerar teoria da imputação objetiva, o que existe são diferentes critérios oferecidos pela doutrina, em complemento à causalidade, para a determinação da atribuição de um tipo à realização de uma conduta”. *Ibid*.

¹⁰⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 337.

limite permitido de risco, ou já o ultrapassou? Novamente, percebe-se a relevância de se ter clareza sobre esse critério quando o assunto é objeção de consciência em âmbito de urgência médica: a emergência (risco de vida) ainda não ocorreu, mas está prestes a ocorrer. E, como toda medicina não é matemática, a identificação de significado dessa causa se torna ainda mais opaca.

Por fim, “não basta a criação do risco não permitido”¹⁰⁶; é necessário que ele ocorra. Afinal, risco pelo risco é característica inerente da sociedade hodierna. Em suma, “a questão aqui se resume à coincidência entre risco criado e risco realizado”¹⁰⁷. E aqui não se confunde o risco realizado com *dano* realizado. Fala-se, ainda, tão somente da realização do *risco*.

Por fim, há que se perceber novamente o quão relevante é esta noção do *momento da criação do risco* para determinação do perigo, e, assim, do *momento da objeção de consciência*. Isto é, a causa que num primeiro momento significava tão somente a exposição a perigo direto e iminente (Art. 132 do Código Penal) pode acarretar uma lesão concreta à integridade física (Art. 129 do Código Penal), ou até mesmo à morte (Art. 121 do Código Penal).

Diante deste cenário, o último capítulo se debruça na análise jurídico-penal dos tipos de ação do crime de perigo e da lesão corporal.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 339.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 339.

3. O SIGNIFICADO JURÍDICO-PENAL DA OMISSÃO MÉDICA AOS PROCEDIMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS NA SITUAÇÃO DE OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Toda dissertação até então explorou dois pontos principais: a *liberdade de consciência* do médico objetor, no primeiro capítulo, e no segundo, sobre o quadro clínico e deontológico da medicina, sendo tudo integrado ao diagnóstico de uma hipotética gravidez ectópica não-rota. Neste capítulo, explorar-se-á o significado jurídico-penal da ação médica delineada nos capítulos anteriores. Para tanto, será indispensável o retorno a alguns conceitos da teoria geral do delito, e, especialmente, traçar o panorama dos tipos de ação adequados à espécie.

Inicialmente, para explorar a relevância penal da objeção médica mencionada, precisa-se destacar um novo pressuposto e partir dele: *é impossível adentrar ao íntimo da mente humana*¹⁰⁸. Mesmo que toda a discussão gire em torno daquilo que o médico objetor aplica da medicina, comunica à paciente, exerce na recusa, e, internamente, pensa sobre o que objetou, ou seja, condutas *aparentemente do íntimo* do sujeito, inferir a pretensão subjetiva dele é um caminho sem volta.

Ainda que uma ação humana possa ter uma *finalidade* interna, e mesmo que se assuma que a consciência humana não é uma mera abstração, para fins penais o fundamental é perceber o “significado que socialmente se atribua a o que façam”¹⁰⁹, e não ao que, no íntimo da consciência do sujeito, se pretendia. Assim, imbuídos no referencial significativo, não sendo a ação um “mero ato ontológico isolado, nem tampouco como mera regra jurídico-penal”¹¹⁰, buscar-se-á o significado da conduta objetora.

Esta nova perspectiva - da ação significativa - parte também da *mudança de paradigma* na filosofia da ação. Nas palavras de Tomás Vives Antón, referencial teórico desta pesquisa¹¹¹:

A ação foi concebida ontologicamente como algo que existe no mundo, e passa, no pensamento de autores muito significativos, a entender **não como o que os homens fazem, mas como o significado do que fazem; não como substrato, mas como sentido**; e, conseqüentemente, a determinação se está diante de uma ação - e o tipo de

¹⁰⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 213

¹¹⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal e ação significativa. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 247.

¹¹¹ Tradução livre de: “*La acción se concebía ontológicamente, como algo que hay en el mundo, y pasa, en el pensamiento de autores muy significativos, a entenderse, no como lo que los hombres hacen, sino como el significado de lo que hacen; no como sustrato, sino como sentido; y, consecuentemente, la determinación de si se está ante una acción - y la del tipo de acción ante el que se está - ya no se efectúa con parámetros psico-físicos, mediante el recurso a la experiencia externa e interna, sino que tiene lugar en términos de reglas, esto es, en términos normativos. Es el seguimiento de reglas (y no un inaprehensible acontecimiento mental) lo que permite hablar de acciones, al dar lugar a lo que las constituye como tales (el significado) y las diferencia de los simples hechos*”. *Op.cit.* p. 213

ação diante do qual se está - não se aplica a parâmetros psicofísicos, por meio do recurso à experiência externa e interna, mas tem lugar em termos de regras, isto é, em termos normativos. É o **seguimento de regras** (e não um acontecimento mental inapreensível) que permite falar de ações, em lugar de constituírem-se como tais (o significado) e a diferenciação dos simples fatos (Grifos nossos)

Uma das chaves de leitura dessa relação é justamente o processo comunicativo. E, para o caso em tela, esta chave terá destaque ainda maior, visto que autor e vítima *devem* estar em processo comunicativo em razão da própria natureza da relação entre eles (pressupondo-se que a gestante estava em condições de manifestar sua vontade e inexistia risco de vida imediato). Afinal, para verificar a relevância penal de uma conduta, não basta “buscar” ações compatíveis dentro do código penal. Isto porque

[...] os **tipos penais na verdade não descrevem ações, mas situações com um processo complexo de comunicação entre dois sujeitos** (ou um sujeito e um coletivo); a interação própria de um processo comunicativo é o que cumpre destacar. E isso implica, portanto, considerar todo um complexo de sentido, para que se possa afirmar a existência de um tipo legal¹¹² (grifos nossos).

Portanto, não se trata de inferir o que o verbo “*expor*” significa *dentro “da mente”* do autor do delito, mas de perceber se a relação de causa e efeito é ou não relevante (penalmente) para identificar o tipo de ação. Isto porque a mesma objeção *pode* ser desinteressante para a tutela penal do Estado, mas esteja sob a égide da responsabilidade civil ou deontológica.

Justifica-se a adoção deste referencial teórico – da ação significativa – em respeito à única função remanescente do conceito de ação, que é sua função dogmática negativa. A dificuldade está em identificar o significado de uma conduta omissiva, tal como se atribui ao exercício da objeção de consciência. Geralmente está atrelada mais a um *não-fazer* do que a um *fazer*. Afinal, é indubitavelmente mais fácil entender o significado do que é ativamente *matar alguém* do que identificar o sentido de uma conduta omissiva em *matar alguém*.

Ao excluir os fatos da vida psíquica interna das aparentes omissões, a identificação de significado das condutas omissivas ocorre, segundo Tomás Vives-Antón, da seguinte forma:

[...] Justamente a dotação de sentido da ausência de ação ou da não realização material de um ato é o que diferencia o fato omissivo da mera omissão, levando à existência do “tipo omissivo”.

Assim, resta claro que para o reconhecimento do tipo omissivo, é necessária a presença, no fato omissivo, de um sentido que expressa externamente a intenção¹¹³

¹¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán; LARRAURI, Elena. *Imputación Objetiva*. Bogotá: Themis, 1998, p. 12. Traduzido por BUSATO, Paulo César. **Direito penal, parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333.

¹¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 218. Traduzido por BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 227.

Após este excursus inicial sobre o significado da omissão penalmente relevante (que será, sem prejuízo, detalhado em subcapítulo a seguir), há outro ponto da teoria do delito de assaz relevância para a compreensão da relevância penal da omissão: **o concurso aparente entre normas**, ou, melhor dizendo, entre os tipos de ação e as formas resolutivas desse imbróglio. Pois, conforme visto, a omissão pode expor a paciente a risco não-permitido, a lesões corporais, ou, em último caso, até à morte. Trata-se, preliminarmente, de três potenciais delitos para serem analisados, sendo que destes, a análise recairá sobre os dois primeiros: os tipos penais previstos nos artigos 132 e 129 do Código Penal.

Justifica-se este recorte em razão do cenário médico exposto no segundo capítulo: a gravidez ectópica rota é uma causa de mortalidade materna não-desprezível, mas que, em sua maioria de resultados com involução do quadro, acarreta hemorragias internas à gestante. Uma vez que não foi explorado, no breve excursus da ciência médica, sobre as possibilidades da *progressão* da hemorragia ao evento morte, a análise jurídica abarcará tão somente a exposição a perigo à saúde (Art. 132), com eventual progressão para o delito de lesões corporais (Art. 129)¹¹⁴.

Retornando à teoria geral do delito, há três grandes princípios que norteiam a solução quando há conflito aparente entre normas incriminadoras. São eles, os princípios da especialidade, da subsidiariedade, e da consunção ou absorção.

A especialidade decorre de um princípio geral do direito: *Lex specialis derogat legi generali*. O núcleo está no objeto da norma. Em sede de direito penal, por exemplo, tanto o homicídio quanto o aborto protegem o bem jurídico vida humana. Entretanto, um protege a vida extrauterina, enquanto outro é *específico* para a vida intrauterina. Eis o princípio da especialidade sem maiores digressões.

A subsidiariedade e a consunção, por outro lado, exigem mais atenção em razão do objeto sob análise na pesquisa. Antecipe-se que um dos dispositivos em comento *contempla expressamente* a exceção “*se o fato não constitui crime mais grave*” (Art. 132). Apesar dessa discussão ser deixada para o próximo subcapítulo, é necessário traçar aqui as diferenças gerais entre a subsidiariedade e a consunção.

¹¹⁴ Recorde-se, outra vez, que o objetivo desta dissertação (e, em especial, deste capítulo) não é explorar a natureza jurídica da objeção de consciência em sede penal, seja qual for seu *locus* na estrutura (anti)imputacional. Isto porque o tema eleito *não abarca* os requisitos do exercício legal do direito, que, per si, deveria acarretar à indicação de outro médico ou pressupor a inexistência de urgência ou emergência, que não é o caso. Sendo assim, apesar da não desprezível literatura sobre o assunto, a problemática reside na omissão médica, *partindo do pressuposto que a objeção de consciência médica não foi exercida nos moldes requisitados legalmente*.

Não obstante o marco teórico aqui adotado – e ciente de que é *impossível* separar o fato da norma, pois esta *só* existe porque *há* substrato fático para pensá-la –, pode-se resumir a diferença do princípio da subsidiariedade e da consunção na síntese a seguir. Na consunção, são os *atos* que estão sob análise, e o fato típico mais *grave* absorve o *menos* grave. De outro lado, o princípio da subsidiariedade é usado para dirimir conflito entre *as normas* penais incriminadoras, e *não* para a compreensão dos fatos, sendo que geral prevalece sobre a subsidiária. Neste caso, a *norma* penal incriminadora mais abrangente absorve a residual.

Doutrinariamente, em poucos parágrafos, o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco de Assis Toledo¹¹⁵, definiu e resumiu as diferenças desses três princípios:

Lex specialis derogat legi generali. 59. [...] Considera-se especial (lex specialis) a norma que contém **todos os elementos da geral** (lex generalis) e **mais o elemento especializador**. Há, pois, em a norma especial um **plus** [...]

Lex primaria derogat legi subsidiariae. 60. Segundo Honig, há subsidiariedade quando diferentes normas **protegem o mesmo bem jurídico** em diferentes fases, etapas ou graus de agressão. [...]

Lex consumens derogat legi consumptae. 61. [...] Há, na lei penal, tipos mais abrangentes e tipos mais específicos que, por visarem a **proteção de bens jurídicos diferentes**, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade) nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime. Um exemplo disso temos na violação do domicílio (CP, art. 150), que lesa a liberdade da pessoa, e no furto (art. 155), lesivo ao patrimônio. Se, todavia, a violação da residência é o meio empregado para a consumação do furto, a punição deste último crime absorve a punibilidade do primeiro. A norma mais ampla, mais abrangente, do furto, ao incluir como um de seus elementos essenciais a subtração, ou seja, o apossamento da coisa contra a vontade do dono, abrange a hipótese de penetração na residência, contra a vontade do dono, para o apossamento da coisa. Essa norma mais ampla consome, absorve a proteção parcial que a outra menos abrangente objetiva.

Diante desse exposto, pode-se inferir, desde logo, que a exceção posta na redação do art. 132 trata sobre o princípio da subsidiariedade, pois é a *norma subsidiária* que sai de cena para que outra adentre. Porém, a consunção também terá relevância da análise, pois o que se discute é o *alcance* do resultado danoso da conduta objetora, ou seja, direta nos fatos, especialmente no *iter criminis*, a título de crime progressivo, se, desde cedo, o agente já admitia conscientemente a produção do resultado danoso à integridade física ou à saúde.

Dito tudo isso, vale recordar por outra vez o excursus fático da ação sob análise: trata-se do médico, que, ao diagnosticar gravidez ectópica não rota com embrião vivo, indica tão somente a conduta expectante, dentro dos critérios cientificamente aceitos, em razão de objeção de consciência aos demais procedimentos enquanto o embrião estiver vivo. E, após o esclarecimento necessário à gestante, esta não consente com a conduta expectante, e manifesta

¹¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Grifos nossos.

preferência pelas posturas direta ou indiretamente abortivas (medicamentosa e/ou cirúrgica). Considere-se, pois, que a situação hipotética ainda não é classificada com urgência ou emergência, restando à *quaestio iuris* o significado jurídico da conduta objetora para fins penais, considerando a *causalidade ou não* do risco criado e não-permitido.

Tomadas as notas preliminares, discutir-se-á no primeiro subcapítulo sobre a relevância da omissão em sede penal (3.1), para que, num segundo momento, analisem-se os tipos de ação eleitos (3.2 e 3.3), e, somente na última oportunidade (3.4), serão tomadas as considerações finais sobre problema proposto.

3.1. REQUISITOS DA RELEVÂNCIA DA OMISSÃO.

Conforme dissertado, a problemática envolve condutas, em tese, omissivas; ou, mais especificamente, de omissões impróprias, pois os tipos de ação previstos nos artigos 129 e 132 do Código Penal são previstos como condutas *comissivas*. Logo, deve-se avaliar a relevância da omissão para que esta seja interessante ao Direito Penal, missão que será reservada a este subcapítulo, explorando inicialmente os pressupostos fundamentais dos crimes omissivos impróprios (3.1), para que, num segundo momento (3.1.1), sejam exploradas as fontes originadoras da posição do garante, e, por fim, sobre a equivalência significativa (3.1.2) das duas modalidades.

Omitir, segundo Munõz Conde¹¹⁶ (que, graças à origem latina de seu idioma materno, partilha das mesmas conclusões que o português), é um verbo transitivo, sendo que “sempre que se omite, se omite algo”, de modo que “a omissão penalmente relevante somente pode ser a omissão de uma ação esperada”. Dito a *contrario sensu*, a omissão *somente* será relevante em alguns casos, diferentemente da imperatividade dos tipos de ação comissivos.

De um lado, os chamados tipos de omissões próprias revelam deveres dirigidos a todo cidadão, fruto do convívio social, tal como o delito de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do diploma penal. Incrimina-se diretamente o dever violado pelo sujeito omitente, sendo estes tipos penais previstos especificamente na lei.

Por outro lado, há casos quando um dever específico acarreta obrigações a um grupo de pessoas específicas, que é o caso dos crimes omissivos impróprios, ou mais adequadamente chamados de comissivos por omissão. Esta última expressão torna explícito o que significa esses tipos penais: o verbo-núcleo do tipo penal continua sendo um *fazer*. A omissão é tão

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 238-239.

somente a causa da *realização do resultado previsto* pelo tipo penal. Como explicação de Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁷, trata-se de uma causalidade *jurídica*, e não fática, pois

[o omitente], devendo e podendo, não impede o resultado. Com efeito, apesar de se tratar de crime material, o agente responde pelo resultado **não por tê-lo causado, mas por não ter evitado sua ocorrência, estando juridicamente obrigado a fazê-lo, pois, nesses crimes, o não impedimento, quando possível, equivale, para o Direito penal, a causar o resultado.** Convém destacar, desde logo, que o dever de evitar o resultado é sempre um *dever* decorrente de uma norma jurídica, não o configurando deveres puramente éticos, morais ou religiosos (grifos nossos)

O dever jurídico, por sua vez, pode decorrer diretamente da lei em *sentido estrito* ou também por outro ato jurídico em sentido *lato*. Este ponto será explorado com mais profundidade ao tratar da posição do garantidor mais adiante. A norma jurídica cria, portanto, um *dever de segundo grau*¹¹⁸, pois o direito ordena um dever “geral” a todos os cidadãos quando se trata de um crime comissivo, pois a norma é proibitiva, enquanto no crime comissivo por omissão, o dever de agir é direcionado apenas a um grupo específico. Novamente na explicação de Cezar Bitencourt, “devem, em primeiro lugar, logicamente, abster-se de praticar uma conduta que o lese, como qualquer outro; em segundo lugar, devem também agir para evitar que outros *processos causais* possam ocasionar algum dano”¹¹⁹. Eis a razão da secundariedade deste dever.

Sobre a natureza do aludido dever, é importante tecer notas distintivas entre o dever *jurídico* e o dever moral ou religioso, que pode ser ilustrada com um conhecido adjetivo da religião e da medicina: o *samaritano*.

Chama-se de *samaritano* um ato equiparado em alusão à parábola bíblica do “Bom Samaritano”, narrada por Jesus Cristo no Evangelho de Lucas, Capítulo 10, versículos 25-37. Trata-se de uma herança da tradição cristã, que revela um dever, *a priori*, essencialmente religioso, mas que curiosamente também é partilhado dentro da ética-biomédica. A conjunção com a explicação antecedente revela bem a origem deste dever de ordem religiosa¹²⁰:

O grande mandamento — E eis que um legista se levantou e disse para experimentá-lo: “Mestre, que farei para herdar a vida eterna?” Ele disse: “Que está escrito na Lei? Como lês?” Ele, então, respondeu: “Amarás o Senhor teu Deus, de todo o teu coração, de toda a tua alma, com toda a tua força e de todo o teu entendimento; e a teu próximo como a ti mesmo”. Jesus disse: “Respondeste corretamente; faz isso e viverás”.

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 1: Parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018., p. 319

¹¹⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 139

¹¹⁹ BITENCOURT, *Ibid*, p. 322

¹²⁰ BÍBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

Parábola do bom samaritano —Ele, porém, querendo se justificar, disse a Jesus: “E quem é meu próximo?” Jesus retomou: “Um homem deseja de Jerusalém a Jericó, e caiu no meio de assaltantes que, após havê-lo despojado e espancado, foram-se, deixando-o semimorto. Casualmente, descia por esse caminho um sacerdote; viu-o e passou adiante. Igualmente um levita, atravessando esse lugar, viu-o e prosseguiu. Certo samaritano em viagem, porém, chegou junto dele, viu-o e moveu-se de compaixão. Aproximou-se, cuidou de suas chagas, derramando óleo e vinho, depois colocou-o em seu próprio animal, conduziu-o à hospedaria e dispensou-lhe cuidados. No dia seguinte, tirou dois denários e deu-os ao hospedeiro, dizendo: ‘Cuida dele, e o que gastares a mais, em meu regresso te pagarei’. Qual dos três, em tua opinião, foi o próximo do homem que caiu nas mãos dos assaltantes?” Ele respondeu: “Aquele que usou de misericórdia para com ele”. Jesus então lhe disse: “Vai, e também tu, faz o mesmo”.

Em suma, a autorizada literatura na área explica que o homem transeunte era um apátrida, isto é, trafegava em rota *desautorizada*, ou, ao menos, perigosa. Os dois personagens que lá passavam – o sacerdote e o levita – não possuíam obrigação jurídica de prestar assistência, tendo em vista que eram estritos observadores das leis rituais levíticas; logo, eram dispensados do dever de assistência.

O terceiro personagem, que é o samaritano, embora desobrigado também a assistir ao apátrida ferido, atendê-lo por mera bondade. Eis a origem do adjetivo do “samaritano”.

Na medicina, o ato samaritano¹²¹ é conceituado como ato realizado pelo médico fora das situações habituais e obrigatórias de assistência. Conforme já comentado, o médico somente é obrigado a prestar assistência em situações de urgência ou emergência. Nas demais, inexistindo urgência ou emergência, cabe-lhe tão somente o *munus comum* de não omitir socorro, nos moldes legais, mas nada lhe obriga a prestar a assistência médica integral a uma pessoa que o para na rua, por exemplo, e lhe solicita uma ausculta pulmonar. O ato médico samaritano, portanto, é justamente essa ilustrada hipótese: trata-se do médico que passa a prestar assistência além das hipóteses de obrigação legal e o faz tão somente por liberalidade.

Uma vez prestada a assistência ao transeunte em situação de ausência de urgência ou emergência, por exemplo, o ato médico adquire o dito adjetivo de samaritano, e um dever surge por este médico que livremente assume a responsabilidade da assistência médica. Em suma, a partir deste momento, a *posição* do médico *muda* significativamente.

¹²¹ A adoção deste adjetivo vem sendo usada com frequência em sede do Direito Civil, especialmente em seguros de responsabilidade civil, que originariamente cobriam os atos médicos “típicos”, a nível ambulatorial, hospitalar, etc. O ato bom samaritano, por sua vez, escapa dessa realidade, e serve de adjetivo para situações diversas, e não somente médicas. Todavia, a academia ainda carece de discussão satisfatória no assunto, sendo ainda objeto da *praxis* e de poucas notícias jornalísticas. Neste sentido: MELO, João Ozorio de. Judicialização ameaça pessoas que fazem o bem nos EUA. in **Revista Consultor Jurídico**, 13 de agosto de 2011, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-13/judicializacao-ameaca-pessoas-fazem-bem-estados-unidos/>. Acesso em 16 dez. 2023.

Portanto, é fundamental distinguir a natureza do dever; e ainda, a reprovabilidade ou a tolerância a certas condutas varia no espectro jurídico. A posição de médico assistente não é a mesma para a deontologia médica do que para o chamado direito penal médico. Como dizia Magalhães Noronha, “um código penal não é um código de ética”¹²². Logo, dada a fragmentariedade do Direito Penal, não seria nem esperado que as condutas menos desejadas também o fossem ali previstas. Percebe-se, pois, a diferença da origem do dever.

No tocante à **causalidade**, entendendo-a como “apenas um elemento de delimitação negativa da imputação, ou seja, que **ausente a causalidade não há atribuição e, por outro lado, presente esta, não se conclui obrigatoriamente a atribuição**”¹²³, faz-se necessário verificar um “critério axiológico adicional”, uma vez abandonados os critérios ontológicos. Para a doutrina, essas adições são frutos, ainda que limitadamente, das contribuições da Teoria da Imputação Objetiva, já explorados no subitem 2.2. São eles: a criação ou incremento de risco, e a realização do mesmo.

Não há *methos geral* ou uma forma detalhada da adoção desses critérios tendo em vista que servem tão somente para a “determinar a atribuição de um tipo à realização de uma conduta”¹²⁴. Complementa a doutrina¹²⁵ sobre os limites desse uso:

Assim, cada tipo terá seu limite no que tange à validade da pretensão de relevância e de ofensividade da norma e essas pretensões se relacionarão com os critérios da criação e realização do risco não permitido, de modo a estabelecer diferentes padrões axiológicos de realização da pretensão de justiça

Feito o pequeno excursus sobre o dever jurídico e sobre a relação de causalidade, conclui-se, a nível axiológico, que as condutas comissivas por omissão são desvalorizadas em igual medida às condutas comissivas propriamente ditas. Afinal, seria impossível que o legislador previsse *tipos específicos* para todas as formas de omissão imprópria. O que torna a omissão relevante, *a priori*, é um **dever de agir** prescrito ao agente, chamado comumente como o *garantidor*.

A omissão se torna relevante em três hipóteses, ou naquilo que a doutrina tradicionalmente define como três fontes originadoras da posição do garantidor, todas previstas nas alíneas do art. 13, §2º, do Código Penal. Independente de qual posição de garantidor que se fala, todas elas passam por pressupostos fundamentais dos crimes omissivos impróprios,

¹²² NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal; dos crimes contra a pessoa**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. v. 2., p. 96.

¹²³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 334

¹²⁴ *Ibid.* p. 335

¹²⁵ *Ibid.*

previstos no próprio §2º: “a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”.

Para fins de uma compreensão mais direta, o legislador poderia acrescentar a simples locução “[...] e não agiu” ao final da frase, pois somente é relevante a omissão quando “o omitente podia agir para evitar o resultado” [...] e não agiu, e, desta forma, o resultado se produziu.

A doutrina¹²⁶ subdivide os aludidos três pressupostos do §2º em três categorias, sendo a primeira delas sobre “poder agir”, o segundo sobre a “evitabilidade do resultado”, e o terceiro no “dever de impedir o resultado”, sendo que este último tem relação direta com as figuras elencadas nas alíneas a), b) e c), que serão exploradas com mais detalhes no subitem seguinte (3.1.1)¹²⁷.

O pressuposto fundamental do “**poder agir**”, por si só, permitiria uma dissertação à parte, pois *ad impossibilia nemo tenetur*¹²⁸, como expressa o brocardo latino. Investigar os limites da potencialidade da ação humana se equipara a uma investigação circular. Ora, a ninguém nascido no século XXI é atribuída a responsabilidade por causar uma grande guerra mundial, por exemplo, em razão de manifesto anacronismo. Portanto, a primeira barreira para este poder agir está na possibilidade física do feito.

Em segundo plano, pressupõe-se que o **resultado era evitável**, que, na definição de Cezar Roberto Bitencourt, trata-se de um “juízo hipotético de acréscimo”, enquanto o “poder agir” era um “juízo hipotético de eliminação”. Se antes era necessário que se pudesse agir, agora é necessário que o resultado não ocorresse, ou, melhor dizendo, fosse evitável. Este segundo pressuposto, portanto, detém relação com a temática da causalidade, que será desenvolvida com detalhes no item 3.1.2.

Por fim, o terceiro pressuposto, decorrente do *fine* do art. 13, §2º, é justamente o **dever em impedir o resultado** ocorrer. Afinal, não basta o binômio “poder agir” acrescido do não-desaparecimento do resultado. Para responsabilização penal nesta modalidade, é preciso que o agente-omitente tenha **também** o dever em impedir o resultado, isto é, trata-se de um *dever especial* decorrente da posição da própria condição de garantidor. Ou, na linguagem já citada,

¹²⁶ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 1: Parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 322-323.

¹²⁷ Salienta-se que este breve excursus não esgota as considerações desta dissertação sobre o tema. Com os acréscimos e críticas provenientes da teoria da ação significativa, especialmente discorrida no item 3.1.2, é que se parte a discussão dos resultados.

¹²⁸ Tradução livre: a ninguém é dado fazer o impossível.

trata-se do *segundo deber* oriundo da norma, tendo em vista que a proibição geral é direcionada a todos, mas o *deber* em impedir o resultado cabe apenas ao garantidor.

Em razão das minúcias sobre a posição de garantidor, que se assenta, no fundo, no recém-explorado §2º do art. 13, reserva-se o subtópico seguinte à parte para esta discussão.

3.1.1. A posição de garantidor

Não basta que uma pessoa pudesse agir e o resultado fosse evitável. A questão é: **quem deveria agir?** Eis a síntese da discussão acerca da posição do garantidor.

Francisco Muñoz Conde¹²⁹ utiliza exemplos que elucidam a discussão envolvendo a posição do garantidor. Neste sentido, exemplifica com a mãe que deixa o filho morrer de fome ou a enfermeira que deixa de conectar o soro ao paciente. Por outro lado, o penalista argumenta, mediante outros exemplos mais complexos, que o problema não se exaure na equivalência de significado entre a ação e a omissão, mas há outros fundamentos sobre os quais “se apoia materialmente essa equiparação”:

Mata (art. 138) quem não avisa em tempo o pedestre (que pode ser seu filho ou seu cônjuge) de que se aproxima um automóvel, ou que não presta auxílio a um acidentado que está sangrando em um local solitário? Mesmo que em muitos desses casos já caiba uma responsabilidade por omissão simples, o que se vê aqui é se o sujeito que não atua, deixa de fazer ou omite, responde também pela morte, pela defraudação, pelo furto ou pela violação.¹³⁰

Percebe-se que as respostas dependem do segundo pressuposto elencado no subitem anterior, que se desvela naquilo – ou melhor dizendo, em quem – que se afigurar na *posición de garantidor*, ou seja, na pessoa que tinha o dever (especial) de evitar que o resultado se produzisse.

E ainda, o problema desta posição não se limita a uma simples equação matemática sobre a causalidade e a adição da figura do garantidor. No íntimo desta discussão, Tomás Vives Antón¹³¹, referenciando Armin Kaufmann, desmistifica a dúvida:

En efecto: en los delitos de comisión, la producción del resultado (a) basta; mientras que en los de omisión impropia, a más de la producción del resultado (a), se requiere la

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 241-242.

¹³⁰ *Ibid* Tradução livre: ¿Mata (art. 138) quien no avisa a tiempo al peatón (que puede ser su hijo o su cónyuge) de que se le viene encima un automóvil, o el que no presta auxilio a un accidentado que se está desangrando en un lugar solitario? [...] Aunque en muchos de estos casos cabe ya una responsabilidad por la simple omisión (cfr. supra 4), lo que aquí se plantea es si el sujeto que no actúa, deja hacer u omite, responde también de la muerte, la defraudación, el hurto o la violación

¹³¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 586

posición de garante (B). Y, desde un punto de vista lógico, no puede decirse que $a = ab+b$

Percebe-se, pois, que eventual *fórmula* para definir a posição do garantidor será, em certa medida, insuficiente, tal como uma pretensa *teoria formal* almejava alcançar, tal como a planificação taxativa prevista no Código Penal.

Esta crítica à identidade “quase-perfeita” da estrutura do crime comissivo com os crimes comissivos são feitas também a Nagler, contra quem Kaufmann objeta com dois pontos. Trata-se de um problema de *taxatividade* requisitado pelo direito penal, conforme sumariza Vives Antón¹³²:

1. O objeto da proibição somente pode ser uma ação, e não uma omissão. A “proibição” de omitir uma ação é na realidade um mandato de efetuar essa ação.
2. Quem afirmar que a omissão imprópria é bancada pela proibição de agir é quem há que demonstrar que também somente o omitir do garantidor já é abarcado pela norma de proibição.

Todavia, a conclusão de Kaufmann acaba por recorrer, ao fim e ao cabo, ao legislador ordinário, que culmina na sugestão de uma “*parte especial de los delitos de omisión impropia*” para os casos de insuficiência linguística, argumenta Vives Antón¹³³. Sobre esta questão, o subcapítulo seguinte reserva uma discussão à parte.

Retomando o ponto sobre a aludida concepção formalista, esta decorre tradicionalmente das três fontes da posição do garantidor. Segundo Figueiredo Dias, são frutos do acréscimo de Stubel, que as limitava a três formas: “Lei, contrato e ingerência”¹³⁴.

No Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, as três posições de garantia elencadas no art. 13, §2º refletem a tríade originária de fontes formais:

- Art. 13 [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
 - b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
 - c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Na perspectiva tradicional, isto é, oriundas da teoria formal do garantidor, e alinhadas com as disposições legais, a primeira alínea é exemplificada pelas relações com dever de assistência (cônjuges entre si, pais e filhos, etc), assim, como das obrigações legais, que se aplica justamente aos médicos e profissionais da saúde.

¹³² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmatica penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 118. Tradução livre

¹³³ *Ibid*, p. 131

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I. p. 699

A segunda posição é para quem “assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”, isto é, por um ato voluntário. A título de exemplo, Bitencourt se refere “[às] mulheres [que] não em condições de pagar babá para seus filhos, é comum que uma vizinha se ofereça para cuidar do filho da outra, enquanto se ausenta, rapidamente”¹³⁵.

Por fim, a última alínea possui uma relação mais *material* com a fonte do perigo, pois se trata justamente da criação do risco, não importando “que o tenha feito voluntária ou involuntariamente, dolosa ou culposamente; importa é que com sua ação ou omissão originou uma *situação de risco* ou agravou uma situação que já existia”¹³⁶. O exemplo da doutrina¹³⁷ é elucidativo: “Um desses exemplos é aquele em que uma pessoa oferece a outra um copo d’água, sem ferver, quando, na localidade, grassava uma epidemia de tifo, que a outra pessoa desconhecida. Essa outra pessoa toma a água sem ferver, contrai a doença, e morre”.

Todavia, a teoria formal reverberada nos códigos modernos, que conota traços positivistas, recebeu críticas entre penalistas de diversos matizes. Dentre eles, a crítica de Figueiredo Dias¹³⁸ merece destaque:

[...] esta teoria formal dos deveres de garantia pode dizer-se hoje, em quase toda a parte, doutrinal e jurisprudencialmente abandonada. Logo que uma compreensão naturalista e positivista do jurídico, em particular do direito penal, foi substituída pela matriz da referência a valores, própria da orientação neokantiana, viu-se com extraordinária clareza que ela assentava em fundamentos insubsistentes. E isto, basicamente, porque acabava por renunciar de modo integral à consideração dos conteúdos dos deveres que assim se criavam; revelando- -se de todo incapaz de proporcionar um qualquer elemento material delimitador, numa palavra, um qualquer critério material de ilicitude da inobservância do dever de actuar.

Em Bernd Schünemann, encontram-se as diretrizes da nova teoria material das funções do garantidor, que deixa de lado a centralidade no resultado da omissão, filtrando-se a partir de dois critérios materiais, e não meramente formais. São eles: (a) **a guarda de um bem jurídico** e (b) **o domínio material sobre uma fonte de perigo**.

Esta perspectiva se atenta, no fundo, à origem do resultado, e não ao resultado em si. Todavia, esta perspectiva não escapa de valorações “incontroláveis” do órgão judicial, em razão de uma ética individual dos valores, sustenta Schunemann¹³⁹. Ainda que os dois pressupostos

¹³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 1: Parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 324

¹³⁶ *Ibid*

¹³⁷ *Ibid*.

¹³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I. p. 700

¹³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal**. Trad. de Juan Fernández Carrasquilla. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2009. p. 271

se assentem na subsidiariedade do Direito Penal, os deveres jurídicos meta-penais que se desdobram no dever jurídico do garantidor não são criações arbitrárias, mas “devem satisfazer as exigências do direito correto. Significa que deve estar fundamentada de maneira metodologicamente irrepreensível e convincente racionalmente, assim como que deve ter em conta as decisões valorativas do respectivo âmbito jurídico”¹⁴⁰, assevera.

Percebe-se, assim, que a atenção não mais se limita à lesão ao bem jurídico, mas à mera possibilidade de expô-lo a perigo, fato que é relevante em cenários como o eleito nesta dissertação. Segundo Kaufmann¹⁴¹, a relação entre o dever de evitar o resultado e o bem jurídico correspondente reflete esta posição de garantia:

Mas o carácter direto da relação entre o mandato de evitar o resultado e o bem jurídico pode relaxar ainda mais. Não só a própria evitação da lesão do bem jurídico pode ser plantada como tarefa do sujeito do mandato, mas também a evitar o perigo concreto ao bem jurídico. É até concebível que expor a perigo abstrato ocorra se o resultado que deveria ser evitado; se a materialização de um estado ou processo é proibida e é sujeita à punição devido ao seu perigo abstrato para um bem jurídico, também pode haver mandatos para prevenir esses “resultados” perigosos em abstrato¹⁴².

Portanto, até a mera exposição a perigo em concreto ou em abstrato a um bem jurídico pode ensejar, por si só, a caracterização da posição de garantidor, cumprido os demais requisitos legais, evidentemente.

Adentrando ao primeiro requisito da teoria material do garantidor, (a) a guarda do bem jurídico se resume, segundo Muñoz Conde, da seguinte maneira: somente as pessoas com “especial vinculação com o bem jurídico protegido podem ser consideradas garantidoras da integridade desse bem jurídico, **ainda que não exista preceito legal, contrato ou ato precedente concreto** que fundamente expressamente esse dever”¹⁴³. Um dos exemplos que o penalista ilustra para este caso é justamente o âmbito médico, em que existe a guarda sobre um bem jurídico relevante ao direito penal (integridade física e/ou vida), e que “nem sempre pode

¹⁴⁰ *Ibid.* Tradução livre.

¹⁴¹ KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Trad: Joaquín Cuello Coentreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 290.

¹⁴² Tradução livre: *Pero el carácter directo de la relación entre el mandato de evitar el resultado y el bien jurídico puede relajarse aún más. No sólo la propia evitación de la lesión del bien jurídico puede plantearse como tarea al sujeto del mandato, sino también la evitación de la puesta en **peligro concreto del bien jurídico**. Incluso es concebible que la puesta en peligro **abstracto** constituya el resultado que ha de evitarse: si la materialización de un estado o proceso está prohibido y conminado con pena debido a su peligrosidad abstracta para un bien jurídico, pueden surgir también mandatos de impedir estos “resultados” peligrosos en abstracto*

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p 246. Tradução livre.

se fundamentar na lei ou em um contrato”, desde que seja “**objeto de sua aceitação**”¹⁴⁴, assevera.

É interessante comentar que o médico-assistente, mesmo após recusar a realizar o procedimento direta ou indiretamente abortivo, **permanece na condição de garantidor** da integridade física da paciente até que outro eventualmente o substitua. Afinal, o exercício da medicina não se limita ao ato médico *in loco*, mas ao desdobramento do plano terapêutico proposto, enfim. Percebe-se, assim, que este primeiro critério da concepção material do garantidor assiste com maior precisão ao ato médico.

Por outro lado, ao retomar as notas do primeiro capítulo da dissertação, recorda-se que o consentimento no ato médico é um processo, além de ser, também, uma via de mão dupla. Dito isso, o “objeto de sua aceitação”, conforme destacado pelo penalista espanhol, não se resume a um único “sim” ou a um simples “não”. Trata-se, verdadeiramente, de um processo comunicativo entre aquela que é atendida, manifesta sua vontade, e busca por assistência médica, e o profissional que presta a assistência, e também manifesta sua liberdade no exercício da profissão.

Exemplifica-se, por fim, com o caso do ato médico samaritano, em que inexistente, *a priori*, qualquer obrigação legal ou contratual à assistência médica, mas tão somente à proibição de omitir socorro. Mesmo assim, quando o médico passa a assistir o transeunte, a partir desse momento ele *se torna*, para fins penais, *garantidor*.

O segundo critério, por sua vez, que é relativo ao **domínio material sobre uma fonte de perigo** (b), traduz-se, em poucas palavras, na ideia de ingerência. A ingerência pode também ser compreendida como o processo.

Distinguir o *domínio da fonte* do *próprio perigo* em si é de assaz relevância para o direito penal médico. Afinal, o ato médico, por regra, é uma obrigação de *meio*, e não de *fim*. Isto é, por sua própria natureza de conduta profissional, o médico não é senhor da vida e da morte, mas é *instrumento* da técnica e da ciência para que o *melhor* resultado se alcance ao paciente. Trata-se de uma superação do antigo paternalismo médico, em que este era visto como senhor da cura.

Ao desdobrar essa concepção meta jurídico-penal (pois oriunda eminentemente da deontologia médica e da responsabilidade civil), o critério do domínio material sobre a *fonte* do perigo torna-se ainda mais relevante. Em outras palavras, torna-se evidente que o médico é

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p 246. Tradução livre.

obrigado a controlar a *fonte* sobre a qual se exercerá o ato médico, que é o *meio* em que o perigo à saúde ou à vida do próprio paciente se propaga, que, no caso em tela, é justamente a possibilidade da hemorragia.

Outro problema a despeito do domínio material sobre uma fonte de perigo é relativo ao *momento* do exercício do domínio. Afinal, é preciso que o médico esteja no centro cirúrgico ou no consultório para que tenha o domínio sobre a fonte do perigo? Para tanto, é preciso delimitar dois pontos dentro do direito médico.

A primeira nota é sobre a confusão hodierna da natureza da relação médico-paciente, que muitas vezes se associa à estritamente noção contratual-civil, e é ilustrada no ambiente físico hospitalar ou ambulatorial. Isto é, supostamente o médico *só é médico* quando atende. Essa confusão não encontra respaldo na deontologia médica, visto que a relação médico-paciente é dotada de “*particular confiança*” (Código de Ética Médica, Princípios, XIX). Portanto, é a relação de confiança o elo que une o profissional com o paciente, de modo que o ambiente físico é mero recorte do momento do domínio.

Em segundo lugar, o exercício da medicina é um processo, ou seja, não se exaure em um ato médico exercido intra-consultório. Hipoteticamente, quando um médico propõe o plano terapêutico à paciente, e determina o retorno ao consultório em setenta e duas horas, naquele intervalo de tempo o médico *pressupôs* (em razão do domínio que tem da ciência médica) que não seria necessário revê-la. Todavia, ele não deixa de ser o assistente primário em saúde daquela paciente naquele período. Dito de outro modo, ele ainda *domina* a fonte de perigo analisada (através da anamnese e diagnóstico prévio), e *permanece* como garantidor mesmo no intervalo de tempo extra-ambulatorial.

Diante do exposto, pode-se concluir que este subcapítulo sobre a posição do garantidor termina com uma perspectiva de maior *segurança* ao Direito Penal, e não o contrário. Afinal, embora todo desejo de *planificação* do Direito pareça legítimo, tal como eventualmente teorias formalistas visam alcançar, a teoria material acerca da posição do garantidor fornece algumas soluções mais prestativas a um Direito Penal moderno.

Logo, a compreensão do diferencial da posição do garantidor é fulcral. Conforme aponta Carbonell Mateu: “Ninguém pode responder algo que simplesmente passa ao seu redor, senão aquele a quem incumbe um posto na sua esfera de competência e é consequência de suas

decisões”¹⁴⁵. Portanto, a peneira do garantidor impede os arbítrios em que a linguagem comum não é soberana.

3.1.2. A equivalência significativa da ação e omissão.

Embora já se tenha partido do pressuposto sobre a equivalência significativa da ação e da omissão, ainda que *en passant*, faz-se mister explora-lá: afinal, existe diferença de sentido entre a ação e a omissão? O cuidado já se inicia pelas perguntas, que, segundo Nagler, é o histórico de todas as digressões sobre a omissão: “sobre o tratamento científico da comissão por omissão prevaleceu um destino singular: **a desventura das falsas perguntas**”¹⁴⁶.

Portanto, não basta conhecer os requisitos da omissão imprópria, ainda que se tenham críticas, tais como aquela feita em relação à teoria formal da posição do garantidor. Precisa-se, no entanto, compreender o significado da ação e da omissão sob a ótica aqui eleita - do referencial teórico da concepção significativa da ação, e imbuídos na missão do direito penal moderno.

Historicamente, foi somente no século XIX que uma teoria geral da omissão surgiu academicamente, tomada a partir de então como classe própria de crimes, conforme aponta Cláudio Brandão. Para este autor, a controvérsia residiu em definir a omissão como “uma realidade presente no mundo do ser ou se é uma mera criação do direito”¹⁴⁷.

Segundo Tomás Salvador Vives Antón, marco teórico adotado nesta dissertação, tratava-se de um problema, sobretudo, dogmático. E uma interessante figura de linguagem - o paradoxo - é utilizado para denunciar a não-resolução do problema pelas teorias tradicionais acerca da ação. Eis a síntese do excursus percorrido pelo espanhol em sua *magnus opus Fundamentos del Sistema Penal*.

Primeiramente, para Von Liszt, segundo quem a ação é a causa voluntária de um resultado externo, a omissão já acaba por não adequar-se bem à descrição-base, conforme o admitido pelo próprio penalista: “empregamos, sem dúvidas, uma expressão imprópria quando

¹⁴⁵ CARBONELL MATEU in VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. Tradução livre: *Nadie puede responder de algo que simplemente pasa a su alrededor, sino de aquello que le incumbe puesto que la esfera de su competencia y es consecuencia de sus decisiones*

¹⁴⁶ Neste sentido: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 584 Tradução livre do original: sobre el tratamiento científico de la comisión por omisión ha prevalecido un singular destino: **la desventura de las falsas preguntas**

¹⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 145.

falamos de causar por omissão. Por isso não se pode tratar mais de saber se a ciência deve ou não conservar esta expressão usual da linguagem corrente”¹⁴⁸.

A partir deste ponto, Vives Antón sintetizou a inconclusão de Von Liszt com o seguinte paradoxo: “Como a linguagem corrente, como o Direito, e como a vida mesma podem predicar a causalidade das omissões que, conceitualmente, não são causais? Como se pode *cometer por omissão*, sendo que por omissão somente se omite, e não se comete?”. Isto é, “a ciência primeiro e a lógica depois nos impedem de aceitar [que][...] a ação positiva e a comissão por omissão se comportam de modo idêntico a partir da perspectiva causal”¹⁴⁹.

O segundo paradoxo, aduziu Vives Antón¹⁵⁰, advém da contribuição (ou, melhor dizendo, uma contradição) de Binding, para quem

Os delitos de omissão própria só existem exclusivamente como infrações de um mandato e carecem de consequências reais; os de comissão por omissão transgridem somente e exclusivamente uma proibição, não um mandato, e sempre tem, quando se consomem, consequências reais.

Tratava-se, ao fim e ao cabo, do reflexo do binômio normativo de Binding: ou as normas são proibitivas ou são mandamentais. E o mesmo problema do causalismo de Von Liszt ressurgiu: “a linguagem comum e o sentido jurídico comum descrevem comissões por omissões, isto é, proibições que resultam infringidas por comportamentos passivos. E, sem dúvida, a partir da perspectiva lógico-científica, esse fenômeno parece impossível”¹⁵¹, argumentou Vives Antón. E, uma vez que a simples existência da posição de garantidor não preenche esta lacuna, Binding recaiu no mesmo paradoxo de Von Liszt: “como uma norma proibitiva por ser infringida mediante uma omissão”?

Por fim, antes de adentrar ao problema (meta)dogmático, Vives Antón concluiu com os últimos paradoxos, que atribui a Gustav Radbruch, segundo o qual a omissão é a negação de todos os elementos da ação: não há vontade, nem acontecimento externo, nem um nexos causal, sendo uma “negação radical de toda positividade ontológica” da omissão. Eis o paradoxo: “frente à equiparação ontológica, que funde ação e omissão em uma ideia unitária,

¹⁴⁸ Neste sentido: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 585. Tradução livre do original: *empleamos, indudablemente, una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión. Por eso no puede tratarse más que de saber si la ciencia penal debe o no conservar esta expresión usual del lenguaje corriente*

¹⁴⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 586.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 587. Tradução livre do original: “los delitos de omisión propia existen sólo y exclusivamente como infracciones de un mandato y carecen de consecuencias reales; los de comisión por omisión transgreden sólo y exclusivamente una prohibición, no un mandato y siempre tienen, cuando se consuman, consecuencias reales

¹⁵¹ *Ibid.* p. 658.

se chega a um abismo ontológico, que as separa inevitavelmente”¹⁵². A consequência é a impossibilidade de se alcançar a um supra conceito sobre a omissão, uma vez que remeteria a um “nada”.

Diante dos paradoxos não-resolvidos (quiçá seja esta a função de todo paradoxo por natureza), Vives Antón teceu as considerações do caminho de solução prévia ao problema: **a solução está além da dogmática**. Afinal, todos os paradoxos mencionados partem do substrato do “uso comum da linguagem”¹⁵³, que não deve ser concebida cartesianamente.

Vives ainda se assentou na não-univocidade da linguagem, baseando-se no conceito de Quine, para quem a ação humana tem relação íntima com as palavras. Em suma: “a linguagem significa porque substitui e está embrulhado na conduta”¹⁵⁴. Trata-se, pois, de um **giro pragmático acerca da linguagem**.

O segundo problema que o penalista questiona é o seguinte: se a linguagem possui certa indeterminação, não se desrespeita o princípio da legalidade?¹⁵⁵ Em resposta, argumentou: “a indeterminação diminui se temos práticas de uso estáveis e bem definidas. Torna-se intolerável se essas práticas de uso se fixarem conforme esquemas conceituais que variam de autor a autor, como hoje se sucede com a dogmática.”¹⁵⁶

Após este breve excursão, pode-se comentar, derradeiramente, sobre a resposta coloquialmente encontrada, que usualmente é resumida na “intenção” do agente, que, conforme argumentado anteriormente, é um beco sem saída.

O problema da omissão, apontou Tomás Vives Antón, “assim como da ação, **é um problema de sentido, não de substrato, e, por conseguinte, o ‘conceito’ de omissão não pode remeter à intenção subjetiva**, porque o significado (do que fazemos ou deixamos de

¹⁵² *Ibid.* p. 588 Tradução livre do original: “frente a la equiparación ontológica, que funde acción y omisión en una idea unitaria, se alza un abismo ontológico, que las separa inevitablemente”

¹⁵³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 589

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 598. Tradução livre.

¹⁵⁵ *Ibid*

¹⁵⁶ *Ibid.* Tradução livre do original: *la indeterminación disminuye si tenemos prácticas de uso estables y bien definidas. Se hace, en cambio, intolerable, si esas prácticas de uso se fijan conforme a esquemas conceptuales que varían de autor en autor, como sucede hoy en la dogmática*”.

fazer) **não depende de nossas intenções**”¹⁵⁷. Afinal, a ação “não é um substrato de um sentido; senão é justamente o inverso: **o sentido de um substrato**”¹⁵⁸, prosseguiu o autor¹⁵⁹.

Uma das raízes dos problemas estava justamente na insuficiência e imprecisão de todas as “ideias gerais que se foram propostas para tentar conceitualizar a equivalência significativa”¹⁶⁰ entre a ação e a omissão. Eis a crítica:

Não basta [...] a infração de um dever especial, nem a posição de garantidor, e nem é possível formular um critério material genérico que fixe os pressupostos aplicáveis válidos para todas e cada uma das tipicidades distintas: o ‘domínio sobre a origem do resultado’, a ‘criação ou incremento do risco para o bem jurídico’ e as demais ideias gerais que se propuseram para tentar conceitualizar a equivalência **são insuficientes e imprecisas**. Em outras palavras: não conseguem fixar um conceito, pois não há um conceito comum a todas as distintas ações de aqui se tratam (matar, causar dano, lesionar, etc). E isso não quer dizer que sejam falsas ou inúteis. Ao contrário: proporcionam imagens com as quais se aproximam das distintas formulações típicas, momento de umas “metaforologia” jurídica, que somente resultam enganosas em tanto tentam inventar **fórmulas científicas, que expressam, exatamente, a verdade**. Mas o decisivo para determinar se um substrato de conduta omissiva é subsumível a uma fórmula típica é a **fórmula mesma e seu significado nessa prática linguística essencial que é a lei penal. De modo que, conforme os hábitos da fala especializada e dos valores que a informaram, possa-se dizer que alguém matou, lesionou, etc**, e então resultará adequada a subsunção e, caso contrário, mas que satisfizesse as exigências dos critérios materiais que se acaba de aludir, deverá ser considerada improcedente (grifos nossos)

Portanto, a questão está na equivalência de sentido *segundo* o significado atribuído em âmbito normativo entre o significado da ação e o significado da omissão. Afinal, **a ação que é o significado**, e a omissão simplesmente a equivale, e não o contrário.

¹⁵⁷ *Ibid*, p. 258

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 221. Tradução livre. Excerto na íntegra: não é substrato de conduta suscetível de receber um sentido, mas [é definida] como **sentido que, conforme um sistema de normas, pode se atribuir a determinados comportamentos humanos**. Opera-se, assim, um giro copernicano na teoria da ação: já não é **o substrato de um sentido; senão é justamente o inverso, o sentido de um substrato**.

¹⁵⁹ Na explicação-síntese do penalista: “*el sentido no se proyecta de dentro a fuera (de la mente a la vida social), sino de fuera a dentro (de la vida social a la mente), cuento que la finalidad subjetiva (o la personalidad o el Yo) resulta, muchas veces, insuficiente o inservible para delimitar el significado que atribuíamos a las acciones*” in VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 219

¹⁶⁰ Tradução livre do original: “Ni basta [...] la infracción de un deber especial, ni la posición de garante, ni resulta posible formular un criterio material genérico que fije los presupuestos aplicativos válidos para todas y cada una de las distintas tipicidades: el ‘dominio sobre la origen del resultado’, la ‘asunción del compromiso de actuar como barrera de contención del riesgo’, la ‘creación o incremento del riesgo para el bien jurídico’ y las demás ideas generales que se han propuesto para intentar conceptualizar la equivalencia **son insuficientes e imprecisas**. En otras palabras: no logran fijar un concepto, porque no hay un concepto común a las distintas acciones de que aquí se trata (matar, causar dano, lesionar, etc). Y ello no quiere decir que sean falsas o inútiles. Al contrario: proporcionan imágenes con las que acercarse a las distintas formulaciones típicas, momentos de uns ‘metaforología’ jurídica, que sólo resultan engañosos en tanto intentan cursar **como fórmulas científicas, que expresan, exactamente, la verdad**. Pero lo decisivo para determinar si un sustrato conductual omisivo es subsumible en una fórmula típica es la **fórmula misma y su significado en esa especial práctica linguística que es la ley penal. De modo que si, conforme a los hábitos del habla especializada y a los valores que la informan, puede decirse que alguien mató, lesionó, etc**, entonces resultará adecuada la subsunción y, en caso contrario, mas que satisficiesen las exigencias de los criterios materiales a que se acaba de aludir, habrá que estimarla improcedente. *Ibid*, p. 615

Em referência a Arturo Danto, Vives sumarizou o *plus* da interpretação¹⁶¹:

os homens atuam - não se limitam a produzir fatos - pois podemos interpretar seus movimentos corporais em função de razões, crenças, desejos e fins. O que faz com que a ação seja tal - e não um simples fato - é, pois, uma interpretação - algo que não é nada, que não existe independentemente como tal -. Ações e omissões coincidem em este não ser nada, em este ser somente formação de sentido que possa se predicar tanto do movimento corporal como de sua ausência e que dirigem aquele e este aos fins de quem as leva a cabo. De modo que ações e omissões são e não são exatamente no mesmo sentido. (grifos nossos) .

Ou seja, o que qualifica uma ação não como mero fato é a **interpretação sobre ela**, pois, em si mesmas, ações e omissões acabam em “ser nada”. Logo, dentro de um sistema de imputação, o que resolve o “paradoxo da omissão” são as noções de ação e de intencionalidade dentro desse esquema, e jamais fora dele: “pois o que, em sentido humano, **causa na ação** é somente esse substrato, **não a ação em si mesma**: igualmente que o substrato – a situação em que esta escrita a espera – **causa na omissão**”¹⁶².

Vives considera que posicionar, no mesmo plano, o substrato da conduta com o sentido caracterizado pela ação, é o que confunde as concepções mencionadas anteriormente, pois, nesta perspectiva, **ação e substrato fático não são a mesma coisa**. Assim, o penalista retomou a proposta de Beling, para quem, sem dificuldades, conclui que “não se trata de indagar como se explica a causa; mas é melhor em perguntar: **representa a omissão um ‘matar’, etc?**”¹⁶³

Diante deste excursus, o penalista considera que não é possível se esperar da própria dogmática uma solução única da qual nem ela internamente possui certo consenso. Pois “ao qualificar a dogmática como ciência [...] parece que se atribui aos seus resultados a condição de verdade, quer dizer, de algo cuja legitimidade já não cabe discutir”¹⁶⁴. Logo, as conclusões – em alusão a Schünemann – estão em esfera meta dogmática, aduz¹⁶⁵. E, partindo do pressuposto da missão dupla da filosofia da linguagem (terapia que faz a linguagem

¹⁶¹ Tradução livre do original: “los hombres actúan —no se limitan a producir hechos— porque podemos interpretar sus movimientos corporales en función de razones, creencias, deseos y fines. Lo que hace que la acción sea tal —y no un simple hecho— es, pues, una interpretación —algo que no es nada, que no existe independientemente como tal -. Acciones y omisiones coinciden en ese no ser nada, en ese ser sólo formaciones de sentido que pueden predicarse tanto del movimiento corporal como de su ausencia y que dirigen aquél y ésta a los fines de quien las lleva a cabo. De modo que acciones y omisiones son y no son exactamente en el mismo sentido”. *Ibid*, p. 603

¹⁶² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 605

¹⁶³ *Ibid*, p. 605.

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 150

¹⁶⁵ *Ibid*, p. 148

desembaraçar os pensamentos e vice-versa), que serve como referência das conclusões alcançadas por Vives¹⁶⁶, conclui que

o sentido jurídico-penal da lei não pode ser outro diferente do que deriva o significado de suas palavras e orações; mas essas palavras e orações somente adquirem seu sentido no contexto ao que se são referidas ou, dito de outro modo, no **jogo da linguagem** a que pertencem: nenhum sentido externo, alheio ao que, ali perfilado, resultada das palavras da lei - **de seu texto e contexto** - **é nem pode ser pertinente aos efeitos de saber ao que a lei disse** (grifos nossos)

O caminho está justamente **na compreensão do sentido da lei dentro do contexto do uso específico das palavras e orações**¹⁶⁷, de modo que “critérios materiais externos e alheios ao texto da lei e ao contexto concreto que os dá sentido ampliaram os tipos penais a uma vulnerabilidade da legalidade, e constituiria no que Beling chamou de *um engano do povo*. Ou seja, o sentido comum não é um critério arbitrário.

Logo, o critério “adicional” de Vives Antón residia justamente na **linguagem e na compreensão de significado desta**, e não em critérios pré-moldados da dogmática:

[...] para entender corretamente a lei penal, procede em recorrer ao uso comum específico (forense) de sua linguagem, ao sentido comum e aos valores constitucionais, ao invés de a entender segundo uma suposta ciência (a dogmática), que, na minha opinião, não é a tal [...] para assegurar a liberdade de todos, temos que nos comunicarmos em uma linguagem que todos possamos falar e entender: **nessa linguagem reside, em minha opinião, o único caminho possível para cimir com as exigências do princípio da legalidade penal**. (grifos nossos)

Portanto, equivale-se o significado da ação com a omissão a partir do momento que, considerando que a ação é a descrição do tipo previsto legalmente, e, considerando válida materialmente a posição de garantidor, é possível afirmar, com um sentido comum e com os valores constitucionais vigentes, que o médico, ao omitir a intervenção cirúrgica, expôs a paciente a perigo, e, se progredir à hemorragia, ele a lesionou, em caso de gravidez tubária não-rotta?

¹⁶⁶ Tradução livre do original: “*cabe afirmar que el sentido jurídico-penal de la ley no puede ser otro que el que se deriva del significado de sus palabras y oraciones; pero esas palabras y oraciones solo adquieren su sentido en el contexto al que se hallan referidas o, dicho de otro modo, en em juego de lenguaje al que pertenecen: ningún sentido externo, ajeno al que, ai perfilado, resulta de las palabras de la ley - de su texto y contexto - es ni puede ser pertinente a los efector de saber la que la ley dice*”, Ibid, p. 165

¹⁶⁷ Tradução livre do original: “[...] *para entender correctamente la ley penal, procede recurrir al uso común específico (forense) de su lenguaje, al sentido común y a los valores constitucionales, en lugar de entederla según una supuesta ciencia (la dogmática), que, en mi opinión, no es tal [...] para asegurar la libertad de todos, hemos de comunicarnos en un lenguaje que todos podamos hablar y entender: en ese lenguaje reside, en mi opinión, el único camino posible para cumplir con las exigencias principio de legalidad penal.*” In VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmatica penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 165

Para tecer as considerações finais sobre o problema exposto, que agora é melhor contornado com o referencial adotado, analisem-se os tipos de ação mencionados, sob o método proposto em obra em comento¹⁶⁸.

3.2. O CRIME DE PERIGO (ART. 132).

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

A criação do tipo penal de exposição da vida ou da saúde a perigo data da gênese do atual Código Penal, com inspiração direta do anteprojeto do Código Penal Suíço, Austríaco, e do Código Dinamarquês¹⁶⁹. Na exposição de motivos da parte especial do Código Penal nacional, no nº 43, declarava-se que a intenção da projeção deste tipo, cujo “evento”, nas palavras do parlamentar, “é a simples exposição a perigo de dano. O dano efetivo pode ser uma condição de maior punibilidade, mas não condiciona o momento consumativo do crime. Por outro lado, o elemento subjetivo é a vontade consciente referida exclusivamente à produção do perigo” (sic)¹⁷⁰.

Embora a declaração parlamentar seja insuficiente para a compreensão do significado dos elementos constitutivos do crime, o próprio tipo penal já delimita o norte da análise: a centralidade está em expor, vulnerar o bem jurídico, e não em lesá-lo diretamente. Logo, conhecer o **bem jurídico protegido** é de assaz relevância para o cenário fático delimitado na pesquisa: protege-se tanto a *incolumidade* da vida quanto a *incolumidade* da saúde, aquilo que se chamaria de *incolumidade pessoal*. Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁷¹:

[é] suficiente a criação de uma situação concreta de perigo a esses bens para receber a reprovação penal. Convém destacar que as condutas incriminadoras não precisam objetivar a efetiva produção de dano aos referidos bens jurídicos protegidos; é suficiente que pretendam, simplesmente, colocá-los em perigo. A eventual superveniência de dano poderá tipificar outros crimes, que serão examinados mais adiante.

¹⁶⁸ Método da Parte Especial adotado em BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁶⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 414

¹⁷⁰ BRASIL. **Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal**. Ministério da Justiça e Negócios interiores: Gabinete do Ministro, 4 de novembro de 1940.

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 243

O **objeto material do delito**¹⁷², por sua vez, é a saúde ou a vida em si do sujeito passivo, mesmo que não sofra danos materiais, mas somente a título de risco não-permitido. Afinal, estes são os entes vulnerados empiricamente, enquanto bem jurídico adjacente é a incolumidade deles, ou seja, a *segurança* de não se expor a risco, e não o objeto material em si.

No tocante aos sujeitos envolvidos, trata-se de crime comum. Isto porque o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, desde que certa e determinada, por ser crime de perigo individual, haja vista a especialidade maior do art. 250 do diploma penal¹⁷³. Por outro lado, embora seja um tipo de ação muito comum para a relação médico-paciente, inexistente pré-requisito de “vínculo obrigacional entre o sujeito ativo e sujeito passivo”. Imagine-se o médico que age como “bom samaritano” para com um motoqueiro acidentado na estrada, e, ao invés de atendê-lo no acostamento, permanece com ele no meio da estrada, sem sinalizar o atendimento. Ora, se inexistir dano concreto que acarrete a dano mais grave imputável, e considerando o cenário de uma estrada movimentada, a mera conduta expositória ao risco não-tolerável já significaria uma conduta periclitante¹⁷⁴.

Na sequência, há que se analisar a composição morfológica dos tipos, divididos entre elementos objetivos (descritivos ou normativos, sendo, dentre eles, o núcleo e a forma) e elementos subjetivos (indicadores objetivos circunstanciais que exprimem o especial fim de agir).

O primeiro elemento objetivo, consistente na modalidade deste tipo de ação, está acondicionado na forma livre, pois o verbo descrito é a ação de *expor*. As especializações deste tipo de ação se encontram em tipos próprios, tais como os delitos de perigo abstrato previstos no Código de Trânsito Brasileiro.

Há que se destacar o caráter subsidiário ou residual desse delito, conforme se expressa na disposição sobre a pena – “se o fato não constitui crime mais grave”. Trata-se, pois, do já mencionado princípio da *subsidiariedade*. A depender do bem jurídico protegido pelo outro

¹⁷² Neste sentido, explica Paulo César Busato sobre a diferenciação com o bem jurídico: “O objeto material é identificado ontologicamente como aquele que sofre de modo empírico o resultado da conduta incriminada, diferenciando-se do bem jurídico por ser este um valor não necessariamente corpóreo, que corresponde à justificativa político-criminal determinante da opção de criminalização primária da conduta em estudo”. in BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7

¹⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 243

¹⁷⁴ A observação mais detalhada sobre o resultado danoso a título de culpa será ou não imputado, conforme discussão já estabelecida pela doutrina, será objeto do próximo subcapítulo.

delito e o *iter criminis*, a absorção dar-se-á em obediência ao princípio da consunção¹⁷⁵ ou da especialidade, e não necessariamente somente em razão da subsidiariedade.

Compreender o significado das condutas que podem compor a execução do verbo-núcleo do tipo requer relembrar a seguinte noção: perigo é a tradução de risco não-permitido, tal como já salientado no capítulo anterior. Afinal, o tipo objetivo compreende o verbo “expor, que significa *colocar* em perigo [...] O perigo deve ser direto (em relação a pessoa determinada) e iminente (prestes a acontecer)”¹⁷⁶. O predicado colocado por Cezar Bitencourt é a *anormalidade* do perigo exposto, ou seja, de um perigo *não tolerável*. Neste ínterim, convém reportar ao último subcapítulo do capítulo 2 (dois) sobre a criação de risco-não permitido, que por vezes também será chamado de não tolerável.

No tocante ao elemento subjetivo, a doutrina é uníssona em o admitir na forma dolosa, inclusive a título de dolo eventual¹⁷⁷. Neste ínterim, importante destacar que a análise está na identificação “entre o propósito de provocar o resultado de dano e o propósito de provocar o resultado de perigo”¹⁷⁸. O excuro mais detalhado sobre a pretensão subjetiva de ilicitude recairá no próximo subcapítulo, tendo em vista que o tipo de ação de lesão corporal admite expressamente a modalidade culposa.

Em sede de permissões fortes e fracas, especialmente sobre estas últimas está a irrelevância do consentimento da vítima para eventual exclusão do crime¹⁷⁹. Esta curiosa diferença não é observada no delito de aborto, que prevê o tipo penal com consentimento ou sem o consentimento. Para fins médicos, essa observação será relevante, considerando o papel relacional entre autor e vítima desse delito; todavia, para o cenário hipotético em análise, no qual o médico assistente *já desconsiderou a autonomia da paciente* (assentimento para com a conduta expectante), já se presume a inexistência de consentimento para com essa postura.

¹⁷⁵ Jurisprudencialmente, o Superior Tribunal de Justiça também tem entendido no mesmo sentido, pois, “de acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve”. cf. REsp nº 886.068/RS

¹⁷⁶ *Ibid.* p. 243

¹⁷⁷ Neste sentido: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1.** São Paulo: Atlas, 2014; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 155

¹⁷⁹ Nesse sentido: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 418

Uma pertinente crítica à ausência de previsão legal sobre o **consentimento da vítima** nesses delitos é a de Rogério Greco¹⁸⁰. O autor, considerando a indisponibilidade tão somente da tutela da ofensa à vida ou da ofensa grave à saúde - quiçá se assentando na natureza da ação penal concernente às lesões corporais leves, conforme permite o art. 88 da Lei nº 9.909/1995 -, **entende que se houver mero perigo de lesão leve, o consentimento do ofendido afastaria a ilicitude da conduta (permissão fraca, pois se trata de justificação supralegal)**. Explica, exemplificativamente, mediante a permissão à autolesão da saúde, pois a pessoa-indivíduo é quem controla o que ingere ou come (bebidas alcoólicas, fumo, etc, dentre outras substâncias nocivas), mesmo que seja lesivo à sua saúde individual.

Esta posição, apesar de afastar riscos de eventual imputação objetiva, ainda recai em dilemas jurídicos que restam a análises mais profundas e topológicas, tais como os muito examinados espetáculos circenses e autocolocação em perigo *versus* dignidade da pessoa humana.

3.2.1. Conduta omissiva do delito de perigo

A forma deste delito pode ser tanto comissiva quanto comissiva por omissão. Os exemplos doutrinários variam, e podem ser facilmente identificados com exemplos médicos. Nelson Hungria exemplificou com o “empreiteiro que omite, para evitar despesa, a colocação habitual de aparelhos ou dispositivos de segurança [...] na construção de um ‘arranha-céus’”¹⁸¹.

No capítulo anterior, explorou-se detalhadamente sobre os requisitos para que um tipo de ação ocorra na forma omissiva. Em suma, trata-se da pergunta formulada ao final: é possível afirmar, com um sentido comum e com os valores constitucionais vigentes, que o médico expôs a paciente a perigo (além do permitido) se ele se recusar aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos em caso de gravidez tubária não-rotá?

Afinal, o significado da omissão equivale com o da ação, desde que respeitada a posição de garantidor, com um sentido comum e com os valores constitucionais vigentes, e não desprezando o contexto da linguagem forense. Somente assim é que se concluirá **se o médico expôs a paciente ao risco não tolerado**.

No ato médico em questão, o *momentum* da objeção de consciência do médico é simultâneo à possível conduta omissiva. Trata-se da oportunidade em que ele expõe à paciente

¹⁸⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 331

¹⁸¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

sua objeção, e indica tão somente a postura expectante, acondicionando o plano terapêutico. Perceba-se que embora o consentimento da vítima não seja requisito para este tipo penal, fato é que o momento de não-consentimento é um dos pontos de guinada de apreensão de significação desta conduta. A partir deste momento, o médico se omite em relação aos demais procedimentos, pois expressamente se recusa em atendê-los.

Portanto, agora reside o ponto fulcral de toda relevância do tipo objetivo: afinal, com a recusa, houve a criação ou incremento de um risco além do permitido (intolerável), e, ainda, houve a *realização* do risco previamente criado?¹⁸²

Para tanto, há que se destacar duas características dos prognósticos da gravidez ectópica, para que, aí sim, o significado da ação de recusa adquira sentido: compreender o que é risco tolerável, isto é, decorrente do curso natural, mesmo com intervenção médica, e se ele é realizado.

O risco tolerável, conforme literatura citada, é aquele oriundo do decurso natural da ação: a ruptura tubária é evento observado em 18% das gestantes que optaram pela conduta expectante, enquanto é observado entre 7 a 14% daqueles que optaram pelo tratamento medicamentoso¹⁸³. Nas palavras do revisor, em tradução livre¹⁸⁴: “a ruptura tubária **pode ocorrer em qualquer paciente com gravidez ectópica, até mesmo naquelas com índices baixos e em declínio de beta-hCG**” (grifos nossos). Ora, isto revela que o risco de ruptura já é um evento possível, e relativamente certo. Com base nos dados, há que se considerar, portanto, que **o risco à integridade da tuba uterina, mediante qualquer postura, é de menos de 20% (vinte por cento)**. A questão é: o médico aumenta ou o expõe a risco intolerável ao se recusar a partir direto à cirurgia ou ao tratamento medicamentoso?

3.2.2. Momento consumativo.

Para responder a tal pergunta sobre a consumação do delito, há que recordar que se trata, sem grandes dificuldades, de um crime formal. A ocorrência de um resultado danoso em sentido estrito afasta fortemente o tipo de perigo. A doutrina não exita em destacar esta

¹⁸² BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 335.,

¹⁸³ TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

¹⁸⁴ Tradução livre: *tubal rupture can occur in any patient with ectopic pregnancy even those with low and declining hCG levels*. Disponível em: TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

repulsa¹⁸⁵, em obediência aos já mencionados princípios da consunção ou da especialidade. Como assinalado por Paulo Busato, “a situação de perigo deve ser presente, imediata, estar ocorrendo ou na iminência de ocorrer [...] O perigo ainda deve ser concreto, ou seja, **deve ser passível de demonstração, e não um mero perigo estatístico**. Deve ser uma ocorrência concreta e demonstrada”¹⁸⁶ (grifos nossos).

Logo, o possível momento consumativo da exposição ao perigo está no momento do exercício da objeção de consciência. Hipoteticamente, o médico acaba de receber o resultado atualizado do beta-hCG, que é parte do protocolo clínico para a gravidez ectópica não rota, que indica a evolução da gravidez. De duas, uma: nas próximas 48 horas, os índices se elevam, o que indica evolução da gravidez ainda na tuba, agravando-se o risco; ou o índice se manterá ou reduzirá, indicando involução para o abortamento espontâneo.

Nesta hipótese, se os índices estão *dentro* da recomendação para a conduta de expectação armada, que, na maior parte dos casos, é de até 2.000 mUI/ml ¹⁸⁷, entende-se que o médico está exercendo – embora com irregularidades a nível deontológico, pois não consentido – o direito de objeção de consciência **e não houve incremento do risco tolerado**. Para tanto, é necessário que todo protocolo da *conduta expectante* seja atendido, especialmente quanto à monitoração da gestante. Caso os índices – ou outros fatores clínicos – contraindiquem a conduta expectante, a objeção de consciência não socorrerá o médico e **a consumação da incrementação de risco intolerado e sua realização dar-se-á logo neste momento da objeção**, pois aí presume-se que o risco já foi realizado simultaneamente.

As considerações derradeiras sobre esta análise restarão para o subcapítulo 3.4. Por hora, resta a análise do seguinte cenário excursivo: suponha-se que os índices de presença de beta-hCG estejam *acima* de mUI/ml, isto é, com possibilidade concreta da evolução da gravidez, com consequente aumento do risco tolerável, e, mesmo assim, o médico recusa aos procedimentos agora indicados (salpingectomia, salpingostomia ou metotrexato). E, ainda, acrescenta-se que após 12 (doze) horas, fora da observação, a paciente evoluiu para o rompimento da tuba uterina. *Quid iuris?*

Eis o cenário para análise das lesões corporais graves como progressão criminosa do crime de perigo já consumado: a evolução para rompimento da tuba uterina após índices demonstrados ao profissional.

¹⁸⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁸⁶ *Ibid*, p. 155.

¹⁸⁷ Apesar das já comentadas diferenças entre protocolos clínicos diversos, vide item 1.3 e 1.4 deste trabalho.

3.3. LESÕES CORPORAIS GRAVES COMO PROGRESSÃO CRIMINOSA.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta [...];

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Agora, a questão é a seguinte: e se o fato *constituir*, efetivamente, crime mais grave? A redação ao fim da reprimenda do art. 132 inaugura a discussão sobre a progressão criminosa ao crime de lesões corporais graves. Conforme visto, o tipo de ação previsto no art. 132 tem natureza subsidiária, e, faticamente, o resultado danoso ao corpo da gestante é não só possível, mas emergente.

Estatisticamente, conforme pesquisa disponível na base de dados *UpToDate*¹⁸⁸, o rompimento da tuba uterina (com evento hemorrágico) ocorreu em 18% dos pacientes optantes pela conduta expectante, e, naqueles que optaram pelo tratamento medicamentoso, mesmo assim o índice de ruptura tubária ficou entre 7 a 14%.

Portanto, diante da possibilidade da progressão criminosa, pois, há que se dissertar sobre a ampliação do resultado danoso, convertido do perigo em dano concreto à integridade física (3.3.1), e sobre a “segunda” ampliação do resultado na materialidade do rompimento da tuba uterina, incidindo em perigo de dano grave (3.3.2), e, conseqüentemente, sobre a forma omissiva do crime de lesões corporais (3.3.3.). Estes são os objetos de discussão neste subcapítulo.

3.3.1. A AMPLIAÇÃO DO RESULTADO. CONVERSÃO DO PERIGO EM DANO.

Primeiramente, a ampliação do resultado em dano a título de progressão criminosa exige um esclarecimento teórico e, também, metodológico. Muitas são as tendências em investigar um resultado imputado a título de culpa (*stricto sensu*), cujas indagações, no fundo, se reduzem ao mágico: “mas qual era a intenção do agente?” Seria um caminho sem volta.

¹⁸⁸ TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. in **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

A análise penal deve iniciar na ocorrência do tipo de ação (dimensão formal da pretensão de relevância), a partir “**da existência de um fato que se traduz na expressão correta de um modelo de tipo previamente previsto em lei**”¹⁸⁹. De um lado, observa-se o fato da existência de uma ofensa à integridade física da gestante, e, por outro, o modelo do tipo previsto em lei, que abrange o verbo-núcleo de *ofensa* à integridade corporal ou à saúde de outrem. Portanto, existindo o resultado danoso, **é a partir do tipo de ação previsto no art. 129 do Código Penal que a análise se inicia**, e não mais a partir do tipo de ação de periclitação (Art. 132). Isto é, nestes casos, **a ordem dos fatores altera o produto**. Somente num outro momento¹⁹⁰, depois de verificada a pretensão de ofensividade na dimensão material da imputação, é que se verificará a dimensão material subjetiva da pretensão de relevância, consistentes no dolo ou imprudência¹⁹¹.

Sendo assim, ocorrendo a ampliação do resultado em dano concreto à gestante, resta a análise morfológica do tipo penal, tal como discorrido anteriormente, como se fosse primeira vez. Conforme assinalado, é este o método mais preciso em caso de existir *faticamente* o resultado danoso.

O **bem jurídico** protegido pela norma, desta vez, é a integridade física¹⁹² “ou fisiopsíquica”¹⁹³ em si, assim como o **objeto material** do delito é a própria integridade física ou psico-física do sujeito passivo.

Outro ponto é sobre a irrelevância do **consentimento** quando se tratar de ofensa grave à integridade física. Como aduzido no subcapítulo anterior, inexistente grande controvérsia

¹⁸⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154. Grifos nossos.

¹⁹⁰ Neste sentido, pode-se comentar a seguinte justificativa “Afinal, existindo o resultado de dano à saúde, ou houve o compromisso para com a produção do resultado, caso em que terá ocorrido um crime de lesões corporais dolosas ou não houve, caso em que estará presente um crime de lesões corporais imprudentes. Nunca haverá a possibilidade de que o resultado lesões simplesmente fique fora de qualquer avaliação. Assim, seja o resultado provocado dolosamente ou culposamente, uma vez presente, será um resultado de dano, que absorverá sempre o perigo. Assim, caso o sujeito atue para provocar um perigo doloso de lesões ou de vida e provoque, na verdade, um resultado de dano de lesões ou homicídio, será responsabilizado por lesões culposas ou homicídio culposos, respectivamente”. Cf. BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154.

¹⁹¹ Faz-se mister esclarecer: adota-se a mesma distinção proposta por Juarez Cirino dos Santos, também referendada por Paulo César Busato, em que o *nomen iuris* à pretensão subjetiva não-dolosa é melhor definida como imprudência, e não como culpa. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. 3. ed. Curitiba: Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p. 196. BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁹² Pode-se comentar ainda, sobre a impossibilidade de considerar lesão ao nascituro eventual ato ofensivo contra sua integridade física. A doutrina qualifica, ainda, o crime de lesões corporais como aquele que ofende a integridade física do *ser humano independente*. Neste sentido: BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105. Logo, eventual ofensa direta à integridade física do nascituro poderia ser imputado a título de tentativa do delito de aborto, por exemplo.

¹⁹³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 324

doutrinária em caso de ofensas deste teor, se considerado o caráter indisponível deste bem jurídico. No caso em tela, apesar de improvável (pois o resultado mais grave de perigo de morte ou de debilidade de membro ou função seja eminente), eventuais lesões corporais de natureza leve poderiam acarretar a seguinte pergunta: ao fim e ao cabo, e se a gestante consentiu, ainda que parcialmente, com a conduta expectante? Entende-se que somente a análise tópica pode oportunizar uma resposta precisa, tendo em vista que apesar da relevância deste consentimento, o ato médico e o ato delituoso são *processos comunicativos*, e devem ser compreendidos na situação social em que se inserem, de modo que o assentimento parcial¹⁹⁴, quando realizado sob pressão e em situação de vulnerabilidade em saúde, em certa medida, goza de uma presunção *iuris tantum* de validade.

Comente-se, também, que as intervenções médico-cirúrgicas são justamente os exemplos mais utilizados em sede da teoria da imputação objetiva, cujos critérios se “emprestam”, na medida que são aplicáveis. Este recorte fático decorre da própria ciência médica e dos ditames da bioética: a preservação de um bem menor em rechaça a um mal maior é tolerável deontologicamente, fruto dos já citados princípios da justiça, que articula a não-maleficência com a beneficência. Dito de outro modo, é permitido que o médico, dentro da *lei médica*, ampute um membro do corpo para que salve o corpo inteiro. Trata-se do subprincípio da totalidade: é melhor salvar o todo e sacrificar a parte.

De outro modo, “sempre que se desvie (culposa ou dolosamente) da obediência à atuação recomendada para curar, o médico estará criando um risco não permitido e respondendo pelo resultado que dele deriva”¹⁹⁵, fato que é reservado à discussão da ciência médica.

Sobre a **pretensão subjetiva da ilicitude**, em razão das minúcias e várias formas previstas legalmente, reserva-se um subitem à parte, em conjunto com o resultado progressivamente danoso (3.3.2.).

3.3.2. A tipificação do dano progressivo. A lesão corporal grave.

Primeiramente, destaca-se que o tipo de ação é único em toda lesão corporal, descrevendo uma *ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem*. O que se pode observar, em evidência da previsão legal, é uma série de diferenciações quanto **ao resultado**,

¹⁹⁴ Exemplifica-se, em analogia ao exemplo dado na doutrina, sobre a *pré-adolescente*, com idade tenra, cujos pais indicam a perfurar as orelhas, fato aceito socialmente, mas que acarreta lesões não desconsiderável à infante, cujo assentimento é relativo. Neste sentido: BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

¹⁹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

especialmente nas previsões dos §1º, §2º e §3º do art. 129, sem desprezar o *caput*, e, claro, sem considerar a modalidade imprudente, da qual se fará um breve comentário.

Sem grandes divergências, a doutrina¹⁹⁶ classifica os elementos dos parágrafos 1º, 2º e 3º de formas distintas, reputando o último como crime *preterdoloso*, e os parágrafos primeiro e segundo são classificados como qualificados pelo resultado.

A lesão corporal leve, apesar de possível à espécie em análise, é um tanto improvável, tendo em vista que a gravidez ectópica é classificada como um fator de risco de morte materna não desprezível¹⁹⁷. Dito deste modo, a configuração do resultado grave previsto no §1º, inciso I, afasta relativamente o *caput*, que só é imputado a título de exclusão. Dito de outro modo, os resultados graves (§1º) e gravíssimos (§2º), quando não encontrados, é que acarretam residualmente ao resultado leve do *caput*.

Casuisticamente, a objeção médica diante a uma gravidez ectópica sem fator de risco, com estabilidade hemodinâmica, e com índices de beta-hCG em declínio, isto é, quando se tratar de quadro típico de uma involução gravídica, seria relativamente irrelevante a título de pretensão de ofensividade por parte da recusa médica. Se inexistir dano, a análise não retorna ao *caput* do art. 129 na forma tentada, mas eventualmente ao tipo de ação do crime de periclitación.

Neste excuro, é possível imaginar como provável um eventual resultado grave na espécie do perigo de vida (v. §1º, II), pois as demais qualificadoras exigiriam uma dissertação acadêmica à parte para cada possível – mas não provável - evento danoso.

Cezar Bitencourt¹⁹⁸ delimita as circunstâncias da qualificadora do perigo de vida da seguinte forma:

Não se trata de mera possibilidade, mas de probabilidade concreta e efetiva de morte, quer como consequência da própria lesão, quer como resultado do processo patológico que esta originou. Os peritos devem diagnosticar e não simplesmente fazer prognóstico, uma vez que não se trata de perigo presumido, mas concreto, efetivo, real. O perigo deve ser pericialmente comprovado. **O resultado morte deve ser provável e não meramente possível.** Não basta a resposta laconicamente afirmativa

¹⁹⁶ Neste sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 193 BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 112. Em outro sentido, sem fazer a distinção entre os preterdolosos e as qualificadoras pelo resultado: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 328.

¹⁹⁷ 31,9 mortes a cada 100.000 gestações. Neste sentido: TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: choosing a treatment*. in **UpToDate**. 2024. Disponível em: < https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-choosing-a-treatment?sectionName=Outcomes&search=ectopic%20pregnancy&topicRef=5455&anchor=H206768603&source=see_link>. Acesso em: 15/01/2023

¹⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195-196

da existência de perigo de vida; o laudo pericial deve descrever objetiva e fundamentadamente em que consiste o perigo de vida (grifos nossos).

Em outras palavras, realmente o sujeito passivo “podia morrer?” com aquele resultado lesivo, quase que num possível resultado-morte?

É possível, ainda, majorar a figura delitiva em razão de uma circunstância especial da vítima, prevista no §7º do art. 129, que faz referência direta ao §4º do art. 121 do Código Penal. Em aproveitamento da redação legal das majorantes do homicídio, as lesões corporais podem ser majoradas em um terço “se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício”, prescreve a lei. Apesar das críticas pertinentes à forma legislativa de inclusão dessas majorantes à lesão corporal, fato é que reverbera significativamente no chamado Direito Penal Médico.

Noutro aspecto, a inobservância de regra técnica não tem condão de infirmar necessariamente o tipo de ação na modalidade imprudente-imperita, mas pode, mesmo que na forma dolosa, ser circunstanciado **também** pela desatenção às regras profissionais. Neste ínterim, é imperioso mencionar que a realização do procedimento além das diretrizes técnicas, tais como adotar a postura expectante em pacientes *instáveis* ou em *hemorragia em ato*, configurariam tal circunstância.

No tocante **ao elemento subjetivo**, destaca-se a parte da análise do tipo em razão da própria estrutura de imputação: dolo e imprudência são elementos atributivos, verificáveis a partir de quão manifesto é o compromisso de atuação. Nas palavras de Tomás Vives Antón:

só podemos analisar manifestações externas; mas, através destas manifestações externas podemos averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação¹⁹⁹

Logo, “o domínio de determinada técnica e o seguimento de regras sociais a respeito do que comumente acontece permite dimensionar a capacidade de fazer previsões determinada técnica e o seguimento de regras”²⁰⁰. É interessante pensar que a seara médica é o modelo quase ideal para esta circunstância de verificação: afinal, o profissional assistente *deve* conhecer a técnica, e a representação que ele manifestar é que permitirá atribuir o elemento subjetivo verificado.

Imagine-se o médico-residente em ginecologia, cuja instituição *indica* um protocolo de atendimento às urgências e emergências, tal como aqueles exemplificados no primeiro

¹⁹⁹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 237. Traduzido por BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 411.

²⁰⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 411.

capítulo deste trabalho. Ora, embora ele esteja na condição de estudante, também já exerce a medicina, ainda que sob a preceptoria de um médico-instrutor, e *deve conhecer* o protocolo adotado naquela unidade hospitalar. A falta de compromisso do médico-residente em seguir o protocolo mencionado, sob alegação de que o desconhecia, por exemplo, dificilmente o assistiria, tendo em vista que, *notoriamente*, o médico residente faz isso no dia-a-dia durante anos. Denotaria, pois, um *comprometimento* na atuação por parte do autor.

Em suma pode-se concluir que “se a previsão é característica distintiva do dolo, essa somente pode ser atribuída a partir da **conjugação entre as técnicas que o autor dominava e o contexto das regras sociais a respeito das consequências de determinados atos**”, conforme destaca a doutrina neste referencial²⁰¹.

Desta forma, o elemento intelectual do dolo acaba se aglutinando no conhecimento do autor sobre o que caracteriza a conduta realizada, enquanto o elemento volitivo do dolo se resume no *compromisso* manifesto com a produção do resultado. E, pela ordem das coisas, o segundo pressupõe o primeiro, isto é: **não há como querer algo que não se conhece**. Num referencial significativo, este processo somente é possível mediante a *interpretação* e da *valoração* das regras “que estão por trás da comunicação de um sentido, em última análise, de verificar as circunstâncias nas quais se realiza a ação, um sintoma claro da união quase inseparável que existe entre o dolo e sua prova”²⁰² (grifos nossos).

Esta conclusão sobre a proximidade do dolo com a esfera processual remete este trabalho ao capítulo derradeiro, que buscará responder ao problema de pesquisa através de balizas casuísticas. É preciso adentrar em cena para poder compreendê-lo.

3.3.3. A possibilidade de conduta omissiva de lesões corporais.

Por último, este item visa explorar sobre a possibilidade do delito na modalidade omissiva, cujos traços em sede de teoria do delito já foram delimitados anteriormente.

Antes de tudo, precisa-se recordar da já explorada peneira da posição de garantidor: é somente a partir deste pressuposto que se pode investigar o significado jurídico de uma omissão imprópria, pois é necessário a guarda de um bem jurídico, que, neste caso, é a integridade corporal, e o domínio material sobre uma fonte de perigo. Sobre este último, importa-se em destacar que a fonte do perigo, *in casu*, é toda composição sistêmica de saúde da gestante, cuja

²⁰¹ Neste sentido: BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 412.

²⁰² PALMA, Maria Fernanda. **Dolo eventual e culpa em Direito penal. Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

tolerância ao evento ectópico, isto é, à gravidez fora do local, apenas poucos indicativos médicos - verificáveis - fornecem.

Antigamente, a *forma* do domínio material da fonte de perigo residia à anamnese e ao exame físico do médico, e tão somente isto. Atualmente, os protocolos exigem a postura não-invasiva dos procedimentos até em caso de pacientes de risco, mas que estejam hemodinamicamente estáveis, tais como recomendado por Julio Elito Jr *et al*²⁰³. A questão está no momento do ato médico, quando este, ao receber os resultados clínicos da evolução da gravidez (mensurado por meio do beta-hCG), se depara com as posturas já mencionadas: tratamento medicamentoso, cirúrgico, ou a conduta expectante.

Neste momento o médico detém o domínio material da fonte do perigo, pois está com a paciente sob assistência, possui os indicativos que se trata de uma gravidez ectópica, e conhece os tratamentos possíveis. Ainda que ele tenha a *preferência*, por objeção de consciência, à *conduta expectante*, o não-consentimento da gestante, sem que esta tenha outra saída – suponha-se o caso de inexistência de outro médico a ser indicado – a expõe ao já mencionado perigo à saúde, desde que acima dos índices tolerados na literatura. Agora, a questão está no *significado da omissão médica*: o médico, ao se recusar aos procedimentos, *representa socialmente a ação significativa com o compromisso com um resultado lesivo*, que, numa linguagem comum, possa-se dizer que **o médico pode lesionar a paciente** ao recusar aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos?

Uma vez superada a *peneira* da posição *material* do garantidor, analisa-se, neste segundo momento, a equivalência significativa entre a ação e a omissão.

No primeiro subcapítulo desta seção, foi dissertado sobre os requisitos da relevância da omissão. Logo, em atenção ao que fora escrito, precisa-se responder derradeiramente, ainda que a título de pretensão genérica: *lesionar representa uma omissão*? E, ainda, esta pergunta deve sofrer os acréscimos anteriormente mencionados: “*representa socialmente a ação significativa com o compromisso de um resultado lesivo, numa linguagem comum*”? Isto é, qual o sentido do substrato fático?

Primeiramente, dentro do contexto social em que o ato médico é exercido, isto é, em âmbito ambulatorial e hospitalar, diz-se, com frequência, que o médico *lesionou* a paciente, reportando o sentido a uma conduta omissiva? *A priori*, conclui-se que não. Quando uma lesão é aduzida no meio médico, **a linguagem cotidiana remete à própria doença ou debilidade**

²⁰³ ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. in **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetria**. 2008. 30 (3). p. 149-159.

como sujeito oculto da ação. Coloquialmente, diz-se: “a tuba rompeu” (sic), ou, ainda, “o pulmão não aguentou” (sic).

Apesar do resultado danoso ser corriqueiramente presente no antro médico-hospitalar, a atribuição de sentido a uma ação omissiva médica é exceção, e não regra. Todavia, o cenário em tela é diferente, pois se pressupõe um processo comunicativo entre médico e paciente. Afinal, o caso ilustra o médico que explicitamente recusou aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos à paciente. Dito em linguagem comum: **“o médico não quis operar” (sic), que equivale até ao significado forense de expressões tais como “o médico não respeitou a autonomia da paciente” (sic).** Neste sentido, é possível perceber o significado com um compromisso com o resultado lesivo, mesmo que a título de dolo eventual.

Em terceiro plano, analisa-se se o núcleo pode ser exercido omissivamente, cuja resposta é positiva. “Lesionar” é um verbo transitivo direto, requisitando complemento, tal como pode se complementar: “o médico *lesou* a tuba da paciente”, ou, omissivamente, pode-se dizer que “o médico negou a cirurgia e *lesou a visão* dela”.

Em sentido comum, verifica-se que sim, **é possível que o crime de lesões corporais seja acometido da forma omissiva, pois o sentido do substrato equivale à ação, e, com linguagem comum, é possível exprimi-lo.** Resta, portanto, o pensamento tópico e as considerações sobre a casuística.

3.4. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL PELA CONDUTA OMISSIVA DO MÉDICO NA OBJEÇÃO AOS PROCEDIMENTOS DIRETA E INDIRETAMENTE ABORTIVOS NOS CASOS DE GRAVIDEZ ECTÓPICA NÃO-ROTA.

Para Wittgenstein, havia uma “doença metodológica” de toda filosofia ao se retirar sorrateiramente da casuística e buscar incessantemente por regras gerais, ou aquilo que ele chamou de **“ânsia de generalidade”**²⁰⁴. Segundo Vives Antón²⁰⁵, referenciando o filósofo alemão, apesar de existirem três fontes desta ânsia, uma era a principal: a preocupação (excessiva) com o método da ciência:

Nossa ânsia de generalidade tem outra fonte principal: nossa preocupação com o método da ciência. Refiro-me ao **método de reduzir a explicação dos fenômenos**

²⁰⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 181. Grifos nossos

²⁰⁵ Tradução livre do original: *Nuestra ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas; y, en matemáticas, al de unificar el tratamiento de diferentes temas mediante el uso de una generalización. Los filósofos tienen constantemente ante los ojos el método de la ciencia y sienten una tentación irresistible a plantear y a contestar las preguntas del mismo modo que lo hace la ciencia. Esta tendencia es la verdadera fuente de la metafísica y lleva al filósofo a la oscuridad más completa.* Ibid, p. 182

naturais ao menor número possível de leis naturais primitivas, e, em matemáticas, ao invés de unificar o tratamento de diferentes temas mediante o uso da generalização. Os filósofos têm constantemente ante seus olhos o método científico e sentem uma tentação irresistível a plantar e a contestar as perguntas do mesmo modo que faz a ciência. Essa tendência é a verdadeira fonte da metafísica e leva o filósofo à obscuridade mais completa. (Grifos nossos)

A primeira crítica que se faz às soluções “planificadas” aos crimes comissivos por omissão é a tendência de recorrer aos critérios gerais advindos da teoria da imputação objetiva, classificada como uma “disfunção metodológica” por Vives²⁰⁶. Por outro lado, não se deve desprezar por absoluto essas contribuições, tal como se valeu neste trabalho ao analisar o momento da objeção como fonte do perigo (2.2.). Trata-se, tão somente, de utilizar dos já mencionados critérios de criação **de risco não permitido e realização do risco**, sem recair, contudo, na imputação objetiva. Afinal, se a ação e omissão não são conceitos ontológicos, mas jurídicos, “[a] relação entre ação e resultado não pode pretender ser afirmada unicamente pela via ontológica”²⁰⁷. Retorna-se, pois, ao sentido da norma e da conduta.

Aproximando este breve excursus com a situação que se depara ao fim desta dissertação, é preciso concordar com o penalista: **a insuficiência dos critérios de imputação é manifesta**²⁰⁸, especialmente se tratando de delitos comissivos por omissão. Tanto é assim, que em muitas soluções tópicas, algum critério jurídico sempre é excluído ou esquecido, especialmente os de natureza constitucional. Esta denúncia foi posta adequadamente por Tomás Vives Antón ao comentar o notório caso dos pais testemunhas de Jeová (Sentença do Tribunal Constitucional da Espanha, de 18 de Julho de 2002)²⁰⁹, que pode ser tomada por equiparação ao caso em tela, pois se trata justamente do exercício da objeção de consciência em crimes omissivos.

Afinal, a questão **não está na imputação do resultado, mas na realização do tipo**, mesma dificuldade que se apresenta nas hipóteses de pesquisa. Para Vives²¹⁰, a condenação anterior (do Tribunal Supremo, que foi posteriormente revertida na Corte Constitucional),

[...] apoiando-se na posição de garante dos pais, imputaram-nos a morte do filho desconsiderando o direito à liberdade religiosa e esquecendo que o art. 11 do Código Penal exige, segundo **o sentido do texto e da lei, que se possa dizer que os pais mataram, coisa que parece ser muito difícil de defender no presente caso**” (grifos nossos)

²⁰⁶ *Ibid.* p. 180

²⁰⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015., p. 319

²⁰⁸ São as palavras de Tomás Vives Antón, ao referir-se à solução do caso dos pais testemunha de Jeová. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 182

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 174-182

²¹⁰ *Ibid.*, p. 181-182

Portanto, a pergunta que se deve fazer (que está até explícita na redação legal do Código Penal espanhol²¹¹) é se a conduta representa, no sentido do texto e da lei, e **em sentido comum**, se houve crime pela conduta omissiva. Deve-se, pois, atentar-se mais na **realização do tipo do que na imputação do resultado**. E, naturalmente, que a tendência humana é o contrário: imputar o resultado e depois verificar a realização do tipo.

Agora, com maior propriedade, é possível adentrar concretamente ao **problema de pesquisa**, e, por fim, considerá-lo a partir de toda dissertação até então: *resta caracterizado o tipo de ação do crime de perigo ou de lesões corporais omissivas na recusa médica a proceder aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos em gravidez ectópica com tuba não-rotas?*

Para tanto, serão traçadas uma série de características casuísticas, que, para fins didáticos, serão elencadas em alíneas. Posteriormente, as minúcias serão divididas em subcasos. O método exige iniciar pela verificação do resultado. Se inexistir resultado danoso, a análise **iniciará** pelo tipo de ação de perigo (**3.4.1 - casos de crime de perigo**), ou, se existir dano, pelo tipo de ação de lesões corporais (**3.4.2. - casos de crime de lesões corporais**).

Tratando-se de verificação dos elementos de imputação, inexistente cálculo matemático. Mesmo assim, os critérios jurídico-penais, num referencial axiológico e referencial, são balizas garantidoras de um direito penal democrático. E, ainda, há que se pressupor que o médico estava na posição material de garantidor, assim como se exercia um dever especial para com o paciente, pois “a posição de garantidor é somente um momento constitutivo da equivalência. Não se pode falar de equivalência sem um dever especial, mas, por si só, não converte a omissão no equivalente à ação”²¹².

Sobre o elemento subjetivo, é a observação das **manifestações externas** do agente que aferem o elemento subjetivo do tipo de ação²¹³. Não há como inferir se o médico “queria” aceitar o risco da hemorragia no primeiro caso, ou vice e versa. Não será uma declaração religiosa do médico que implicará na presunção da validade do exercício da objeção de

²¹¹ Artículo 11: Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, **equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación**. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. *in* REINO DE ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Madrid: 1995. (grifos nossos)

²¹² Tradução livre do original: “la posición de garante es sólo un momento constitutivo de la equivalencia. No puede haber equivalencia sin un deber especial, pero, por sí solo, no convierte la omisión en la equivalente a la acción”. *in* ARNAU, Maria Luisa Cuerda. Análisis jurisprudencial, *in* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). **Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 178. (Grifos nossos)

²¹³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p. 484

consciência, mas as manifestações que percebam o compromisso para com o resultado previsto pelo tipo penal.

Conforme exposto no primeiro capítulo da dissertação, a relação médico-paciente implica comunicação. A única exceção, inaplicável às espécies, seria em risco de morte, em que o consentimento da paciente seria dispensado. Por regra, o médico deveria propor o plano terapêutico, e buscar, em diálogo, o consentimento da paciente.

A intenção desta dissertação não é propor um manual de conduta, pois a pretensão não é inverter o dito de Magalhães Noronha, e agora transformar o Código Penal em um Código de Ética. Não. Todavia, casuisticamente, é possível perceber o significado social de condutas no meio médico que remetem ao significado comprometido ou repulsivo ao resultado lesivo ao bem jurídico adjacente. Assim, vejam-se os seguintes casos propostos.

3.4.1. Casos de responsabilidade por perigo

Caso 1 – Maria

Imagine-se uma ginecologista, que, para fins didáticos, chamar-se-á Maria. Ela é assistente de uma paciente com desejo gravídico, que retorna ao consultório após 40 dias de atraso da menstruação. O teste de gravidez é positivo, com beta-hCG em 1.000 mUI/ml, mas a paciente se queixa de dor, em grau leve, e não apresenta sangramento. Maria a submete a ultrassom transvaginal, e nada é visualizado na cavidade uterina, isto é, completa-se a tríade típica de diagnóstico de gravidez ectópica. Ao visualizar a tuba uterina no exame, percebem um saco gestacional, massa fetal de 3,5 cm, e batimentos cardíacos.

A médica encerra o diagnóstico e esclarece sobre os riscos da gravidez ectópica tubária, sendo explícita sobre a inviabilidade de evolução a termo, e expõe todos os procedimentos possíveis (cirúrgicos ou medicamentosos). Todavia, manifesta que, por convicção pessoal (isto é, objeção de consciência), recusa-se a proceder ao abortamento direto ou indiretamente antes de uma emergência.

Após ouvir a profissional e ler o termo de consentimento, a paciente *recusa* o plano terapêutico, alegando que “*prefiro correr menos risco*” (sic), e que deseja ir para a cirurgia de imediato, independente se o feto estava com ou sem batimentos cardíacos. *Quid iuris? Há crime de perigo?*

Neste caso, é preciso interpretar o sentido que o substrato representa, isto é, naquela circunstância, a postura médica *demonstra* comprometimento com uma exposição de risco

intolerável? Infere-se que não. Embora a literatura, em diversos casos, contraindique a conduta expectante quando há embrião vivo, fato é que *existe* evidência positiva, isto é, de que a conduta expectante pode ser adotada mesmo quando presente os batimentos cardíacos.

Outra baliza significativa de um comprometimento com a evitação de um risco não tolerado é o *nível* de atenção e assistência do médico. Isto é, se for observada uma postura ativa, em que a paciente é monitorada com alta frequência, os resultados das novas dosagens são avaliados de imediato, enfim, revela-se uma postura que busca evitar o risco não-tolerado. Esta postura pode ser percebida mediante um plano terapêutico concreto, que orienta a paciente em todas as nuances: forma de retorno, existência de acesso a um hospital caso seja necessário, disponibilidade de transporte e de rede de apoio, etc.

Sobre o risco, a responsabilidade por perigo requer um incremento de risco não tolerado, ou seja, um significado comprometido da omissão para com a realização do resultado. A eventual apresentação de fator de risco da paciente, por exemplo, acarretaria à exposição na forma dolosa. Isto porque a literatura revisada não permite, em nenhum estudo, de proceder à conduta expectante em caso de presença de algum fator de risco. As divergências restam praticamente na ausência de batimentos cardíacos e no nível de beta-hCG, especialmente.

Diante de um cenário desta estirpe, pode-se verificar um significado de uma omissão *penalmente irrelevante*, isto é, se a paciente está hemodinamicamente estável, e há controle da fonte do perigo, assume-se um risco **tolerado**. Conforme indicação literária, o aumento do risco de rompimento da tuba, entre a postura expectante e o tratamento medicamentoso, por exemplo, é de 14% para 18%²¹⁴. Dito de outro modo, em linguagem comum, o médico *não expôs a paciente a perigo (risco não-tolerado) à saúde ou à vida*.

Assim, em casos de manifestação de posturas comprometidas com a assistência em saúde da gestante, especialmente com o acompanhamento de protocolos clínicos e planos terapêuticos condizentes, manifesta-se um sentido comprometido com a guarda da fonte de risco.

Caso 2 - João

O segundo cenário é diferente, e, relativamente mais complexo. Imagine-se o atendimento à paciente com o quadro típico de gravidez ectópica-tubária, que se apresenta à meia noite no pronto atendimento do Hospital Universitário da Universidade Federal do Rio

²¹⁴ Vide item 1.4.

Grande do Norte. Não existe relação médico-paciente prévia, pois a gestante é atendida por este plantonista pela primeira vez. Imagine-se que o médico se chama João.

O protocolo clínico naquele local até indica a conduta expectante para casos de apresentação de evolução gravídica até com 2.000 mUI/ml de beta-hCG, mas contraindica caso exista embrião vivo²¹⁵.

Suponha-se que a gestante apresentou dores moderadas, mas ainda sem sinais de sangramento. Os índices do beta-hCG revelaram-se no limite protocolar, e o embrião apresentou massa anexial de 3,5 cm e batimento cardíaco. Apesar de ser clinicamente *aceito* naquele ambiente social a conduta expectante para índices nessa altura, a *presença de embrião vivo* e a ausência de *consentimento* pela gestante serão *indícios* de uma falta de comprometimento com as recomendações técnicas da instituição.

Ao fim da anamnese, João a indaga sobre a vida sexual e histórico reprodutivo, e ela informa que possui dispositivo intra-uterino (DIU). Segundo a revisão literária na área, este é considerado fator de risco, cuja atenção deve ser especial²¹⁶.

Na sequência, ao propor o tratamento, João conclui: “*não vou te operar agora*” (sic), e então orienta: “*a senhora fique em casa, e só se piorar a dor, aí sim a senhora volta para o hospital*” (sic). Ele objeta explicitamente aos procedimentos cirúrgicos por objeção de consciência, e indica somente a conduta expectante. Diz que não compactua com o aborto, e que, portanto, não fará nada neste momento. E ainda, não determinou a reavaliação agendada ou reexame do beta-hCG após uma janela temporal, assim como não indagou sobre as condições da paciente em retornar rapidamente ao hospital em caso de emergência.

A paciente manifesta discordância com a postura, não assina o termo de consentimento, e retorna para casa desolada, e ainda em dor. Ela diz expressamente: “*eu não queria correr esse risco*” (sic). A equipe multidisciplinar chega a questioná-lo: “*doutor, mas não era preciso ao menos monitorá-la aqui?*”, e ele responde: “*deixa ela sangrar em casa antes, e depois ela volta*” (sic). *Quid iuris? Há crime de perigo?*

Por ora, suponha-se neste segundo caso que a paciente voltou para casa e evoluiu para um abortamento espontâneo retido, isto é, não teve complicações durante a espera. Em suma, a gestação involuiu naturalmente, que é o “melhor cenário”. Mesmo assim, inexistindo resultado

²¹⁵ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Protocolo. Gestação Ectópica. Hospital Universitário Ana Bezerra**. Natal: 06 de junho de 2021.

²¹⁶ ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. in **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetrícia**. 2008. 30 (3). P. 149-159. p. 150

materialmente danoso, é possível perceber um comprometimento com a realização do risco, que, neste caso, significa exposição ao intolerável?

De fato, neste caso a interpretação do significado da omissão é diversa daquele primeiro, pois é sensivelmente mais comprometida com o resultado (de expor a perigo). Embora o risco *a priori* seja tolerável, e ainda que exista o ilícito ético da não-obtenção do consentimento, as **manifestações externas** do agente é que permitem perceber o comprometimento com o resultado. Dito de outra forma: ainda que o médico “internamente” objete por um motivo de consciência (que, para fins penais, é um dado inalcançável), e ainda que exista o descumprimento de normas de caráter deontológico (pois a recusa *poderia trazer danos à saúde*²¹⁷), o médico deveria ao menos *externalizar* o comprometimento com a *guarda* da fonte do perigo, e de proteção do bem jurídico saúde e vida.

Ao submeter a gestante à postura expectante fora das indicações habituais, tais como apresentação de fator de risco, o comportamento médico revelaria um **comprometimento com o resultado previsível**, atribuindo-se até à figura dolosa exigida pelo tipo de ação. Afinal, recorde-se que o médico não prestou guarda mais assertiva sobre a fonte do perigo ao permitir o retorno ao lar sem saber as reais condições de um atendimento emergencial, e sem propor um plano terapêutico concreto. Portanto, não cumpriu o requisito *legal* da objeção de consciência, nem da técnica mais segura da *conduta expectante*. Pode-se concluir, neste caso, dito em linguagem comum: o médico *expôs a paciente a perigo à saúde acima do tolerado*, pois se trata de criação de risco não-permitido.

3.4.2. Casos de responsabilidade por lesões corporais graves.

Por fim, resta a análise dos casos hipotéticos com resultado danoso. Suponha-se que *após* submeter a paciente à conduta expectante, nos moldes descritos acima, a tuba uterina se **rompe após 12 horas**. *Quid iuris?*

Caso 1 – Maria - Após o resultado danoso

Conforme dito, tratava-se de paciente com quadro clínico *semelhante* às pesquisas existentes. A relação médico-paciente estava bem estabelecida, mas a paciente havia rejeitado

²¹⁷ Capítulo I, inc. 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**. (Grifos nossos). in CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: 2018.

este protocolo de atendimento, ainda que tenha retornado para casa. A *priori*, havia um incremento de risco, porém, em grau tolerável. Se Maria, mesmo ciente da discordância da paciente, *esclareceu* sobre as possibilidades de rompimento da tuba (que, comparativamente ao tratamento medicamentoso, aumenta singelamente o risco), não se percebe um significado de omissão imprópria equivalente com o tipo de ação de lesão corporal.

Afinal, seria preciso *verificar*, com o sentido comum, o seguinte: mesmo adotando o protocolo clínico da conduta expectante, isto é, determinando o monitoramento da paciente, planejando outra dosagem de beta-hCG em 48h, e conhecendo a situação clínica e social dela (possibilidade de se deslocar ao hospital, ausência de fator de risco, etc), *o médico efetivamente lesionou a paciente* com o rompimento da tuba? *Quid iuris?*

Se todos esses elementos de cuidado estivessem presentes, além de uma forma zelosa da manifestação da objeção de consciência por parte do médico, enfim, pode-se concluir que inexistente ação típica, pois a pretensão de ofensividade não foi verificada.

Analogamente, a sentença do Tribunal Constitucional Espanhol sobre os pais testemunhas de Jeová aduz conclusões similares às do presente caso. Se é possível perceber uma postura ativa por parte dos garantidores (que, naquele caso, eram os pais, e agora do próprio médico assistente), não há como uma pretensão de ofensividade se sobrepor à garantia constitucional. Perceba-se os detalhes destacados na sentença²¹⁸ abaixo:

15. *Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron. En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, **una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor**, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. **En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.***

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.

16. *Debemos examinar, a continuación, si se ha producido la vulneración del principio de legalidad penal (derecho a la legalidad penal), que proclama el art. 25.1 CE. Pues bien, en este caso la vulneración del principio de legalidad es inherente a la vulneración del derecho a la libertad religiosa, por lo que resulta innecesario un pronunciamiento sobre el particular.*

²¹⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 178. (Grifos nossos)

17. Como ya se ha expresado, en el presente caso los padres del menor fallecido invocaron su derecho a la libertad religiosa como fundamento de su actitud omisiva y, al mismo tiempo, posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor.

Justifica-se esta conclusão pois não há como se afirmar, com linguagem comum, que o médico que *permaneceu dando assistência*, valendo-se de protocolo válido, ainda que sob discordância da paciente, *que efetivamente a lesionou* ao adotar tal tratamento. Pelo contrário, o sentido do substrato fático revela justamente um dever de assistência, em que a interpretação sobre ele revela um *domínio* sob a fonte do perigo. Isto porque o incremento (chances de ruptura aumentado de 14% para 18%) se trata de risco tolerável, considerando a inexatidão da ciência médica, e a tênue diferença entre as consequências observadas.

Neste primeiro caso, mesmo com o resultado danoso, pode-se concluir a inexistência de crime, pois inexistente omissão equivalente à ação típica de lesões corporais.

Caso 2 – João - Após o resultado danoso

Por fim, resta a análise do segundo caso com o *plus* da consequência danosa, na qual a paciente já apresentava *fator de risco*, que é contraindicado por toda literatura, e que o índice inicial de beta-hCG estava em 2.000 mUI/ml. Após 12 horas em repouso domiciliar, a gestante entra em choque, e apresenta quadro hemorrágico. É atendida pelo SAMU e levada ao hospital mais próximo, onde é imediatamente submetida à cirurgia. Após a cirurgia radical (retirada da tuba), grande quantidade de sangue é perdida, mas ao fim e a cabo, é estabilizada. *Quid iuris? O médico lesionou a paciente?*

Neste cenário, existindo o resultado danoso, deve-se verificar se há o *grau de comprometimento* (necessário) do autor da omissão, João, com um resultado lesivo. O substrato fático permanece o mesmo. Todavia, o que se interpreta é justamente o significado sobre o substrato fático, e não o substrato fático em si. Afinal, a ação “não é um substrato de um sentido; senão é justamente o inverso: **o sentido de um substrato**”²¹⁹.

Na condição de *garantidor material* da fonte de perigo, e o risco não-permitido efetivamente se realiza na forma danosa, configura-se o resultado lesivo. Daí o início da análise

²¹⁹ Tradução livre. in VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 221. Excerto na íntegra: *no é substrato de conduta suscetível de receber um sentido, mas [é definida] como sentido que, conforme um sistema de normas, pode se atribuir a determinados comportamentos humanos. Opera-se, assim, um giro copernicano na teoria da ação: já não é o substrato de um sentido; senão é justamente o inverso, o sentido de um substrato.*

a partir do tipo de ação, e não do substrato fático. Ou seja, a partir “da existência de um fato que se traduz na expressão correta de um modelo de tipo previamente previsto em lei”²²⁰.

O perigo, por sua vez, converteu-se em dano, tal como autorizado legalmente, e explorado no item 3.2.2. desta dissertação. A forma omissiva do delito também é possível, e de fato é representável significativamente pelas manifestações externas do agente: “*deixa ela sangrar em casa antes, e depois ela volta*” (sic). A hemorragia é justamente a realização, no resultado, do risco incrementado pelo garantidor.

E ainda, além da conduta expectante ser contraindicada para pacientes com fator de risco, tal como o uso de DIU, todo médico deve postular pela *redução de danos* à paciente, independentemente do procedimento adotado. Eis o desdobramento do princípio bioético da não-maleficência.

Após a verificação da pretensão de ofensividade objetiva, pode-se perceber o elemento subjetivo doloso presente, especialmente nas manifestações externas já mencionadas. Pois “o domínio de determinada técnica e o seguimento de regras sociais a respeito do que comumente acontece permite dimensionar a capacidade de fazer previsões determinada técnica e o seguimento de regras”²²¹. E, na medicina, o critério excludente do fator de risco é uníssono. Se há risco, a postura mais zelosa deve ser adotada. Portanto, ainda que as regras sociais desse ato (até) admitisse a apresentação de evolução gravídica até 2.000 mUI/ml de beta-hCG, os demais elementos de saúde contraindicam a conduta expectante.

A qualificadora da exposição da vida a perigo, por sua vez, também é verificada, pois uma vez ciente de todo o cenário, João detinha a previsão de que o resultado danoso **não era apenas possível, mas provável**. Em suma, percebe-se que o resultado danoso era previsível, e já havia sido assumido como meio necessário para a realização da ação. Restam presentes, pois, os elementos intelectivos e volitivos do dolo.

Neste caso final, pode-se observar, afirmativamente, um *significado* da omissão equivalente à ação em lesões corporais na forma qualificada. Diz-se, sem imbróglios, e em linguagem comum: *o médico lesionou a paciente ao recusar operá-la de imediato, incrementando o risco – previsível, provável, e acima do tolerado – de uma hemorragia iminente, que foi realizada, ainda que tenha alegado objeção de consciência, pois exercida além dos limites legais*.

²²⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154. Grifos nossos.

²²¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 411.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação possuía um objetivo geral, que era desdobrado na seguinte pergunta: *resta caracterizado o tipo de ação do crime de perigo ou de lesões corporais omissivas na recusa médica a proceder aos procedimentos direta ou indiretamente abortivos em gravidez ectópica com tuba não-rota?* Para responder tal problemática, o excuro dissertativo foi o seguinte.

No primeiro capítulo, o objetivo específico sobre a ética-biomédica e as condições clínicas da conduta expectante em gravidez ectópica-tubária não-rota foi explorado. Para tanto, dissertou-se sobre as minúcias da relação médico-paciente, guiados pelos princípios da beneficência, não-maleficência, e, especialmente, da autonomia médica e do paciente. Com a confluência destes últimos, há a relação médico-paciente.

A gravidez ectópica tubária foi explanada mediante a literatura médica atualizada, especialmente quanto aos riscos observados, e os tratamentos indicados. Em suma, percebe-se que a conduta expectante é um tratamento lícito, e com índices resolutivos consideráveis, embora haja discussões sobre o momento da indicação, além de uma série de restrições de natureza técnica, tais como os índices hormonais e a presença de embrião vivo.

O segundo capítulo foi dedicado ao direito de objeção de consciência e ao momento do ato de recusa como fonte do perigo. Para tanto, os limites constitucionais, legais, e os reflexos deste instituto foram delimitados, constantes especialmente do Código de Ética Médica. Percebeu-se que a deontologia médica hodierna e o Direito permitem, sem imbróglis, o abortamento indireto no caso em tela, ao mesmo tempo que excetua a objeção de consciência para os casos em que há risco à saúde.

O terceiro capítulo, por sua vez, explorou a parte penal da pesquisa. Os pressupostos da posição (material) do garantidor e da equivalência significativa da ação e a omissão foram explorados, tudo sob a perspectiva da teoria da ação significativa. Em síntese, o subitem 3.1. se resumiu à seguinte consideração: a omissão penalmente relevante deve equivaler em significado à ação, precisa ser expressa linguisticamente com um mesmo “sentido comum”, e interpretada a partir do significado do substrato, e não o contrário.

O subcapítulo dois e três, por sua vez, exploraram os tipos de ação sob lume: o perigo e as lesões corporais, tudo sob o pretexto da progressão criminosa. Os elementos da estrutura

de imputação foram explorados, embora cientes da conclusão alusiva de Vives Antón: a insuficiência dos critérios de imputação é manifesta²²².

Por fim, o subcapítulo quatro explorou dois casos hipotéticos, seja com o resultado danoso, seja a título de perigo concreto. As conclusões de fato só cabem à casuística. Afinal, o Direito de Objeção de Consciência não acarreta, per si, reflexos penais; pelo contrário, ele é a realização do Direito enquanto sistema. É somente em seu abuso que o Direito Penal pode entrar em jogo, quando se vulnerar de bens jurídicos caros ao sistema de justiça penal. E este era o caso número dois.

Somente uma “compreensão cênica”²²³, característica específica da casuística e do processo comunicativo, ou seja, que depende do meio de prova processual, é que permite verificar o grau de comprometimento do autor da ação a título de elemento subjetivo da conduta. Inexiste, pois, resposta *prêt-à-porter*. A comunicação na relação médico paciente, bem como o grau de zelo do profissional para com o procedimento adotado, ainda que com singelo incremento de risco, são fatores determinantes da interpretação do significado da ação.

Se “um Código Penal não é um Código de Ética”²²⁴, não há como se concluir, em sede de dissertação de mestrado, o contrário. Os alcances do Direito Penal estão sujeitos ao exercício do Direito de Objeção de Consciência. A vida, per si, já é um risco.

²²² São as palavras de Tomás Vives Antón, ao referir-se à solução do caso dos pais testemunha de jeová. Cf. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 182

²²³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 416.

²²⁴ NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal; dos crimes contra a pessoa**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. v. 2., p. 96.

REFERÊNCIAS

AMORIN, Isabelle de Moraes; GOMIDE, Maria Eduarda Marini Amante; OLIVEIRA, Marcela Marques de; AZEREDO, Lucas Marques Luiz; SIQUEIRA, Emílio Conceição de. Uma abordagem geral da Gravidez Ectópica: revisão de literatura. *in Revista Eletrônica Acervo Médico*. REAMED. Vol .16. Set/2022.

ARNAUD, Maria Luisa Cuerda. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal: análise de um conflito. *in Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, p. 43-72, jul./dez. 2014. p. 65

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BIASOLI, Luis Fernando; CASAGRANDE, Leandro Baptistella. O aborto na concepção da Bioética Personalista de Elio Sgreccia. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 16, n.8, p.1-13, 2020.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 1: Parte geral**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Tratado de Direito Penal, 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORN, Rogério Carlos. **Objecção de consciência**: restrições aos direitos políticos e fundamentais. Curitiba: Juruá, 2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito penal: parte especial 1**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____; CESTO, Mariana. **A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais**. 1. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

BUZANELLO, José Carlos. Objeção de consciência: uma questão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.38, n.152, p. 173-182, out./dez. 2001.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manual de Gestão de Alto Risco**. Brasília : Ministério da Saúde, 2022. 692 p.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán; LARRAURI, Elena. **Imputación Objetiva**. Bogotá: Themis, 1998

CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

CASABONA, Romeo. **El derecho a la objeción de conciencia**. In: Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Personne humaine et droit international. Vol.II. Bruxelles: Bruylant; 1997.

_____. **Principio de precaución, biotecnología y derecho**. Madrid: Fundación BBVA, 2004

_____. **Enciclopedia de bioderecho y bioética**. Tomo I. Editorial Comares, 2011.

CARROL, Lewis. **Alice's Adventures in Wonderland: Webster's Thesaurus Edition for PSAT**. San Diego: ICON Group International, 2005.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Recomendação nº 01/2016**. Brasília: 2016.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO MATO GROSSO DO SUL (CRMMS). **Processo consulta CRM/MS nº 009/2020: "ADOÇÃO DE PROTOCOLO PADRONIZADO EM MATERNIDADE"**. Campo Grande: 2020

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO CEARÁ (CRM/CE). **Parecer CREMEC nº 3/2018: "Interrupção de gravidez com feto vivo"**. Parecerista: Cons. Helvécio Neves Feitosa. Fortaleza: 2018

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (CREMERS). **O JULGAMENTO DE HIPÓCRATES**. Disponível em: <https://cremers.org.br/juramento-de-hipocrates/#:~:text=A%20ningu%C3%A9m%20darei%20por%20comprazer,aos%20pr%C3%A1ticos%20que%20disso%20cuidam.>. Acesso em fev. 2024

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O princípio da ação com duplo efeito e sua aplicação à gravidez ectópica**. Anápolis: Múltipla, 2009.

DALLARI, Dalmo de. A objeção de consciência e a ordem jurídica. **Revista de Ciência política**, Brasília, v.2, n.2, p. 36-55, 1968.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

DOS SANTOS LUZ, Igor Henrique; BRITO, Jaime Domingues. Positivismo Jurídico e os Direitos da Personalidade Natural. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 236-254, set. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1812/1841>. Acesso em: 12 set. 2021.

ELITO JR, Julio; MONTENEGRO, Junes Aires Mota de Mendonça; SOARES, Roberto da Costa; CAMANO, Luiz. Gravidez ectópica não rota - diagnóstico e tratamento. Situação atual. *in* **Revista Brasileira de Ginecologia Obstetrícia.** 2008. 30 (3). P. 149-159

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA (FEBRASGO). **Gravidez ectópica. Protocolos Febrasgo. Obstetrícia - nº 22.** São Paulo: 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal. Parte geral. Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime.** São Paulo; Coimbra: Revista dos Tribunais; Coimbra Editora; 2007.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito penal. Parte Especial, cit., v. I**

GILLON, Raanan; Lloyd, Ann. *Principles of health care ethics.* Londres: Routledge & Kegan Paul, 1993.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** 11. ed. Niterói: Impetus, 2015

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **Objeção de consciência e direito penal: justificação e limites.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal. Volume V. Arts. 121 a 136.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

JUNIOR, José Arimateia dos Santos; PINHEIRO, Ana Maria Pearce Arêa Leão; HOLANDA, Ana Maria Coêlho; ROCHA, Rosyane Moura (Organizadores). **Manual de condutas em obstetrícia: Maternidade Evangelina Rosa.** Teresina: EDUFPI, 2021. 436 p.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión.** Trad: Joaquín Cuello Coentreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

KINGSBURY, Beena; SAM, Dibu; JEYASUDHA, R; THOMAS, Elsy; REBEKAH, Grace; LIONEL, Jessie. *Ectopic pregnancies: Catch them early, treat them wisely*. in **Journal of Family Medicine and Primary Care**. V. 9, Issue 9. Set. 2020. p. 4912.

LARIMORE, Walter L.; STANFORD, Joseph B. Postfertilization effects of oral contraceptives and their relationship to informed consent. **Archives of Family Medicine**, Stanford, v.9., p.126-133, 2007.

MARCONI, M.A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal constitucional federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 2. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2018.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito médico à objeção de consciência e a recusa em realizar procedimentos de reprodução assistida em casais homossexuais: a discriminação travestida de direito. in **Civilistica**. A. 10, n. , 2021.

MELO, João Ozorio de. Judicialização ameaça pessoas que fazem o bem nos EUA. in **Revista Consultor Jurídico**, 13 de agosto de 2011, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-13/judicializacao-ameaca-pessoas-fazem-bem-estados-unidos/> . Acesso em 16 dez. 2023.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Biodireito e constituição. In **Revista do Direito Privado da UEL**. Vol. 1, n. 1. Londrina: 2008, p. 1-9.

MILSON, Ian; KORVER; Tjeerd. Ovulation incidence with oral contraceptives: a literature review. **Journal of Family Planning and Reproductive Health Care**. v. 34, p. 237-246. 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La objeción de conciencia en derecho penal*. Nueva Doctrina Penal. 1996; A: 87-102.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal. Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 238-239.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito penal; dos crimes contra a pessoa**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. v. 2., p. 96.

PALMA, Maria Fernanda. **Dolo eventual e culpa em Direito penal. Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.

PASSAMANI, Ricardo Petroni S.; SOUZA, Paula Regina. O médico católico e o contraceptivo oral: conflitos éticos, religiosos e legais. **Revista Brasileira de Bioética**, Brasília, v.6, n.4, p.69-84, 2010.

PINHEIRO, Vitor Sales; RIBEIRO; Mário da Silva (orgs.) **Dignidade da Pessoa Humana e Direito à Vida. Estudos de filosofia, Direito e Bioética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2023

RAMOS, Dalton Luiz de Paula; LUCATO, Maria Carolina. O conceito de pessoa humana: da bioética personalista (personalismo ontologicamente fundado). **Revista Pistis e Práxis: Teologia e Pastoral**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 57-75, jan./jun. 2010.

REINO DE ESPANHA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**. Madrid: 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas; 1997, p. 949.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008. p.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania**. Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal. Trad. de Juan Fernández Carrasquilla. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2007.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética: fundamentos e ética biomédica**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2014.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Objeção de consciência médica e direito penal. *in* **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, 59, out-dez. 2015, p. 1-6.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: expectant management of tubal pregnancy*. *in* **UpToDate**. 2023. Disponível em: < <https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-expectant-management-of-tubal-pregnancy/print?search=ectopic>>. Acesso em: 07/10/2023

TULANDI, Togas. *Ectopic pregnancy: choosing a treatment*. *in* **UpToDate**. 2024. Disponível em: < https://www.uptodate.com/contents/ectopic-pregnancy-choosing-a-treatment?sectionName=Outcomes&search=ectopic%20pregnancy&topicRef=5455&anchor=H206768603&source=see_link>. Acesso em: 15/01/2023

URBANETZ, Almir Antônio (coord.) **Urgências e Emergências em Ginecologia e Obstetrícia et al.** 1. ed. Barueri: Manole, 2019. 1024.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Protocolo. Gestação Ectópica. Hospital Universitário Ana Bezerra**. Natal: 06 de junho de 2021.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

_____; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena Górriz (orgs). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017