

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. “JACY DE ASSIS”
BACHARELADO EM DIREITO**

LETÍCIA FRADES PEIXOTO

**ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA COM VIOLAÇÃO DO DEVER DE SIGILO
MÉDICO EM CASOS DE ABORTO ILEGAL: MAPEAMENTO DO PROBLEMA E
DISCUSSÃO JURÍDICA**

**UBERLÂNDIA/MG
2020**

LETÍCIA FRADES PEIXOTO

ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA COM VIOLAÇÃO DO DEVER DE SIGILO
MÉDICO EM CASOS DE ABORTO ILEGAL: MAPEAMENTO DO PROBLEMA E
DISCUSSÃO JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito à obtenção do título de
Bacharel pela Faculdade de Direito "Professor Jacy de
Assis".

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Beatriz Correa Camargo

UBERLÂNDIA/MG

2020

RESUMO

O presente trabalho se propõe a estudar qual a validade das provas produzidas pelos profissionais da saúde quando estes, em violação do dever de sigilo profissional, divulgam informações obtidas em decorrência do exercício da profissão, em especial quanto ao crime de aborto. A partir da análise de pesquisas desenvolvidas por diversos órgãos que estudam o cenário do aborto no Brasil e traçam o perfil de mulheres que incorrem nesta prática e de jurisprudências que julgam o tema, foi colocado em pauta a questão do “como” as mulheres chegam ao sistema de segurança pública e, por meio da conclusão deste ponto, foram analisadas suas consequências do ponto de vista processual penal. Assim, é possível concluir que os médicos são os principais responsáveis por denunciar a mulher, pois possuem meios mais facilitados de terem ciência do crime, entretanto, considerando que tais informações obtidas em decorrência do atendimento estão protegidas pelo sigilo profissional, dispositivos legais e entendimentos da comunidade médica afirmam que tais provas são ilícitas e, por isso, não podem embasar nenhum processo criminal, pois ferem o direito a intimidade, saúde e dignidade da mulher.

Palavras-chave: aborto. Violação de sigilo profissional. Ilícitude de provas.

ABSTRACT

The present work proposes to study the validity of the evidence produced by health professionals when they, in violation of the duty of professional secrecy, disclose information obtained as a result of the exercise of the profession, especially regarding the crime of abortion. Based on the analysis of research carried out by various agencies that study the scenario of abortion in Brazil and trace the profile of women who engage in this practice and of jurisprudence that judge the theme, the question of “how” women arrive at the agenda public security system and, through the conclusion of this point, its consequences from a criminal procedural point of view were analyzed. Thus, it is possible to conclude that doctors are the main responsible for denouncing women, as they have easier means of being aware of the crime, however, considering that such information obtained as a result of care is protected by professional secrecy, legal provisions and understandings of the the medical community affirm that such evidence is illegal and, therefore, cannot support any criminal process, as it violates the right to privacy, health and dignity of women.

Keywords: abortion. Violation of professional secrecy. Illegality of evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 ABORTO: A POLÍCIA DENTRO DOS HOSPITAIS	7
2.1 Aborto como fenômeno social: mulheres que morrem	7
2.2 Denúncias produzidas pela equipe médica: análise do relatório produzido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo	10
3 POSIÇÕES DIVERGENTES ADOTADAS PELO TJSP QUANTO A LICITUDE DE PROVAS PRODUZIDAS PELOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE	14
3.1 Jurisprudência em defesa das mulheres.....	15
3.1.1 <i>O habeas corpus de nº 2188896-03.2017.8.26.0000, julgado pela Relatora Kenark Boujikian</i>	15
3.1.2 <i>Apelação Cível nos autos nº 1017294-93.2017.8.26.0344, julgado pelo relator Maurício Fiorito</i>	17
3.2 Jurisprudência desfavorável às teses em defesa das mulheres	19
3.2.1 <i>Habeas corpus de nº 2188904-77.2017.8.26.0000, julgado pelo relator Diniz Fernando Ferreira Da Cruz</i>	19
3.2.2 <i>Habeas corpus de nº 2188894-33.2017.8.26.0000, julgado pelo relator Airton Vieira</i>	20
3.3 Análise das decisões proferidas	23
4 ENTENDIMENTO NO ÂMBITO MÉDICO QUANTO À QUESTÃO DO DEVER DE SIGILO EM CASOS DE ABORTO	29
4.2 Dever de sigilo médico: legislação e aspectos pertinentes ao tema	30
4.3 Conselho Federal de Medicina	32
4.4 Conselho Regional de Medicina – Estado de São Paulo.....	34
4.5 Responsabilização pela conduta médica: em qual âmbito pode ser aplicada?	38
5 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	41
5.1 Inadmissibilidade da prova ilícita e da prova ilícita por derivação	42
6 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que é dever do médico atender o paciente da melhor forma possível e lhe conceder o tratamento que achar pertinente no caso concreto, quando o dever de sigilo é estabelecido o que se propõe é uma maior garantia ao paciente de que suas informações íntimas não serão divulgadas sem sua expressa autorização.

O presente trabalho se propõe a discutir qual a validade das provas produzidas pelos profissionais da saúde quando estes, em violação ao dever de sigilo médico, divulgam informações obtidas em decorrência do exercício de sua profissão, em especial quanto a situação de abortamento auto provocado.

De acordo com o Parecer Consultivo nº 24.292/2000 do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, ficou definido que em casos onde ocorra o aborto, “seja ele natural ou provocado, não pode o médico comunicar o fato à autoridade policial ou mesmo judicial, em razão de estar diante de uma situação típica de segredo médico”.

Entretanto, apesar desse entendimento muitos médicos denunciam ou até mesmo informam membros das famílias das pacientes para que estes procurem a autoridade policial e denunciem o crime.

Diante de todo esse cenário, a proposta do presente trabalho foca em analisar se tais provas são lícitas ou ilícitas, além de demonstrar os desdobramentos gerados por meio de entendimentos diversos sobre a questão.

Para demonstrar a pertinência do tema analisado em questão, foi realizado um levantamento jurisprudencial no site do TJSP cuja metodologia utilizada, para tanto, foi a pesquisa por acórdãos através de palavras chave. Portanto, com o intuito de estabelecer uma aproximação com o tema a ser discutido, foram analisados diversos acórdãos, sentenças e decisões diversas em que houvesse menção, por parte da defesa, de alegação de ilicitude das provas que guarnecem o lastro probatório do processo tendo em vista tais provas terem sido produzidas por profissionais da saúde.

Assim, para validar a discussão, foram escolhidas quatro decisões sendo que duas acolheram a tese apresentada pela defesa, quanto a ilicitude das provas, e outras duas a declinaram, conforme os argumentos que posteriormente serão expostos e analisados.

Ademais, a título de contextualização do aborto como questão de saúde pública, será feita uma análise de dados colhidos por entidades e órgãos que atuam em defesa dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Pelos dados é possível constatar a importância do dever de sigilo médico, pois este visa garantir segurança a paciente quando esta, mesmo incorrendo na prática de um crime, busca auxílio médico.

2 ABORTO: A POLÍCIA DENTRO DOS HOSPITAIS

Insta salientar que, antes de analisar a questão da interferência dos profissionais da saúde na instrução probatória de processos penais, importante se faz traçar um leve paradigma da questão do aborto na sociedade brasileira visto que se trata de tema tão controvertido, tanto na esfera judicial quanto na social.

2.1 Aborto como fenômeno social: mulheres que morrem

Aborto pode ser visto como um fato social. Ele é realizado por mulheres de todos os segmentos sociais, independente de idade, religião, escolaridade e até mesmo de nacionalidade. Mulheres do mundo inteiro abortam, isso é um fato.

De forma a evitar conflitos morais e éticos, o aborto não é um tema trabalhado e discutido com muita frequência seja pela sociedade ou pelo Governo, como um todo. Entretanto, devido a crescente e incisiva presença de organizações em defesa dos direitos reprodutivos da mulher, o aborto passou a ser uma pauta cuja análise está ganhando foco e poder.

Em agosto de 2018 foi realizada audiência pública no Supremo Tribunal Federal cujo tema de discussão foi a ADPF 442 que foi promovida pelo partido político PSOL cujo foco é a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação.

Segundo consta dos dados colhidos pelo Ministério da Saúde e informados na audiência em questão, o aborto está se apresentando como a terceira maior causa de morte de mulheres no país. Mônica Almeida Neri, Coordenadora de Saúde da Mulher, afirma que a mortalidade materna é um desafio importante e que deve ser levado a sério pelo Estado Brasileiro. De acordo com ela, a mortalidade feminina no que diz respeito ao aborto possui mais de 90% das causas evitáveis (STF, 2018).

Maria de Fátima Marinho de Souza, da Secretaria de Vigilância em Saúde, apresentou um panorama geral de aborto induzido de forma insegura no país. Conforme consta dos dados juntados pelo Ministério, uma a cada cinco mulheres já se submeteram a um aborto (DINIZ et al., 2017). Maria de Fátima afirmou que “a estimativa do Ministério da Saúde é que ocorram, por ano, cerca de um milhão de abortos induzidos, que independe da classe social” tendo em vista que este fator é determinante apenas no que diz respeito a gravidade e a morte. Ademais, afirmou que “quem mais morre por aborto no Brasil são mulheres negras, jovens, solteiras e que

têm até o ensino fundamental. Essa mortalidade por aborto inseguro atinge mais as mulheres vulneráveis” (STF, 2018).

O NUDEM - Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres é um núcleo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo que tem como foco de luta e defesa os direitos e garantias constitucionais das mulheres. Na audiência realizada no STF, a defensora pública Ana Rita Souza Prata (STF, 2018) informou que, em 2017, o NUDEM teve acesso a trinta ações penais e socioeducativas que envolveram mulheres acusadas de provocar aborto em si mesmas. Destas ações, foram impetrados pelo núcleo trinta habeas corpus em favor das mulheres sendo a ordem concedida em apenas cinco delas.

Ao realizarem uma análise aprofundada sobre as trinta ações, restou constatado que grande maioria das mulheres tinham menos de trinta anos, sendo que mais da metade já era mãe de, em média, quatro filhos, e eram as principais provedoras destas crianças. Apenas uma estava cursando o ensino superior enquanto que a maioria possuía o segundo grau incompleto. A renda média dessas mulheres gira em torno de R\$ 900,00 mensais.

Apesar destes dados, o que mais mereceu destaque em sua fala foi a origem da denúncia. Dos trinta casos analisados, vinte e um foram denunciados diretamente por profissionais da saúde pública. Além de denunciar suas pacientes, estes profissionais também testemunharam contra elas e forneceram a justiça documentos sigilosos capazes de embasar uma persecução penal. Toda a conduta demonstrada pelos profissionais em questão são uma clara violação ao que dispõe o Código de Ética Médica (STF, 2018), conforme observação apontada pela defensora.

A Frente Nacional Contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto, organização que luta em prol dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, elaborou em 2015 um dossiê que aborda o contexto de normatização do aborto no país reunindo, para tanto, casos de criminalização que ocorreram no período de 2007 a 2014. Neste dossiê, a Frente pôs em pauta diversas discussões estratégicas e ações praticadas que visam cada vez mais criminalizar as mulheres pela prática do aborto.

O dossiê Criminalização das Mulheres pela Prática do Aborto, publicado em maio de 2015, trabalha com três abordagens acerca do tema. Inicialmente, é realizado um apanhado da história legislativa do aborto no Brasil seguindo para a sistemática de estratégias e ações praticadas pelos poderes do Estado – Legislativo, Executivo e

Judiciário – que visam a criminalização das mulheres. Deste panorama apresentado, o dossiê faz um apanhado de vinte casos envolvendo mulheres que interromperam voluntariamente a gravidez e foram criminalizadas por isso.

Conforme apontado pelo estudo realizado pela Frente (2015, p. 73), a criminalização do aborto recai com maior intensidade sobre as mulheres menos favorecidas cuja situação de vulnerabilidade econômica é mais acentuada em decorrência das desigualdades sociais que assolam a sociedade brasileira.

Com o aparecimento cada vez maior do tema aborto e, conseqüentemente, da ampliação da necessidade de ser ele discutido, as barreiras para a interrupção voluntária da gravidez estão aumentando e tornando-se mais difíceis de serem ultrapassadas. Nos casos de abortamento legal, os permissivos legais do art. 128 do CP¹ e, mais recentemente, o proveniente da decisão do STF sobre fetos anencéfalos (ADPF nº 54), há um verdadeiro enfrentamento de preconceitos para a efetiva consolidação das políticas públicas.

Situações onde o aborto é permitido por lei mas as autoridades ainda encontram obstáculos que impossibilitam às mulheres a ter acesso a esse direito não são acontecimentos isolados. Há caso em que quando elas conseguem realizar o abortamento legal a informação que chega as autoridades é divergente, alegando a prática de um crime e não o exercício de um direito.

Assim, resta claro que “a violência e discriminação contra a mulher na esfera institucional atingem também o aborto legal, bem como a assistência à saúde sexual e reprodutiva” da mulher (FRENTE, 2015).

Outro ponto que a discussão acerca do aborto remete é a proporção entre gravidezes indesejadas no país e quem o realiza de fato. Segundo apontado pelo dossiê (FRENTE, 2015, 18), em pesquisa realizada, em 2006, pelo Ministério da Saúde (2009) e pelo Cebrap – Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher - aproximadamente 50% das gravidezes são indesejadas sendo que a maioria das mulheres se encontram em situação de baixa renda e possuem menos acesso a métodos contraceptivos. Constatou-se que quanto menos favorecida, mais filhos a mulher tem e mais indesejados os filhos se tornam.

¹ “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.”

Já na pesquisa da Fiocruz realizada em 2010 e encomendada pelo Ministério da Saúde, houve os seguintes apontamentos:

“[...] Até 2012 já tinham sido entrevistadas 22 mil mulheres, de um total de 24 mil a serem entrevistadas em 191 municípios. O resultado parcial divulgado em 2012 confirmou: 55% das mulheres que dão à luz no Brasil não planejaram a gravidez; a comparação por regiões reflete disparidades — na Região Norte, o percentual de mulheres que não planejam a gravidez sobe para 60%, no Centro-Oeste sobre para 56%, no Sudeste cai para 54% e no Sul para 51%.” (FRENTE, 2015, p. 18 apud FIOCRUZ, 2010)

2.2 Denúncias produzidas pela equipe médica: análise do relatório produzido pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo

O NUDEM – Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foi criado em 2008 após a realização, em 2007, do 1º Ciclo de Conferências da Defensoria Pública do Estado de São Paulo se abrir para os movimentos de mulheres que lutam pelos seus direitos. Voltado para a defesa dos direitos das mulheres, o Núcleo atua em diversas frentes como violência doméstica, obstétrica, sexual, cyberbullying, direitos sexuais e reprodutivos.

Com o passar do tempo, em cada ciclo realizado, o NUDEM passou a abordar a temática do aborto visando a sua descriminalização no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Desde sua criação até o ano de 2017, foram realizados 6 ciclos dos quais em quatro foi aprovada a proposta de luta pela descriminalização e legalização do aborto.

Através de uma análise pormenorizada de trinta processos penais, a NUDEM constatou que a forma mais recorrente das mulheres chegarem ao sistema de segurança pública é através de denúncias de profissionais da saúde que as atendem quando, em decorrência dos métodos abortivos adotados, passam mal e recorrem ao Sistema Único de Saúde – SUS.

A intenção inicial do Núcleo era promover a defesa das mulheres face a constante criminalização a que estavam sendo submetidas tendo em vista que em quase todos os processos encontrados pelo TJSP, busca essa disponibilizada pelo Tribunal somente após dois anos da data do envio de ofício requerendo os processos (2018), não houve manifestação de defesa em prol das denunciadas.

Inicialmente a lista do Tribunal contava com um total de cinquenta e cinco processos, entretanto vinte e cinco tiveram que ser descartados pois não era mais possível a impetração da Habeas Corpus; ou serem os acusados homens ou terem

os processos alvará judicial permitindo o abortamento conforme os permissivos legais do Código Penal. Assim, ao final, restaram somente trinta processos para serem analisados para a impetração de Habeas Corpus (NUDEM, 2018, p. 5).

Dos trinta processos restantes, concluiu-se que o processo mais antigo datava de 12/2003 e o mais recente, de 12/2016. Entre a ocorrência do fato e o oferecimento da denúncia houve o transcurso do tempo, em média, de 15,8 meses.

Dos processos analisados, dezessete possuem como causa em comum a denúncia por profissionais da saúde. Isso corresponde, conforme apontado pela pesquisa, a 56,6% do total. Além dessa apuração, a NUDEM também concluiu que em vinte e um dos casos houve quebra de sigilo profissional, crime tipificado no art. 154 do Código Penal², “o que corresponde a 70% do total dos processos analisados.” (NUDEM, 2018, p. 9) Das trinta ações analisadas, restou concluído que vinte hospitais forneceram documentos médicos das pacientes para embasar o processo criminal e somente um informou que não disponibilizaria os documentos, por respeito ao dever de sigilo profissional.

Além da apuração da função exercida pelo profissional da saúde na época em que este denunciou as mulheres ou atuou como testemunha no processo, a pesquisa se atentou, também, para o gênero do profissional. Assim, concluiu que:

- três eram assistentes sociais e todas eram mulheres;
- onze eram enfermeiros(as), sendo sete mulheres;
- onze eram médicos(as), sendo destes, quatro mulheres.

Ao total, houveram dezenove depoimentos de profissionais da saúde nas delegacias que apuraram o crime ou em juízo.

A criminalização de uma mulher que incorre na prática do aborto por outra que atua como profissional da área da saúde demonstra o quanto aquela mulher é estigmatizada. Por medo de serem denunciadas e responderem, conseqüentemente, a um processo criminal, muitas somente comparecem ao hospital quando a situação de saúde está terrivelmente grave. O medo é um paralisante poderoso que corrobora com a cada vez maior quantificação de mortes de mulheres por práticas abortivas em um claro “ciclo de investigação, discriminação e violência institucional” (FRENTE, 2015, p. 81).

² “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”

Outro dado relevante levantado pela pesquisa foi que seis casos somente tiveram por origem denúncia anônima ou feita por algum familiar da denunciada. Em um caso houve o comparecimento voluntário da mulher ao Ministério Público de São Paulo. “Nos demais casos, são as condições precárias de saneamento básico ou sua falta o que as denuncia, demonstrando que a pobreza aumenta os riscos de uma mulher ser criminalizada também quando se fala do crime de aborto.” (NUDEM, 2018, p. 10).

Assim, é possível afirmar que a situação de desigualdade social vivenciada pelas mulheres facilita com que estas se tornem alvos mais fáceis para a criminalização tendo-se em vista que raramente conseguem se defender do julgamento de terceiros.

Uma evidência clara da constante criminalização da mulher encontra-se demonstrada em dois casos dos processos analisados pelo Núcleo. O aborto em ambos casos foi realizado por equipe médica especializada, após atendimento profissional também especializado conforme a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento, do Ministério da Saúde. Nestes casos a gravidez foi em decorrência de estupro cujo aborto é permitido legalmente (art. 128, II do CP).

Como a informação de que a gravidez foi resultante de estupro não constava nos autos, as mulheres foram acusadas pela prática do tipo penal aborto. Constatou-se, posteriormente, que em um dos autos havia até mesmo alvará judicial autorizando o exercício do direito.

Em contrapartida, em 5 dos casos houve prisão em flagrante. Considerando o perfil majoritariamente carente das mulheres e que a renda familiar tende a ser predominantemente inferior a um salário mínimo (R\$ 998,00 em 2019), ilógico se mostra o valor das fianças arbitradas pelas autoridades policiais, que variaram entre R\$ 724,00 a R\$ 3.000,00. (NUDEM, 2018, p. 10).

Além da violação do sigilo funcional e da denúncia feita por familiares, algumas mulheres ainda enfrentaram situações constrangedoras que corrobora ainda mais para sua constante criminalização.

Nas prisões ocorridas nos hospitais, houve em alguns casos escolta policial. Algumas mulheres chegaram a ser algemadas ao leito. Vale lembrar que, na Sumula Vinculante 11, o STF determinou que “só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo a integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros”. Portanto, ilícito foi a atitude das autoridades

policiais que compareceram nestes hospitais para apurar as denúncias de aborto ilegal.

Assim, por ser o aborto um tema sensível a discussões, quando há a notícia de que houve sua prática logo as autoridades policiais comparem ao local e já tratam como verdade absoluta a mulher envolvida como suposta autora do crime. Dada sua característica de crime não-transeunte, necessário se faz a busca pelas provas que confirmem a materialidade do delito. Geralmente estas provas são colhidas em instrumentos cirúrgicos, medicamentos em clínicas ou na residência das mulheres, o feto, pela declaração dos profissionais da saúde ou até mesmo da confissão da denunciada.

O direito penal preza pelo princípio do *in dubio pro reo* (art. 5º, LVII da CF/88³): uma pessoa acusada de um crime é presumida inocente até que a sentença penal condenatória seja transitada em julgado. Entretanto, para os casos de aborto, as mulheres sempre são, à primeira vista, consideradas culpadas.

O jornalismo sensacionalista, com suas manchetes que em nada auxiliam na descriminalização das mulheres (FRENTE, 2015, p. 89) tendem a contribuir para uma visão unilateral do aborto, não levando seu público alvo à conjectura de perspectivas profundas que o estudo do tema acarreta. Apesar do viés policial, as matérias jornalísticas raramente abordam a questão do “como” (como se chegou até essas mulheres criminalizadas pelo crime em comento) e do “por que” (o que leva essas mulheres a incorrem ao aborto sabendo que este além de ser um crime também pode resultar em consequências graves à saúde). O resultado da situação descrita torna-se claro, basta observar a alienação da sociedade face ao tema e a constante criminalização que ainda sofrem as mulheres.

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

3 POSIÇÕES DIVERGENTES ADOTADAS PELO TJSP QUANTO A LICITUDE DE PROVAS PRODUZIDAS PELOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

Conforme demonstrado nas pesquisas acima analisadas, grande parte dos casos em que as autoridades policiais tomam ciência da prática do aborto se deve quase unicamente a prestação de informação sigilosa ofertada por profissionais da saúde do local onde a mulher foi atendida, devido as consequências do método escolhido por ela para a prática do crime em questão.

Em análise jurisprudencial realizada no TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi possível reunir quatro casos em que houve o uso, pela defesa, da tese de ilicitude das provas produzidas pelos profissionais da saúde. Não foi possível verificar a integralidade dos processos em questão tendo em vista que estes tramitam em segredo de justiça.

O NUDEM patrocina três dos quatros recursos ora analisados e, além da tese referente a ilicitude, também apresentam outras duas que apesar de não serem o objeto de estudo do presente trabalho, merecem ser mencionadas dada sua relevância para a matéria: incompatibilidade da criminalização do aborto com os preceitos constitucionais atualmente vigentes pela Constituição Federal de 1988; e falta de provas de autoria e materialidade do delito tendo em vista que, em algumas ações, não houve a realização de perícia nas mulheres que comprovasse que elas estavam realmente grávidas e que o feto, quando encontrado, pertencia a paciente.

A tese da incompatibilidade do crime de aborto com a Constituição foi recusada em todos os três recursos pois, segundo alegam os Relatores, tal matéria deve ser analisada em controle difuso de constitucionalidade pelo Tribunal em obediência ao princípio da reserva do Plenário (art. 97 da CF/88⁴), portanto impossível que as Câmaras Criminais que julgaram os *Habeas corpus* em questão declarassem incidentalmente a inconstitucionalidade do tipo penal do art. 124⁵.

Quanto a tese da materialidade, esta não foi amplamente trabalhada em três dos quatro julgados a serem discutidos. O aborto é um tipo penal que deixa vestígios, portanto ao analisar tal argumento da defesa, o ponto crucial que deve ser observado

⁴ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

⁵ “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque;”

nos autos é a realização do exame de corpo de delito para o exercício do lastro mínimo probatório, o que não foi feito.

3.1 Jurisprudência em defesa das mulheres

3.1.1 O habeas corpus de nº 2188896-03.2017.8.26.0000, julgado pela Relatora Kenark Boujikian.

Possuindo como processo de origem os autos nº 0006769-27.2014.8.26.0004, processado e julgado pela 5ª Vara do Júri do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, este encontra-se em segredo de justiça motivo pelo qual o acesso ao seu inteiro teor é restrito. Entretanto, conforme análise da movimentação processual acessada pelo site do TJSP, é possível inferir que a ré não ofertou defesa pois todas as informações para localizá-la prestadas pelo Ministério Público de São Paulo não foram suficientes para encontrá-la.

Conforme prescreve a inteligência do art. 420, parágrafo único do CPP⁶, caso o réu não seja encontrado será ele intimado via edital. Foi o que ocorreu no caso dos autos em comento. Não houve apresentação de recurso após a sentença proferida e os autos foram arquivados definitivamente. Não é possível ter certeza apenas verificando a movimentação processual lançada no site, mas presume-se, pelos documentos assinados eletronicamente e pelas descrições das movimentações, que a Defensoria Pública não foi informada dos autos para proceder com a defesa da ré.

Como já informado anteriormente, a DPSP obteve conhecimento dos processos que versam sobre a matéria de aborto ilegal a partir de um requerimento feito ao Tribunal. Entre os números ofertados estava o dos autos 0006769-27.2014.8.26.0004, motivo pelo qual o Habeas Corpus foi impetrado em defesa da ré visando o trancamento da ação penal em comento.

No remédio constitucional em questão, a defesa alegou ser as provas da denúncia ilegais visto terem sido adquiridas em decorrência da violação ao sigilo médico. Alegam também ter havido violação à dignidade humana e ao direito à intimidade além de requererem, também, que fosse declarada a inconstitucionalidade do tipo penal imputado à paciente.

⁶ Art. 420. A intimação da decisão de pronúncia será feita: Parágrafo único. Será intimado por edital o acusado solto que não for encontrado.

Em acórdão proferido, a relatora considerou que de fato a prova que deu causa a persecução penal é ilícita tendo em vista que foi obtida a partir de informações originárias da médica que atendeu a paciente. No caso em questão, a paciente, por motivos pessoais, entendeu ser necessário o aborto e, para tanto, efetuou a compra do medicamento CITOTEC. Após seu uso, apresentou fortes dores abdominais e sangramento vaginal motivo pelo qual foi levada ao Pronto Socorro por sua tia. Lá, a tia foi informada pela médica de que a paciente estava grávida e forneceu a ela um documento, informando que este deveria ser encaminhado para a delegacia.

O documento em questão, que foi usado para o embasamento da ação criminal, tratava-se de uma guia de encaminhamento de cadáver. O que, ao ver da relatora, violou o sigilo profissional foi a anotação da médica que ultrapassou o necessário. “A médica registrou, além das diversas informações: ‘mãe compareceu no pronto-socorro de ginecologia, onde constatou-se medicação intravaginal abortiva.” (BRASIL, 2018, p. 10)

Assim, denota-se que a observação anotada pela médica no documento estava totalmente protegida pelo sigilo médico. Sem esta anotação, não haveria a instrução do processo criminal contra a paciente.

A Relatora considerou reprovável a conduta da médica. Ao efetuar a anotação no documento restou configurada a ilicitude do mesmo em servir como prova em um processo criminal, pois, como bem ressaltado no voto, a atitude fere o princípio constitucional da intimidade além de afrontar a dignidade da pessoa humana. Lado outro, a Relatora ainda destacou que houve clara violação aos seguintes artigos: 154 do CP; art. 207 do CPP; 229, I do CC; 348, II e 406, II do CPC (BRASIL, 2018).

Assim, a obrigatoriedade do sigilo médico serve como forma de dar concretude ao princípio da proteção a intimidade além do direito constitucional à saúde. Cabe ressaltar que tal sigilo não é absoluto podendo ser desconsiderado em algumas situações, conforme prevê o art. 73 do Código de Ética Médica.

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Para o caso concreto, a Relatora entendeu não haver justa causa que motivasse a quebra do sigilo. Em momento algum a paciente apresentou a possibilidade de trazer dano a terceiros. O encaminhamento do documento contendo sua observação foi obtido somente em razão da atuação profissional da médica, portanto assim constitui prova ilícita.

Para fundamentar todo seu voto, a Relatora usou da Teoria dos Frutos da Árvore envenenada, adotada pelo STF a partir de 1996. Portanto, considerando ser o documento que embasou a persecução penal prova ilícita, também assim serão as demais produzidas posteriormente, pois afetadas estarão por um vício pré-existente, transmitida pela prova ilícita originária. Para tanto, aplica-se o disposto no art. 157, *caput* e § 1º, do CPP, que determinam o desentranhamento das provas ilícitas e daquelas derivadas delas, salvo se demonstrarem não haver nexo de causalidade entre si.

Por fim, a Relatora concluiu que toda documentação apresentada na denúncia estava eivada de ilicitude e, portanto, deve-se reconhecer que o procedimento que deu causa ao processo criminal não está em consonância com os ditames constitucionais e legais; que a ilicitude da prova originária corrompeu as derivadas e que, com a ineficácia constatada, não há que se falar em existência do fato descrito na denúncia, portanto, falta justa causa para a ação penal.

3.1.2 Apelação Cível nos autos nº 1017294-93.2017.8.26.0344, julgado pelo relator Maurício Fiorito.

Trata-se de recurso de apelação cível apresentado nos autos face a sentença que julgou improcedentes os pedidos autorais. No caso em questão, a autora, denunciada na esfera penal pelo crime de aborto ilegal, moveu face a Faculdade de Medicina de Marília – FAMEMA e outros três réus (médicos que a atenderam no dito hospital) ação de indenização por danos morais.

Alega ser devida a indenização face aos réus tendo em vista a quebra de sigilo médico que resultou em sua prisão em flagrante por suposto crime de aborto. Segundo narrado, devido a sintomas de mal estar a autora compareceu no hospital FAMEMA e foi atendida por médicos que, ao constatarem os tipos de sintomas e observarem que a autora estava grávida logo deduziram a ocorrência do crime de aborto e, portanto, comunicaram o fato a autoridade policial. Ao comparecerem ao local os policiais efetuaram o auto de prisão em flagrante sendo a paciente levada a delegacia. No dia

seguinte a autora foi solta por determinação judicial, entretanto sua história chegou ao conhecimento do jornal local que publicou matéria sobre o caso.

Na ação a defesa ressaltou a existência inequívoca da quebra de sigilo profissional dos médicos que atenderam a paciente ao revelar informações pessoais do atendimento médico à autoridade policial. Destacaram que o sigilo é dever do médico e este deve ser devidamente assegurado de forma a não incorrer no paciente constrangimentos como a instauração de processo penal. Entretanto, o juiz *a quo* fundamentou a improcedência alegando que sempre que houver o conflito entre o direito à vida e o sigilo de informações prestadas por médicos no exercício de sua profissão este último deve ceder espaço para o primeiro.

O Relator, entretanto, discordou concisamente da argumentação apresentada pelo juiz de 1º grau. Destacou em seu voto a importância do art. 73, “c” do Código de Ética Médica e que este proíbe o médico, expressamente, de revelar informações pessoais de paciente que possa leva-lo a ser investigado por suposta prática de crime. Ademais, concordou com a defesa quanto ao fato de que nos autos há prova inequívoca da comunicação das informações colhidas no atendimento da paciente à autoridade policial, pois, além das anotações, os médicos também depuseram como testemunhas do crime de aborto no auto de prisão em flagrante.

Em sequência, afirmou que a conduta dos médicos destoou do dever de sigilo profissional, pois até mesmo na matéria publicada pelo jornal local havia menção ao conteúdo do auto de prisão, ou seja, havia trechos de depoimentos dos profissionais de saúde. Assim, o Relator considerou tanto a conduta quanto as provas produzidas pelos médicos ilícitas sendo tal tese reforçada, ainda, pela questão de os depoimentos médicos terem sido considerados como prova em clara desconformidade com o dever de sigilo profissional.

Quanto ao alegado dano moral, o Relator justificou ser ele devido tendo em vista o Recurso Especial de nº 1.687860/SP julgado pelo STJ que reconheceu que, quando houver divulgação de informação médica por meio da quebra do sigilo profissional, o dano moral resta configurado. Ademais, asseverou que o entendimento que predomina no TJSP segue a direção de que a violação do dever de sigilo profissional pertence a modalidade de dano moral *in re ipsa*, portanto havendo a quebra do sigilo o dano moral encontra-se configurado, não havendo necessidade de se comprovar o abalo psicológico ou consequências físicas oriundas dele.

De forma sucinta, porém bem articulada, o Relator do recurso em questão demonstrou que o sigilo profissional pelo médico é dever assegurado por lei. Quanto a jurisprudência utilizada, o Relator Maurício Fiorito utilizou-se da ementa do acórdão proferido no Habeas Corpus analisado anteriormente (nº 2188896-03.2017.8.26.0000) o que permite afirmar que, apesar de recente e pouco discutido no âmbito do judiciário o tema da ilicitude das provas produzidas pelos profissionais de saúde tem relevância decisória e embasamento legislativo suficiente para suscitar a discussão.

Lado outro, o caso em análise é similar ao do acórdão analisado anteriormente e a tese de ilicitude das provas levantada por ambas defesas foram colhidas somente em segundo grau, o que demonstra que, apesar dos votos serem tão bem fundamentados e embasados em leis e entendimentos médicos bem enraizados, a questão ainda gera controvérsias. Independente de se tratar de um tema delicado à discussão no judiciário, até mesmo por que o tema aborto pouco é trabalhado e discutido de forma desvinculada de preceitos morais, as teses apresentadas pela defesa estão ganhando maior destaque e isso leva a maior visibilidade.

3.2 Jurisprudência desfavorável às teses em defesa das mulheres

3.2.1 Habeas corpus de nº 2188904-77.2017.8.26.0000, julgado pelo relator Diniz Fernando Ferreira Da Cruz.

O Habeas Corpus em análise foi impetrado face a ação penal de nº 0002400-66.2014.8.26.0302 que tramita em segredo de justiça. Nesta ação, a paciente foi denunciada por crime de aborto e presa em flagrante tendo sido, entretanto, arbitrada fiança no valor de R\$ 3.000,00 a qual restou paga. Nos fatos narrados, a paciente provocou aborto em si mesma após ingerir medicamento abortivo (não especificado com exatidão). Nos autos, restou comprovado que ela estava grávida de quatro meses e que o aborto foi em decorrência das cápsulas do remédio de propriedades abortivas.

Um dia após tomar o medicamento, a paciente sentiu fortes dores abdominais e foi encaminhada para a Santa Casa da Misericórdia onde, no banheiro do hospital, expeliu o feto. A paciente foi presa em flagrante delito.

As teses da defesa primaram pelo trancamento da ação penal tendo em vista a ilicitude das provas produzidas nos autos e da não materialidade delitiva além de suscitarem a questão da inconstitucionalidade do crime tipificado pelo art. 124 do CP. Segundo apontam (BRASIL, 2018, p. 8), as provas que embasaram a persecução

penal são o prontuário médico da paciente e as anotações do médico que a atendeu. Sua utilização viola não somente o sigilo funcional, mas também o direito constitucional à intimidade.

O Relator em questão denegou a ordem. Da fundamentação que baseou seu voto, o Relator (BRASIL, 2018, p. 10) informa que o habeas corpus não é o meio viável à produção e debate de provas. Sua finalidade é meramente remediar a ilegalidade flagrante. O trancamento requerido pelos impetrantes exige robusta demonstração de circunstâncias extintivas da punibilidade, ou seja, devem ser demonstrados que não há nos autos indício mínimo de autoria e prova da materialidade ou da atipicidade da conduta.

Assim, restou considerado que:

Contudo, nenhuma das raras ocorrências referidas nos julgados supracitados ocorre nestes autos. Pelo contrário, o requerimento consignado na impetração pretende antecipar matéria probatória, o que se revela inaceitável nos estreitos limites do presente writ. Ao revés, de acordo com a denúncia, há indícios de autoria e materialidade da prática do crime de aborto provocado pela gestante, através da ingestão voluntária de medicamento com propriedade abortiva (fls. 35/36). (BRASIL, 2018, p. 8).

Quanto a alegação de ilicitude das provas e sua conseqüente nulidade dos atos processuais posteriores, o Relator consignou que não houve ofensa ao direito à intimidade e nem “suposta violação do sigilo profissional em razão da apresentação de *notícia criminis* contra a paciente.” (BRASIL, 2018, p. 8). Os direitos aqui discutidos, continua o Relator em seu voto, não são absolutos, pois devem ser ponderados com relação as demais normas do ordenamento jurídico de forma a não prevalecer sobre o interesse público enquanto da apuração do fato tipicamente criminoso.

Ressalvada esta observação, alega que a paciente, ao ser interrogada na delegacia, “autorizou o fornecimento de cópias de seu prontuário médico para os fins de exame de corpo de delito (fls. 41).” (BRASIL, 2018, p. 9).

Portanto, concluiu que não houve qualquer espécie de ilegalidade ou abuso de poder.

3.2.2 Habeas corpus de nº 2188894-33.2017.8.26.0000, julgado pelo relator Ailton Vieira.

Consta da denúncia que a paciente, ingerindo por livre e espontânea vontade o medicamento CITOTEC, incorreu na prática do aborto. Devido a fortes dores e

sangramentos em decorrência do aborto auto provocado a paciente foi encaminhada para o hospital onde o médico responsável por ela, constatando os sintomas, a denunciou as autoridades policiais.

O d. Relator denegou a ordem do presente remédio não reconhecendo a ilicitude das provas produzidas pelo médico. Segundo ele (BRASIL, 2017, p. 35), não houve violação ao direito à intimidade pela violação do sigilo profissional quando o médico denunciou sua paciente às autoridades, pois:

não se pode, em nenhum caso, permitir que o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade privada (violação ao dever de sigilo médico) sirva como salvo conduto para impedir a exata apuração de um fato delituoso. (BRASIL, 2017, p. 35/36)

Ato continuo, reconhece que, apesar do dever de sigilo médico ser obrigatório pelo Código de Ética Médica e tipificado pelo art. 154, do Código Penal, ao presente caso tal dever não é absoluto. O Relator em questão cita os ensinamentos de Nelson Hungria e Konrad Hesse para embasar seu voto, respectivamente:

O dever de sigilo profissional não é absoluto. Depara toda uma série de exceções declaradas na lei, explícita ou implicitamente, ou imposta pela necessidade de defesa ou salvaguarda de interesse mais relevantes. Há deveres jurídicos que superam o dever de sigilo, do mesmo modo que há interesses jurídicos ou de alta importância moral com primazia sobre o direito ao segredo. Em tais casos, a violação deste funda-se em justa causa, excluída a ilicitude penal. (BRASIL, 2017 apud HUNGRIA, 1980)

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental. (BRASIL, 2017 apud HESSE, 1998).

Destaca, ainda, que “somente em um sentido de consciência profissional arraigado a preconceitos de classe já ultrapassados e de equivocada noção de ética médica” levaria alguém a considerar ilícita a prova decorrente de *notitia criminis* produzida por médico responsável pelo atendimento da paciente, ainda mais por se tratar de “fato criminoso de amplo conhecimento pela sociedade”. (BRASIL, 2017, p. 37)

[...] a deontologia médica não tem seus princípios feridos com a solução imposta pela ordem judicial, principalmente porque, no cotejo do bem jurídico particular tutelado e o superior interesse social, a proteção deste último deve

prevalecer, tanto mais que o primeiro, no caso, é disponível! (BRASIL, 2017, p. 37)

O Relator afirma que não há que se falar em quebra de confiança no profissional de saúde quando este revela segredos obtidos a partir do exercício de sua profissão, ainda mais em se tratando de um crime tipificado pelo Código Penal.

Apesar de ter reconhecido em seu voto que os preceitos do Código de Ética Médica possuem natureza de obediência obrigatória entre os médicos, deve-se ter em mente que a Resolução n 1.931/2009 elaborada pelo CFM, que determinando ser vedado ao médico denunciar paciente quando se encontra ciente que este praticou aborto ilegal, alega o Relator que este não prevalece sobre normas legais e jurídicas de maior relevância, pois estas tutelam interesses superiores da coletividade, especialmente aqueles pertencentes a Justiça Criminal.

Afirma, ainda, que o sigilo profissional deve ser relativizado em casos onde a mulher pratica o aborto em si mesma, pois, apesar do Código de Ética Médica ter previsão expressa no sentido de ser proibido a comunicação desta espécie de crime, o médico poderia, quando muito, ser responsabilizado tanto na esfera cível quanto administrativa pelo descumprimento de um dever ético.

A quatro e por derradeiro, porque a não comunicação do fato criminoso pelo médico poderia, em tese, significar que o tipo penal do favorecimento pessoal, previsto no art. 348, do Código Penal ("auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão"), estaria descriminalizado.

Assim, diante do exposto, também não me parece ser o caso de reconhecimento de ilicitude da prova, dado o fato de que a "notitia criminis" foi oriunda de comunicação de profissional da saúde, no caso, de um médico. (BRASIL, 2017, p. 41)

Quanto a tese da inexistência de lastro probatório mínimo da materialidade e autoria, o Relator afirma que, por se tratar de matéria própria de ação penal, somente a autoridade coautora poderia inferir da suficiência ou não das provas produzidas nos autos, sob pena de supressão de instancia e revolvimento probatório, o que se torna incompatível com o remédio impetrado em questão. O *habeas corpus* é remédio de garantia constitucional não podendo ser irrestritamente utilizado, pois possui "requisitos próprios viabilizadores da sua celeridade e da sua eficácia" (BRASIL, 2017, p. 43).

Por fim, denega a ordem sob todos os argumentos acima demonstrados e, em desfecho dramático, afirma que “nascemos para morrer, não para sermos mortos. Assassinados.” (BRASIL, 2017, p. 46/47)

3.3 Análise das decisões proferidas

Após exposição dos principais pontos que fomentaram as decisões acima, observa-se que em todos os quatro casos a denúncia somente ocorreu por interferência médica, ou seja, o profissional de saúde responsável por atender a mulher (paciente) forneceu as provas contra ela de forma a dar início a um processo criminal.

Quanto aos dois primeiros casos, em que houve acolhimento da alegação da defesa referente a ilicitude de provas produzidas por profissionais da saúde, nota-se que o posicionamento adotado por ambos Relatores é, porém, minoritário. Durante o voto proferido a Relatora do primeiro caso deixa claro que em momento algum houve motivação justa e necessária que levasse o documento comprovando a ocorrência do crime às mãos da autoridade policial.

O NUDEM, quando efetuou a análise dos casos disponibilizados pelo Tribunal, constatou que de fato na maioria das denúncias não foi possível observar ponto algum que se demandava justa causa para apresentação de documentos pelos médicos às autoridades policiais. O ponto, talvez, que demonstra por que tais documentos são aceitos pode se dar pela dificuldade em se trabalhar com o tema desvinculando-o de questões morais e religiosas, o que pesa bastante quando da análise do sopesamento de princípios – inviolabilidade à intimidade ou direito a vida. O brilhantismo do voto elaborado pela Relatora abre portas a análises antes não feitas e que podem servir de parâmetro para futuras decisões em casos de mesmo teor, o que restou comprovado no segundo caso.

Lado outro, no primeiro caso em que a ordem foi denegada, o Relator ressaltou que a paciente autorizou o uso do seu prontuário médico para dar prosseguimento ao processo criminal. Entretanto, conforme o princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, essa autorização deveria ser analisada com cautela. Em muitas situações, assim como demonstrados nas pesquisas apresentadas neste trabalho, por medo e falta de auxílio jurídico, é possível que as denunciadas tomem decisões claramente desfavorável a elas mesmas. Cada caso é um caso, conforme

expressão idiomática popular, e as análises devem ser feitas atentamente e pormenorizada, pois em ações criminais o direito constitucional à liberdade está em pauta e, portanto, não pode ser leviana as decisões judiciais proferidas.

Ainda dentro da questão que versa sobre a produção de provas contra si mesmo, ou seja, a auto incriminação narrada neste caso, vale destacar que ao autorizar a utilização do prontuário como prova nos autos a denunciada não praticou o ato de confissão, ou seja, não admitiu ter ela praticado conduta delitiva.

Segundo Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 446/447), a confissão é o ato de “admitir contra si [...], voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a pratica de algum fato criminoso.” Portanto, autorizar o uso do prontuário para servir de prova nos autos da persecução criminal não é o mesmo que admitir a autoria e materialidade do crime como, despretensiosamente, deixou a entender o Relator.

Insta salientar, ainda, que o objeto da confissão é a autoria do crime. Além da autoria, Baradó (2015, p. 447) afirma que tanto o próprio fato em si quanto o elemento subjetivo do tipo podem ser o objeto da confissão, porém tal regra não se aplica quanto a materialidade cuja vedação encontra-se no art. 158, *caput*, do CPP⁷.

Dito desta forma, não é possível encaixar a liberalidade disciplinada no art. 73, *caput*, do Código de Ética Médica, quanto a permissão de se utilizar documento médico protegido pelo sigilo profissional por meio do consentimento do paciente. Consentir no uso do prontuário não é o mesmo que associar a figura da paciente/denunciada com a figura da autoria delitiva, pois, em consonância com o entendimento de Baradó, a confissão é o resultado do interrogatório – quando realizado na esfera judicial – e não meio de prova, portanto o consentimento nada mais é do que o resultado, e não prova valorativa produzida.

Tendo sido o instituto mencionado, cabe aqui ser ele posicionado no cenário da problemática deste trabalho. Importante destacar, ainda conforme o ensinamento de Badaró (2015, p. 444), uma característica importante do interrogatório: trata-se de ato oral em que não deve ser visto e analisado como meio de prova, mas sim como ato de defesa, pois é neste momento em que o acusado pode tanto expor seu lado dos fatos quanto usufruir do direito ao silêncio, assegurado constitucionalmente pelo art.

⁷ “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

5º, LXIII. Portanto, o consentimento deve ser visto como uma tentativa de defesa não devendo ser admitida, nesta fase, que o denunciado ofereça provas contra si mesmo.

Ademais, mesmo sendo reduzido a termo o interrogatório, tal ato permanece sendo oral e, portanto, o consentimento de que fala o art. 73 do CEM não se configura plenamente visto que um elemento importante se encontra ausente: ato escrito.

Pelo fato de o processo tramitar em segredo de justiça, as informações colhidas sobre os autos são extremamente limitadas, portanto a discussão neste ponto elaborada gravita sobre o amago da presunção de fatos ocorridos, não sendo possível levantar em pauta a questão de erro do julgador quanto a fundamentação em seu voto.

O interessante em todos os casos foram as alegações de que as pacientes confessaram aos médicos que ingeriram remédio de efeito abortivo com o intuito de interromper a gravidez. Entretanto, para entender o cenário como um todo deve-se ter em mente que, quando um paciente procura o médico em decorrência de mal-estar, a intenção é melhorar e para que isso ocorra o profissional da saúde deve saber precisamente as possíveis causas para que possa dar um diagnóstico acertado e, assim, começar o tratamento. Considerando que aborto é um crime, muitas mulheres que tem efeitos colaterais decorrentes do uso dos métodos abortivos acabam tendo que confessar a prática para que possam ser atendidas. Do conhecimento obtido por meio dessa confissão o médico, baseado inteiramente naquilo que acredita dever fazer, fornece provas as autoridades policiais para que seja dado início um processo criminal.

Foi temendo situações desta natureza que o Código de Ética Médica determinou ser “dever” do profissional da saúde manter sigilo sobre as informações ali prestadas, podendo somente divulgá-las quando respeitados os requisitos do art. 73 do CEM.

Entretanto, nos dois casos em que a ordem foi denegado, foi possível observar uma certa tendência nos Relatores em desconsiderar todo normativo legal e dos códigos de ética profissionais que visa garantir o sigilo as informações prestadas em atendimento nos casos de auto abortamento. Cria-se, com isso, um infundado receio na comunidade médica de que, além de terem o poder-dever de fiscalizar a boa conduta dos pacientes caso assim não procedam podem acabar sofrendo duras sanções, sejam elas administrativas, cíveis ou penais, apesar de inúmeros estudos, normativos e dispositivos legais dizerem o contrário.

Tal situação é tão verídica que, no segundo caso de denegação da ordem, o Relator menciona que o médico poderia incorrer na prática do crime de favorecimento pessoal tipificado pelo art. 348 do CP⁸ caso não comunicasse a ocorrência do crime à autoridade policial.

É possível observar um posicionamento tendente à judicialização penal de comportamento sociais sem, contudo, se analisar questões mais profundas como a relação de confiança entre paciente e médico, e as implicações sociais que a aceitação destas denúncias podem acarretar para as milhares de mulheres que recorrem clandestinamente a estes métodos inseguros e perigosos.

No último caso, quando foi analisado a tese da defesa que alega falta de materialidade e autoria, o Relator sequer entrou no mérito deste ponto. Como justificativa, afirmou que a autoridade coatora é a que possui a melhor capacidade para inferir se as provas produzidas possuem o mínimo necessário para definir a autoria e materialidade do crime em questão. Informou ainda, que o remédio utilizado, *habeas corpus*, não serve para esse tipo de arguição. Porém, ocorre que, assim como decidido pelo STJ no RHC 55.701 e por entendimento doutrinário, o *habeas corpus* é um remédio constitucional cabível para realizar tal análise. Vejamos:

[...] é cabível *habeas corpus* preventivo mesmo no caso em que a ameaça de prisão constitua apenas um evento possível, no longo prazo, ainda que longínquo ou remoto. Justamente por isso é possível a utilização do *habeas corpus* em caso de qualquer nulidade processual, mesmo em fase inicial do feito, visto que poderá levar, futuramente, a uma condenação à pena privativa de liberdade ilegal. (BADARÓ, 2015, p. 904)

[...] a lesão à liberdade de locomoção deve ser entendida como concretizada não só quando efetiva, mas também quando haja fundado receio de que ela venha a ocorrer. Daí que a liberdade de locomoção é assegurada até mesmo em perspectiva, ou seja, a impetração do *habeas corpus* é admitida quando o inquérito ou o processo penal vise à apuração de delito que tenha cominação em abstrato, dentre suas penas previstas, de privação de liberdade. O *habeas corpus* pode se dirigir contra prisão ilegal, contra ameaça de prisão e contra inquérito, procedimento criminal ou processo penal cuja conclusão possa resultar em pena privativa de liberdade. (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 1581)

Para a problemática em questão, a utilização pela defesa do remédio constitucional em comento foi não somente uma escolha acertada como a única

⁸ “Art. 348 - Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão”

possível para os casos analisados. Por possuir natureza jurídica declaratória (art. 648, I do CPP⁹), o *habeas corpus* é o mecanismo ideal para reconhecer a falta de justa causa no fornecimento de informações sigilosas por profissionais da saúde.

Ademais, nos casos de auto aborto, por se tratar de crime material, é imprescindível a realização do exame de corpo de delito quando há constatação de sua ocorrência. Verifica-se, entretanto, que nos casos analisados, principalmente naqueles em que a ordem foi denegada, os i. Relatores não se detiveram para uma análise minuciosa quanto a realização de tal meio de prova. A fundamentação das decisões, portanto, foram embasadas quase unicamente nas provas produzidas nos autos das persecuções criminais, que foram fortemente declaradas ilícitas pela defesa.

O art. 564 do CPP¹⁰ determina em quais casos estará configurada uma nulidade processual. No caso do crime de aborto, a nulidade é declarada quando não há realização do exame de corpo de delito para aferição da materialidade e autoria do crime (inciso III, alínea “b”) e, diante tal nulidade, o *habeas corpus* se torna medida cabível a ser usada pela defesa.

Com relação à ressalva apresentada pelo dispositivo em questão, qual seja a do art. 167 do mesmo diploma legal, vale destacar que o próprio Código de Processo Penal, ao regulamentar a prova testemunhal, dispõe em seu art. 207 a proibição de se prestar testemunho a pessoa que, “em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo” das informações obtidas, salvo se a parte interessada permitir e assim quiserem proceder. Entretanto, como foi destacado pelos Relatores dos dois primeiros casos analisados, tal situação esbarra no tipo penal do art. 154 do CP, o que demonstra que mesmo se houver testemunho este por sua vez será questionável visto que pode ser tratado tanto como uma questão de nulidade processual quanto como a prática de um crime.

Assim, pela visão de Badaró (2015), o depoimento prestado pode ser considerado tanto prova ilegítima (por violar norma de direito processual) quanto prova ilícita (devido a violação de um direito material protegido constitucionalmente pelo art. 5º, X).

⁹ “Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal: I - quando não houver justa causa;”

¹⁰ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;”

Diante à análise feita, é possível concluir que os Relatores deveriam ter se dedicado a investigação das provas produzidas nos autos com o intuito de, ao final, averiguar se houve provas suficientes que determinam a paciente como autora do crime e que a prova material obtida é de fato do crime cometido por ela.

4 ENTENDIMENTO NO ÂMBITO MÉDICO QUANTO À QUESTÃO DO DEVER DE SIGILO EM CASOS DE ABORTO

O crime de aborto está tipificado nos art. 124 a 127 do Código Penal Brasileiro. Para os fins do presente trabalho devem ser observados apenas os dispostos nos art. 124 e 126, que tratam, respectivamente, do aborto autoprovocado ou que a gestante consinta para que terceiro assim provoque e aborto provocado com o consentimento da gestante.

Segundo Greco (2017, p. 239), a classificação doutrinária mais reconhecida para este crime é:

de mão própria quando realizado pela própria gestante (auto aborto), sendo comum nas demais hipóteses quanto ao sujeito ativo; considera-se próprio quanto ao sujeito passivo, pois somente o feto e a mulher grávida podem figurar nessa condição; pode ser comissivo ou omissivo (desde que a omissão seja imprópria); doloso; de dano; material; instantâneo de efeitos permanentes (caso ocorra a morte do feto, consumando o aborto); não transeunte; monossujeito; plurissubsistente; de forma livre.

Resumidamente, para o âmbito jurídico penal o aborto é a conduta de interrupção da gestação a qualquer tempo, antes de seu termo final, dolosamente causando a morte do feto. Assim, conforme se demonstra pelos artigos do CP/40 e pelo entendimento doutrinário, para o Direito o aborto criminoso não possui como determinante essencial a idade do feto, este apenas representa interesse para a medicina-legal.

O conceito de aborto, para a medicina, entretanto, significa a interrupção da gestação até a vigésima ou vigésima segunda semana de gravidez, desde que o feto, produto da concepção, pese menos que quinhentas gramas. (FRANÇA JUNIOR et al., 2015, p. 58). Portanto, observa-se que a medicina possui como maior foco de análise para o tema do aborto as semanas gestacionais e o peso do feto.

A CREMESP – Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, elaborou o caderno de Ética em Ginecologia e Obstetrícia de forma a auxiliar os profissionais da área da saúde que atuam em obstetrícia para que evitem a má prática da especialidade. O caderno em questão possui os seguintes conselhos para a formação do diagnóstico preciso em casos de aborto:

Evidentemente que para se firmar o diagnóstico de aborto provocado, deve o tocólogo se valer dos dados clínicos e de exame ginecológico minucioso, além de tentar obter informação correta da paciente. Algumas vezes, vê-se o

médico diante de uma situação em que o aborto foi provocado por métodos medicamentosos, porém, o exame clínico simula um abortamento espontâneo.

É mister saber se esta situação coloca a paciente em uma situação de risco de morte. Somente com uma boa interação e confiança na relação médico-paciente pode-se ter certeza do acesso a todas as informações necessárias e que, às vezes, são mascaradas pelo medo da paciente ser discriminada ou descuidada em seu tratamento ou, ainda pior, temor de ser denunciada à polícia, já que o aborto provocado teve o seu consentimento e ela poderá responder criminalmente. (CRISTIÃO FERNANDO ROSAS, 2004, p. 45, grifo nosso)

Assim, resta claro que a situação da mulher é delicada e merece total atenção do profissional de saúde sem que este, baseando-se em suas íntimas convicções, determine culpa jurídica penal a mulher no lugar do devido processo legal.

4.2 Dever de sigilo médico: legislação e aspectos pertinentes ao tema

O sigilo médico não é um direito do médico, mas sim um dever que este tem com o paciente a fim de permitir melhor interação na relação médico-paciente visando uma confidencialidade que resulta em um tratamento eficaz. Este dever protege o paciente no sentido de preservar aspectos inerentes a sua intimidade, evitando que esta seja erroneamente exposta.

Villas-Boas (2015, p. 1) ressalta a necessidade de se recordar que o paciente que expõe sua intimidade e segredos para o médico assim o faz não por escolha, exclusivamente, mas por necessidade. O profissional em questão se torna guardião daquelas informações devendo manter sigilo até mesmo de seus colegas profissionais da saúde, salvo com expressa autorização do paciente. Assim, observa-se que o sigilo somente existe em face de terceiros, “não devendo ser usado contra o próprio paciente, a quem se referem os dados pessoais envolvidos” (VILLAS-BÔAS, 2015, p. 515).

Considerando o sigilo médico como um dever, deve-se ter em mente aqui que se trata de um dever legal, respaldado e disciplinado em lei. No âmbito internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XII, há a previsão de proteção a intimidade¹¹, já o Código Internacional de Ética Médica de 1949,

¹¹ “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”;

determina que o médico tem o dever de manter segredo absoluto sobre tudo o que sabe do paciente tendo-se em vista a confiança que este deposita naquele¹².

Já no âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 assegura em seu texto, no art. 5º, X, que o direito a intimidade é inviolável sendo garantido o direito de indenização quando ocorre sua violação¹³. Havendo a violação, o Código Penal prevê, em seu art. 154, pena de detenção de três meses a um ano àquele profissional que, em virtude de sua profissão, tenha revelado sem justa causa segredo protegido pelo sigilo funcional¹⁴. Villas-Bôas (2015, p. 518) afirma que jurisprudencialmente, já se firmou o entendimento de que esse “dispositivo abarca, inclusive, a conduta do médico que atende paciente com histórico de abortamento provocado e que está, dessa forma, desobrigado de notificar o delito”.

Lado outro, o Código de Processo Penal, em seu art. 207, determina que as pessoas que detêm segredos oriundos de seu exercício profissional são proibidas de depor, salvo se desobrigadas pela parte interessada¹⁵. Reforçando este entendimento da esfera penal, o Código de Processo Civil, no art. 388, inciso II, determina que ninguém será obrigado a depor sobre fatos de que só venha a saber em razão da profissão e que desta deva guardar sigilo¹⁶.

As profissões da área da saúde são, geralmente, regulamentadas por códigos elaborados pelos respectivos conselhos federais. O Código de Ética dos profissionais de enfermagem, por exemplo, estabelece, em seu art. 29, ser dever do médico manter

¹² “Respeite o direito do paciente à confidencialidade. É ético divulgar informações confidenciais quando o paciente der seu consentimento ou quando houver uma ameaça real e iminente de danos ao paciente ou a outros e essa ameaça só pode ser eliminada com a violação do sigilo.” (tradução nossa). “respetar el derecho del paciente a la confidencialidad. Es ético revelar información confidencial cuando el paciente otorga su consentimiento o cuando existe una amenaza real e inminente de daño para el paciente u otros y esta amenaza sólo puede eliminarse con la violación del secreto.” (versão original);

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”;

¹⁴ “Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis”

¹⁵ “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

¹⁶ “Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;”

sigilo sobre as informações obtidas pelo exercício da profissão. Os Códigos de Ética dos profissionais de fisioterapia e dos assistentes sociais determinam em seus art. 7º, inciso VIII, e art. 15 e 17, respectivamente, a mesma determinação que o código anterior, a diferença de que o Código do assistente social reconhece o sigilo médico como um direito (art. 15) e como dever (art. 17), simultaneamente.

Portanto, resta claro que o sigilo profissional no âmbito da saúde é um tema altamente trabalhado em aspectos científicos e legislativos. Entretanto, conforme observado por Villas-Bôas (2015, p. 514), apesar de ser um preceito tão trabalhado e antigo, presente até mesmo no Juramento de Hipócrates, o dever em comento é um “dos compromissos éticos mais desrespeitados no dia a dia das unidades hospitalares e sanitárias”. Conforme observado nos dados colhidos pelas jurisprudências anteriormente analisadas e nos dados apontados pelas pesquisas, a observação se torna extremamente pertinente.

4.3 Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina – CFM, atentando-se para o que dispõe os princípios constitucionais inseridos no art. 5º, inciso X, publicou no Diário Oficial da União, em 29/09/2000, a Resolução de nº 1.605.

A Resolução 1.605/2000 define as condutas que o médico deve ter quando atende um paciente, especificamente aquelas atinentes as informações obtidas nestes atendimentos.

Através de uma série de considerações, o CFM elaborou a Resolução como uma resposta a alta frequência com que as autoridades judiciais, policiais e do Ministério Público, requisitavam prontuários médicos e fichas médicas de paciente. Ressalte-se que o dever legal de sigilo médico se restringe à ocorrência de doenças de comunicação obrigatória, conforme art. 269 do Código Penal, “ou à ocorrência de crime de ação penal pública incondicionada, cuja comunicação não exponha o paciente a procedimento criminal” (art. 66, incisos I e II da Lei de Contravenções Penais” (CFM, 2000).

Considerando este ponto, o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 CP) é um crime de ação penal pública incondicionada cujo Ministério Público é o responsável por promover a denúncia, não cabendo representação de ninguém. Portanto, apesar da ressalva de que o sigilo médico é

relativo neste tipo de crime, atentar-se-á para a parte final o art. 66, II da Lei 3.688, que esclarece ser o dever afastado somente quando a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.

O art. 3º da Resolução 1.605 determina que, para as investigações em que há suposto cometimento de um crime, o médico está impedido de fornecer informações sigilosas do paciente que possam expô-lo a um processo criminal. Dado as análises realizadas neste trabalho, o artigo em questão é um dos mais violados da Resolução. Os médicos são, na maioria das vezes, responsáveis pelo fornecimento de provas e informações que embasam toda a persecução criminal contra as mulheres que incorrem na prática do crime do art. 124 do CP.

O art. 6º informa que o médico somente poderá fornecer cópia da ficha ou prontuário médico quando o paciente assim solicitar ou o Conselho Federal ou Regional de Medicina assim requisitar. A formalidade presente visa assegurar proteção significativa dos dados dos pacientes. Na fase de instrução do processo criminal, determina o art. 4º que quando houver requisição dos documentos de prontuário ou ficha médica pela autoridade judicial o médico somente poderá fornecê-los para o perito judicial nomeado, não podendo permitir que terceiros tenham acesso a documentação de caráter sigiloso.

Quanto ao Código de Ética Médica, elaborado pelo CFM, o sigilo profissional encontra-se entre os art. 73 a 79, no capítulo IX. O art. 73, em conformidade com as demais normas legais nacionais e internacionais e com a Resolução 1.605/00, estabelece que o médico é proibido de revelar informação que tenha tido acesso através do exercício de sua profissão salvo se por motivo justo, dever legal ou consentimento expresso do paciente.

Nos casos de crime de aborto, portanto, não cabe ao médico ser responsável por informar a autoridade competente da prática do delito nem deve ele fornecer qualquer espécie de documento que auxilie o processo criminal a dar prosseguimento. O médico tem o dever de atender a paciente com os tratamentos ideais para cada caso e manter consigo as informações ali obtidas, sem divulgá-las a terceiros sejam esses parentes da paciente ou outros profissionais da saúde salvo se, neste último caso, houver necessidade médica para tanto.

4.4 Conselho Regional de Medicina – Estado de São Paulo

Os Conselhos Regionais de Medicina têm o costume de emitir pareceres e consultas como forma de determinar comportamento em situações específicas a que os médicos devam se ater. Não somente isso, os pareceres visam, também, elucidar dúvidas que possam surgir aos profissionais no decorrer da prática de suas funções.

Através de uma análise cronológica é possível estabelecer os diferentes entendimentos dos Conselhos acerca do aborto provocado e como estes evoluíram e se modificaram com o tempo.

O Conselho Regional de Medicina de São Paulo, por meio da consulta nº 5.849/91 respondido pelo Relator Conselheiro Nelson da Cruz Santos, foi elaborado devido a uma solicitação de parecer do CREMESP sobre a frequência com que pacientes com diagnóstico de abortamento provocado por uso do CYTOTEC aparecem no serviço de ginecologia e obstetrícia do hospital. (CREMESP, 1991, p. 01).

Em resposta, o parecer informou que o médico deve atender todo paciente que o procura. Nos casos de aborto provocado, as pacientes costumam apresentar sangramento quando comparecem a unidade hospitalar de atendimento, “com a presença de restos ovulares na cavidade uterina, o que coloca em risco a vida das mesmas”. Assim, não cabe ao médico atitude outra que não “a de prestar assistência às mesmas, evitando que o estado geral se agrave” (CREMESP, 1991, p. 1). Ademais, informa que, quanto ao uso do medicamento de efeitos abortivos citado, seu uso abusivo e sem receita médica deverá ser oficiado às autoridades.

A Consulta nº 24.292/00, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, discorreu sobre o “segredo médico diante de uma situação de aborto”. O Relator responsável pela consulta, Conselheiro Cristiano Fernando Rosas, emitiu o segundo parecer:

Ementa: Diante de um abortamento, seja ele natural ou provocado, não pode o médico comunicar o fato à autoridade policial ou mesmo judicial, em razão de estar diante de uma situação típica de segredo médico.

O presente parecer, foi formulado por solicitação do Ilmo Dr. N.J.J., meritíssimo Juiz de Direito, que solicita informação sobre:

‘Qual o procedimento de atuação do médico ao examinar mulher grávida e apurar situação de abortamento, de modo a saber se aquele ato é natural ou provocado por outrem, bem como se há ou não determinação em ser o fato

natural ou não, comunicado à autoridade policial, quer pelo médico, como pelo Hospital, a fim de instruir os autos supra.’(CREMESP, 2000, p. 1)

Delineando um cenário comum, o Relator esclarece que, independentemente de ser o aborto espontâneo ou provocado, para que haja uma boa interação e confiança entre o médico e o paciente deve este fornecer todas as informações necessárias para que àquele possa providenciar o melhor tratamento. A ocultação de informações são, muita das vezes, “mascaradas pelo medo da paciente em ser discriminada ou descuidada no seu tratamento ou ainda pior, ser denunciada na polícia (...)” (CREMESP, 2000, p. 2).

Considerando ser a consulta o instrumento utilizado pelo CRMSP para responder as indagações de um juiz, alguns apontamentos médicos legais foram feitos. O segredo médico foi trabalhado como um dever cujas exceções somente podem ocorrer em três casos: dever legal, justa causa ou com autorização expressa da paciente.

Tais situações não se aplicam ao caso do aborto provocado. Ilustrativamente, o relator informou que o dever legal ocorre em situações que a lei assim disser, como, por exemplo, a necessidade do atestado de óbito, notificação compulsória de doenças entre outros. A justa causa, por sua vez, refere-se a um ato excepcional cujo interesse é coletivo, ou seja, a razão de agir é relevante ou figura como estado de necessidade. A exemplo desta modalidade, o Relator ilustrou uma situação em que um paciente portador de doença contagiosa e incurável se recusa a informar aos profissionais da saúde sua condição, como forma de prejudicar terceiros.

Ademais, em consonância com Consulta nº 6.823/91 feita pelo mesmo conselho, o Relator elucida que o médico, nos casos de aborto provocado, não pode revelar o fato as autoridades policiais visto que a paciente seria submetida a procedimento criminal.

Um esclarecimento prestado pelo Relator acerca das consequências do aborto provocado demonstra o motivo por trás de tal posicionamento. Segundo alegado, quando o aborto provocado utiliza métodos não apropriados ou quando é realizado em “condições de risco sem as devidas condições e cuidados de assepsia e antisepsia como uso de sondas, agulhas de tricô, etc”, o quadro da paciente pode facilmente evoluir para uma septicemia acarretando em falência de múltiplos órgãos devido a uma infecção uterina grave. Esse cenário extremamente grave ocorre quando intervenções “médicas e/ou cirúrgicas não forem adotadas tempestivamente,

a evolução para o óbito materno é uma consequência provável” (CREMESP, 2000, p. 2).

Portanto, resta claro que a interação médico-paciente nestes casos deve ser a mais séria possível, devendo o médico manter sigilo das informações prestadas pela paciente pois só assim um diagnóstico preciso pode ser feito e medidas certas podem ser tomadas.

Em linha semelhante de entendimento, o mesmo Conselho publicou, em 2016, a Consulta nº 151.842. A consulta foi solicitada para responder as seguintes indagações:

1) A objeção de consciência pode ser alegada em caso de aborto legal? Em todos os casos? Se sim, como deve proceder o profissional? Caso não tenha outro profissional que atenda a demanda no mesmo equipamento, a objeção ainda é possível? Em caso de não haver outro profissional no município? Há um tempo médio para a mulher ser atendida por esse outro profissional, considerando que a demora pode aumentar os riscos do mesmo? Há possibilidade de objeção de consciência coletiva, por hospital ou equipamento?

2) Há orientação por parte desse Conselho para que os médicos sigam as Normas Técnicas do Ministério da Saúde, como protocolos de atendimento, não exigência de Boletim de Ocorrência nos casos de gravidez decorrente de estupro? Se sim, há um número de orientação? É publicada? Pode ser disponibilizada?

3) Em casos de atendimentos de mulheres que supostamente praticaram aborto inseguro, ou ilegal, é quebra de dever ético de sigilo denunciar às autoridades policiais? E em caso de depoimento na delegacia de polícia ou juízo, como deve proceder o profissional? Em caso de violação desse dever, se for uma falta conduta, há um canal de denúncia dos profissionais?(CREMESP, 2016, p. 1)

O parecer foi solicitado pelo NUDEM, devido as conferências realizadas pelo órgão em que a pauta da descriminalização do aborto fora repetidamente levada a discussão.

Quanto a primeira indagação, os Relatores informaram estar a objeção de consciência prevista no Capítulo II, IX do Código de Ética Médica e que este isenta de responsabilidades o médico que se recusar a dar seguimento a procedimentos médicos que sejam contrários aos ditames de sua consciência. Entretanto, tal direito dos profissionais da saúde não é absoluto. Segundo apontam, em estudo realizado pela FEBRASGO, 43% dos médicos responsáveis pelo procedimento de aborto seguro se declararam objetores a realização do procedimento, “mas em situações diferentes, como por exemplo diante de um aborto legal por estupro desconfiavam da

palavra da mulher” (CREMESP, 2016, p. 3) ao ponto de requer que fossem produzidas provas sequer exigidas por lei.

Fundamentando o parecer, os Relatores utilizam a tese do bioeticista Wicclais e seus três parâmetros para o exercício do direito a objeção de consciência: a objeção não pode impedir a implementação de serviços; não pode impedir o acesso a um direito legal à saúde e nem ser atitude discriminatória; não pode impedir que outros estejam dispostos a cumprir a lei. Assim, para poder ser um objetor o médico deve garantir que a paciente seja devidamente atendida por outro profissional ou encaminhada a outra unidade médica que lhe assegurará a realização do procedimento. Considerando ser tal direito de objeção de consciência um exercício de ser consciente, não pode o hospital ou instituições alegarem objeção, portanto tal direito a eles não são aplicados.

Ao último ponto, o parecer aponta a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, de 2005, como parâmetro para o médico atuar em casos de aborto. A Norma afirma não ser permitida a alegada objeção de consciência quando: a gestação demonstrar risco de vida para a mulher; em todas as situações permitidas legalmente; quando há ausência de médico que possa realizar o procedimento abortivo e a mulher possa vir a ter complicações à sua saúde em razão da omissão médica; nos atendimentos em que há complicações originadas do abortamento inseguro, pois tais situações são casos de urgência.

Em breve resposta para a segunda indagação, os Relatores informam que o assunto já foi amplamente abordado e discutido pelo Parecer Consulta nº 135.840/2008. Este parecer esclarece que é direito da mulher ter acesso ao abortamento seguro nos casos permitidos pela Lei Penal reforçando o entendimento de que não há qualquer espécie de previsão legal que exija autorização judicial, Boletim de Ocorrência policial ou Laudo de Corpo de Delito pelo IML para a realização do aborto humanitário. Pela sua natureza, basta a palavra da mulher para sua realização.

Por fim, esclarece os Relatores que a última pergunta foi exaustivamente abordada no Parecer Consulta nº 24.292/2000, já explanado pelo presente trabalho.

Ao fim, informaram os Relatores que os Conselhos de Medicina, como órgãos fiscalizadores da prática médica, são competentes para receber “em qualquer de suas Delegacias ou na Sede Central qualquer questionamento sobre atendimento médico

ou denuncia de má prática por parte de qualquer profissional.” (CREMESP, 2016, p. 8).

Conforme de depreende da análise dos pareceres acima elaborados pelo Conselho de Medicina de São Paulo, observa-se que o entendimento pela manutenção do sigilo profissional face situação que envolva a prática do aborto ilegal é contundente e constantemente trabalhada. Por três décadas o referido Conselho defendeu o mesmo posicionamento, orientando os profissionais da saúde a atuarem em prol da saúde de seus pacientes evitando, com isso, consequências desastrosas para os pacientes.

4.5 Responsabilização pela conduta médica: em qual âmbito pode ser aplicada?

A lei 3.268/57 reconhece em seu art. 1º que tanto o Conselho Federal quanto os Conselhos Regionais de Medicina são autarquias e, portanto, possuem personalidade jurídica de direito público.

No art. 15 da referida lei encontram-se definidas algumas atribuições dos Conselhos sendo que, para a presente análise, os pontos mais importantes que merecem destaque são aqueles presentes nas alíneas “c” e “d”. O primeiro afirma ser atribuição do Conselho a fiscalização do exercício da profissão médica enquanto que o segundo determina que cabe aos Conselhos “conhecer, apreciar e decidir sobre os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem”.

Lado outro, o art. 24, IV, disciplina que compete a assembleia geral dos conselhos deliberar sobre questões e consultas que sejam submetidas a sua apreciação para serem decididas pelo Conselho ou pela Diretoria, ou seja, quando questionados sobre determinada situação devem eles resolverem a questão baseando-se no entendimento predominante do órgão.

Portanto, colocando os dispositivos em consonância, é possível concluir que o Conselho de Medicina, seja ele Federal ou Regional/Estadual, possui autonomia para fiscalizar a boa prática da profissão além de responder ou decidir questões que inferem diretamente nessa prática a fim de melhorar a qualidade dos atendimentos médicos. Assim, os casos concretos que são levados perante o Conselhos para apreciação devem ser decididos em observância à ética profissional podendo impor penalidades caso a conclusão obtida seja de quebra/violação da ética.

O art. 21 da supracitada lei determina ainda que o “poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos compete exclusivamente ao Conselho Regional, em que estavam escritos ao tempo do fato punível”. Com relação as penas passíveis de serem aplicadas, o art. 22 possui a seguinte redação:

Art. 22. As penas disciplinares aplicáveis pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes:
a) advertência confidencial em aviso reservado;
b) censura confidencial em aviso reservado;
c) censura pública em publicação oficial;
d) suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias;
e) cassação do exercício profissional, ad referendum do Conselho Federal.

Nos casos anteriormente analisados, restou claro que o médico, ao violar entendimento ético elaborado pelos Conselhos, pratica fato punível pelo âmbito administrativo. A parte prejudicada pode entrar com processo administrativo disciplinar perante o Conselho requerendo que seja feita uma análise da conduta do médico apurando se este incorreu em ilícito administrativo ou não. Caso o Conselho reconheça o ilícito, será aplicado ao profissional pena proporcional e razoável a conduta praticada.

No Estado de São Paulo, a questão da não denúncia da paciente à autoridade policial em casos de aborto ilícito é entendimento trabalhado à décadas, assim como já demonstrados pelas inúmeras consultas e pareceres elaborados no decorrer dos anos. Portanto, incontestável é o posicionamento adotado pelo Conselho do referido Estado sobre qual conduta deve ser adotada pelo médico. Vale destaque que, caso seja o profissional condenado na esfera administrativa não há óbice para aplicação ou não de possível condenação no âmbito civil, podendo ambas condenações serem cumulativas visto a independência que há entre si.

Ato contínuo, no ponto de vista penal a conduta médica pode ser enquadrada no tipo penal do art. 154 que define a violação de segredo profissional como conduta de “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. O presente trabalhou já realizou análises das diversas ramificações da conduta médica ao denunciar uma paciente que foi atendida em virtude da prática de um aborto clandestino e, como restou demonstrado, a perspectiva de ser denunciada faz com que cada vez mais mulheres não procurem atendimento até ser tarde demais quando correm real risco de vir a falecer. As consultas e pareceres proferidos pelo Conselho

Regional de São Paulo e analisados pelo presente trabalho demonstram concordância no que diz respeito a maneira como devem ser tratadas tais pacientes. A justificativa para tanto baseia-se na questão da confiança que deve haver na relação médico-paciente e, portanto, deve servir de parâmetro para o julgador.

Caso a mulher resolva recorrer ao âmbito penal para responsabilizar o médico que lhe denunciou quando não devia e se nesta ação vier a ser proferida pena condenatória, a responsabilização no âmbito administrativo deve ser dada como certa visto que há comprovação da prática de conduta ilícita. Ou seja, a condenação do médico no âmbito penal possui reflexos diretos no âmbito administrativo devendo as decisões proferidas serem alinhadas, não possuindo independência uma da outra.

Ademais, quanto a esfera cível, a parte prejudicada pode pleitear ação de indenização por danos morais visto que o direito a imagem, intimidade, honra e dignidade humana da mulher ficam violados com a conduta do médico.

5 O PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, deixa cristalina a ideia de que é inadmissível existir, no decorrer de um processo, provas obtidas por meios ilícitos. Portanto, o que se infere é que a CF/88 está vedando provas produzidas por meios que contrariem, material ou formalmente, normas legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Em consonância com o dispositivo constitucional, a reforma do Código de Processo Penal, em 2008, deu a seguinte redação ao art. 157:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São **também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, **esta será inutilizada por decisão judicial**, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

§ 5º **O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (grifo nosso)**

Como é possível inferir da leitura do artigo supratranscrito, a prova obtida por meio ilícito não é admitida no processo penal brasileiro. Atuando com cautela, o legislador se assegurou de ressaltar a importância de não ser tais provas utilizadas durante o trâmite da persecução criminal.

O §1º do referido artigo, fazendo referência à teoria dos frutos da árvore envenenada – *the fruits of the poisonous tree*, determina ser inadmissível as provas lícitas que, apesar de assim o serem, decorrem da prova ilícitamente produzida. Rangel Junior (2007, *apud* PACELLI, 2006), afirma que tal posicionamento nada mais é do que “simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas”. Segundo o autor, caso não houvesse tal entendimento o que ocorreria seria a transformação da ilicitude da prova em lícita devido a obtenção de novas provas, ou seja, obtendo-se novas provas haveria a legalização da primeira.

Observa-se que a segunda parte do parágrafo ora em discussão afirma que a prova por derivação é somente aquela que apresenta um nexo de causalidade com a

obtida ilicitamente. Caso não haja tal nexa ou que tenha ela sido obtida por meio independente das demais (§2º), será ela considerada lícita.

O §5º, adicionado por meio da lei nº 13.964/2019, traz importante ponto trabalhado pelo legislador. A referida Lei, também conhecida como Pacote Anticrime, cuja finalidade visa implementar modificações pontuais tanto na legislação penal quanto na processual penal, com o intuito de endurecer o combate ao crime e aperfeiçoar as normas penais brasileiras. A figura do “juiz de garantias”, implementada pela lei em comento, trouxe inúmeras discussões ao âmbito jurídico ao determinar que este “juiz” deve exercer o controle da investigação criminal. O parágrafo em comento é um reflexo dessa ideologia.

Ato contínuo, tal situação surgiu sob a premissa de que o juiz atuante na fase preliminar da processo penal, logo após o oferecimento da denúncia e o aceite desta, por possuir contato relevante com elementos de investigação acaba por deixar sua imparcialidade ser afetada pelas questões suscitadas na investigação, assim, de forma a evitar tal cenário, a Lei propõe a existência de dois juizes: um para atuar na fase inicial da persecução penal, prezando pela garantia dos direitos fundamentais durante o inquérito policial; e o segundo, responsável por julgar a causa, abarcando, neste ponto, a instrução judicial e a prolação da sentença.

O §5º nada mais é do que tal ideia legislada, tendo em vista que quando o juiz toma ciência da prova ilícita, mesmo que ele determine seu desentranhamento dos autos, o conteúdo da prova ainda permeará seu conhecimento podendo, mesmo que inconscientemente, influenciar seu julgamento da causa.

5.1 Inadmissibilidade da prova ilícita e da prova ilícita por derivação

Como visto, o motivo pelo qual o ordenamento jurídico brasileiro veda a utilização no processo penal de provas obtidas por meios ilícitos tem como ideia central a proteção de direitos e garantias individuais, principalmente os direitos fundamentais, bem como preza pela qualidade material das provas inseridas no processo (LIMA, 2019).

Doutrinariamente, Badaró (2015) ensina que as provas ilegais são o gênero do qual se subdividem duas espécies: as provas ilegais e as ilícitas sendo aquelas produzidas quando há violação de normas processuais e estas, quando há violação de norma de direito material ou garantias constitucionais. Com a redação do art. 5º,

inciso LVI da CF/88, criou-se uma ponte entre os planos do direito material e processual na qual a determinação da “inadmissibilidade” é uma ‘sanção’ processual, para uma violação de regra material” (BADARÓ, 2015). Portanto, ocorrendo a violação da regra material (divulgação de informação resguardado por dever de sigilo profissional) será a ela aplicada tanto a sanção de direito material (crime previsto no art. 154 do CP) quanto a de direito processual (inadmissibilidade da prova em questão).

Segundo Badaró (2015), o momento de ocorrência do vício da prova ilícita se dá, normalmente, quando de sua obtenção, ou seja, “durante a execução do meio de obtenção de prova”, meio este instrumental para a colheita das fontes ou elementos de provas. Entretanto, a prova ilícita pode se originar no próprio processo, durante a instrução probatória processual. Assim, pela ótica do problema analisado no trabalho em questão, os documentos produzidos pelos profissionais da saúde que informam sobre a ocorrência do aborto ilegal somente serão revestidos de ilicitude se juntado aos autos como provas.

Quando o art. 157, *caput*, do CPP e o art. 5º, LVI da CF/88 diz “são inadmissíveis [as provas ilícitas]”, referem-se à momento anterior à juntada de tais provas nos autos. Contudo, conforme já demonstrado neste trabalho, na maioria dos casos o conhecimento da ilicitude se dá após a juntada da prova no processo o que leva, então, a aplicação da “sanção” processual, qual seja, o desentranhamento. Afirma Badaró (2015) que, “do ponto de vista da dinâmica procedimental, sob o aspecto cronológico da imposição da sanção, não haverá diferença prática entre o **desentranhamento** (e não a inadmissibilidade) e a **nulidade**”.

Diante o vício de ilicitude de determinadas provas, estas não poderão ser valoradas pelo juiz, pois sequer deveriam constar no processo para embasamento persecutório.

Lado outro, em que pese a reforma do Código de Processo Penal implantada pela lei nº 11.690/2008 disciplinar a questão da ilicitude por derivação, antes dela ocorrer não havia disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro que disciplinasse tal matéria. O que ocorria, e até mesmo à época tal posicionamento era minoritário, era uma interpretação literal do art. 5º, LVI da Constituição Federal que, basicamente, apenas veda de forma expressa a admissibilidade das provas ilícitas, não dispondo sobre as derivadas delas.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2017) afirmam que os doutrinadores que seguiam o posicionamento retro mencionado, em especial Paulo Rangel, acreditavam na não existência do nexo necessário que levaria às provas derivadas das ilícitas a serem contaminadas, portanto a ilicitude da prova originária seria afastada quanto as derivadas. Concluindo, a prova derivada seria lícita, “pois onde a lei (Constituição) não distinguia, não caberia ao intérprete distinguir, haja vista que a Constituição não referiu à prova derivada” (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

Com o advento da reforma de 2008, os entendimentos doutrinários se convergiram para o único lado possível no qual concluía-se pela ilicitude das provas derivadas de uma originária ilícita. Assim, fugindo de uma rigidez interpretativa quanto a esta questão, houve enfim o direcionamento do foco para os desastres processuais que porventura poderiam ocorrer no uso de tais provas derivadas. Com efeito, Távora e Alencar (2017) ensinam que:

[...] limitamo-nos a dizer que com a adoção da referida teoria, se a contaminação probatória for ampla, faltará verdadeira justa causa para a deflagração da ação penal, de sorte que a inicial acusatória deve ser rejeitada caso os elementos informadores sejam contaminados pela extensão da prova ilícita, com arrimo no art. 395 do CPP. Deflagrado o processo, e faltando-lhe lastro probatório mínimo, pois o coligido está contaminado, o remédio é o *habeas corpus*, com o fito de trancar o procedimento iniciado.

Vale destacar, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo, diferentemente do que ocorreu com os EUA, o uso de provas ilícitas no princípio “in dubio pro reo”, ou seja, admite-se tais provas “sempre que invocar defesa indispensável ao acusado, não podendo produzir elementos incriminadores” (LIMA, 2019).

A situação acima é possível utilizando-se o princípio da proporcionalidade. Segundo Rangel Júnior (2007), “colocando na balança a liberdade do indivíduo e a atividade persecutória do Estado, a primeira deve prevalecer”, assim, é possível observar certa mitigação na inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas no processo penal. Quando aceitas, o que se preza é o direito de defesa do réu tendo em vista que “o sujeito estaria em situação de verdadeiro estado de necessidade, causa excludente da antijuridicidade” (RANGEL JUNIOR, 2007).

A teoria da prova ilícita por derivação, entretanto, não é absoluta. Na formulação da teoria “*the fruits of the poisonous tree*”, pela doutrina norte americana, houve a elaboração de três exceções à vedação da prova ilícita por derivação, quais

sejam: “ (1) *attenuation of the taint* (2) *independent source* e (3) *inevitable Discovery*” (BADARÓ, 2015).

O legislador quando realizou a reforma do CPP transformou a exceção “*attenuation of the taint*”, da teoria norte americana, em lei conforme de depreende do final o parágrafo 1º e parágrafo 2º do art. 157. Esse acréscimo foi muito bem vindo, pois unificou entendimentos doutrinários e validou o entendimento jurisprudencial que vinha demonstrando forte tendência a adoção da vedação à prova ilícita derivada.

Lado outro, Badaró (2015) tece fortes críticas a forma como se deu a redação dos parágrafos inseridos pela reforma. Segundo o autor, quanto a primeira exceção (§ 1º) – não evidenciação do nexos causal entre as provas – destaca ele não se tratar de uma ressalva à regra principal, mas sim de uma situação em que não há ocorrência dela. Ou seja, se não há nexos causal entre a prova ilícita e a que se diz “derivada” dela logo não há que se falar em derivação tratando-se, pois, de uma prova independente. Nesse sentido, Badaró (2015) critica afirmando que tal “hipótese, portanto, é dispensável e desnecessária”.

Quanto ao § 2º, afirma ser a redação deveras infeliz:

A regra geral, pretendendo definir a fonte independente, parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas

Entretanto, mesmo diante de críticas, o legislador acertou ao legislar sobre a matéria, pois ofertou maior segurança jurídica às partes evitando, assim, que cada julgador proferisse decisões divergentes sobre situações semelhantes quanto a matéria trabalhada pelo artigo.

Por fim, resta claro ser possível a utilização da teoria da vedação à provas ilícitas e suas derivadas nos casos em que a autoridade policial só tem ciência da ocorrência do crime de aborto por informação prestada pelo médico que obteve as provas no exercício de sua profissão.

A violação de sigilo profissional, crime tipificado pelo art. 325 do Código Penal, ocorre quando um indivíduo, em razão de sua profissão, tem ciência de fato cujo segredo deve manter. Também incorre nas penas deste crime quando tal indivíduo facilita a revelação do segredo. Como bem visto, é de entendimento dos Conselhos de Medicina, Federal e Estadual, que em casos de aborto criminoso deve o médico

abster-se de oferecer denúncia, pois só assim o tratamento poderá ser dado da forma correta.

Partindo-se do ponto em que o médico se utiliza de informações obtidas tanto da confissão da paciente quanto dos resultados de exames, estará ele violando o sigilo funcional e, ao basear o processo penal nas provas fornecidas por ele, decorrentes da prática de um crime, serão estas consideradas ilícitas. Considerando que a autoridade policial somente teve ciência do crime em razão da prova ilícita, caso não haja outra obtida de forma lícita independente da primeira, as demais serão maculadas.

Das decisões anteriormente analisados, observou-se que as provas principais que embasaram toda a persecução criminal foram produzidas e fornecidas, exclusivamente, pelos médicos que atenderam as mulheres acusadas. Não só isso, nos dados levantados nas pesquisas realizadas pelo NUDEM, os profissionais de saúde são os maiores responsáveis que levam à autoridade policial a informação da prática de aborto criminoso. Segundo informado pelo Núcleo, houve um caso em que o médico responsável por ter atendido a mulher entregou provas da conduta ilícita dela a um parente para que este entregasse a polícia.

Situações como essas demonstram que tais provas esbarram no dispositivo constitucional e processual penal que vedam a utilização de provas ilícitas. Assim que a persecução penal tem início, as provas que se obtém devem ser analisadas com toda a cautela necessária para que se tenha certeza de que não sejam as novas derivadas daquelas fornecidas pelos profissionais da saúde. Sendo as novas provas produzidas derivações daquelas eivadas de ilicitude, será nulo o processo salvo se apresentado por novas provas independentes que sejam fortes o suficiente para dar suporte probatório a causa.

Conforme demonstrado, provas obtidas por meio ilícito somente podem ser utilizadas quando benéficas ao réu, situação esta não presente nos casos em discussão nesse trabalho, portanto não podem instruir o processo que condena a mulher pela prática do aborto ilegal.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a presente pesquisa demonstrou a necessidade premente de maior análise das provas produzidas em processos penais cuja conduta tipificada seja de aborto ilícito. A maior razão para tal deve ser a observância aos direitos e garantias fundamentais dispostos pela Constituição que, quando não devidamente salvaguardados, podem vir a ser violados o que gera insegurança jurídica. Às mulheres, quando denunciadas pelos médicos, tem contra si o direito a intimidade, honra, dignidade e imagem violados de forma quase irreversível visto que o tema de aborto é quase tabu social e, quando expostas pela sua prática ilícita, rapidamente sofrem as consequências de julgamentos sociais que, não raramente, são cruéis.

Não é possível dizer que o entendimento é pacificado no sentido de que não devem ser aceitas no processo criminal as provas produzidas pelo profissional da saúde que atendeu a mulher em situação de aborto clandestino. O que se pode afirmar, e sem medo de incorrer em generalizações infundadas, é que o entendimento que predomina, tanto pelo Conselho Federal de Medicina quanto pelo Regional de Medicina do Estado de São Paulo, se alinham e determinam que devem os médicos manter sigilo das informações colhidas em atendimentos às mulheres que praticam aborto ilegal. Considerando os casos concretos retirados do TJSP e analisados, é possível observar que cada julgador se utiliza de critérios argumentativos diferentes para lidar com a mesma situação. Isso ocorre pois há dificuldade em se difundir a ideia de que é necessário um estudo do tema aprofundado em esferas que não orbitam exclusivamente no campo do direito.

Lado outro, a busca por entendimentos que possam ser enquadrados no caso concreto gerando e que, por consequência, possam vir a gerar maior segurança jurídica não são devidamente incentivados pelos órgãos jurisdicionais e até mesmo pelos próprios Conselhos.

Do aspecto legal, é possível observar um alinhamento de posição com o entendimento adotado pelos Conselhos. A lei, tanto constitucional quanto ordinária, é clara no sentido de não admissão de provas ilícitas no processo penal e que, quando os médicos utilizam de sua posição facilitada para ter acesso as provas necessárias para início de um processo criminal estão eles incorrendo na prática de um crime e ao mesmo tempo maculando as provas do processo.

Portanto, nos casos de aborto, há muitos vieses que devem ser analisados com cautela a fim de que, por ser tema tão sensível a ser trabalhado, seja possível evita juízo de valor o que violaria dois dos princípios mais caros ao processo judicial – a imparcialidade do julgador e o direito de defesa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1118 p.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão nº 29.816. **Diário Oficial da União**. São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 9047. Relator: Penar Boujikian. Habeas Corpus Nº 2188896-03.2017.8.26.0000, São Paulo.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível. Relator: Maurício Fiorito. Processo nº 1017294-93.2017.8.26.0344.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 6142. Relator: Diniz Fernando. Habeas Corpus Nº 2188904-77.2017.8.26.0000.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 7600. Relator: Airton Vieira. Habeas Corpus Nº 2188894-33.2017.8.26.0000. São Paulo, .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 55701. Relator: Félix Fischer. Recurso em Habeas Corpus Nº 55.701 - Ba (2015/0010375-0). Brasília, .

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina. 17/11/2019. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931, Brasília: [s. n.], 17 dez. 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

CÓDIGO Internacional de Ética Médica. Elaborada pela Associação Médica Internacional. Disponível em: <<https://www.wma.net/es/polices-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. RESOLUÇÃO Nº 1605/2000: O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica. Brasília: 2000. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impresao.php?id=3051>. Acesso em: 27 nov. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. CONSULTA Nº 5.849/91: Aborto provocado pelo uso de CYTOTEC. São Paulo: 1991. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/SP/1991/5849>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. CONSULTA Nº 24.292/00: O segredo médico diante de uma situação de aborto. São Paulo: 2000. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/SP/2000/24292_2000.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. CONSULTA N° 151.842/2016: Sobre proposta referente à descriminalização do aborto..São Paulo: 2016. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/2016/151842_2016.pdf> . Acesso em: 29 nov. 2019.

CRISTIANO FERNANDO ROSAS (São Paulo). Conselho Regional de Medicina (Org.). Ética em Ginecologia e Obstetrícia. Cadernos Cremesp, São Paulo, 3° ed, p. 141, 2004.

DINIZ, Debora et al. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciência & Saúde Coletiva, [s.l.], v. 22, n. 2, p.653-660, fev. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Tratado Internacional, de 10 de dezembro de 1948. Paris, França. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ESTELA C. RIBEIRO DE BARROS. 23/05/1991. São Paulo, 15 jul. 1997. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/1991/6823_1991.htm. Acesso em: 18 maio 2019.

FIGUEIREDO & VELOSO ADVOGADOS ASSOCIADOS (Org.). Relatório – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”). 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/1533F750ECA4DC_estudo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

FRANÇA JUNIOR, Rubens Rossati et al. Abortamento legal: comparação do grau de conhecimento de médicos de um hospital especializado em atendimento à mulher e de um hospital geral. Saúde, Ética & Justiça, Santo André/sp, v. 2, n. 20, p.57-65, set. 2015.

FREITAS, Angela; LEÃO, Ingrid; COELHO, Sonia. Criminalização das Mulheres pela prática do aborto no Brasil. São Paulo: Frente, 2015. 113 p.

GRUPO DE PESQUISA DIREITOS HUMANOS PODER JUDICIÁRIO E SOCIEDADE (Rio de Janeiro). Uerj. Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do

JÚNIOR, Eudes. O sigilo médico, o aborto e a lei. [S. l.], 1 mar. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216334,91041-O+sigilo+medico+o+aborto+e+a+lei>. Acesso em: 18 maio 2019.

JÚNIOR, Rubens Rossati F. et al. Abortamento legal: comparação do grau de conhecimento de médicos de um hospital especializado em atendimento à mulher e de um hospital geral. SAÚDE, ÉTICA & JUSTIÇA, [S. l.], ano 2, v. 20, p. 57-65, 18 dez. 2015. DOI <https://doi.org/10.11606/issn.2317-2770.v20i2p57-65>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/sej/article/view/119307>. Acesso em: 18 maio 2019.

KRIKOR BOYACIYAN. 11/11/2019. São Paulo, 22 nov. 2018. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmsp/pareceres/2016/151842_2016.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

LIMA, Fernanda dos Santos. A teoria do fruto da árvore envenenada (“fruits of the poisonouns tree”): A admissibilidade da prova ilícita no processo penal brasileiro. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72070/a-teoria-do-fruto-da-arvore-envenenada-fruits-of-the-poisonouns-tree>>. Acesso em: 01 fev. 2020.

MARTINS, Alaerte Leandro et al. Aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê. Rede Feminista de Saúde, Belo Horizonte, p. 01-46, 2005. Disponível em: <http://pesquisa.bvsalud.org/bvsmis/resource/pt/mis-20960>. Acesso em: 18 maio 2019.

NUDEM (Org.). 30 habeas corpus: A vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo. São Paulo: Dpsp, 2018. 20 p.

NUCCI, Guilherme. A Ética Médica e o Crime. [S. l.], 1 abr. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/04/01/a-etica-medica-e-o-crime/>. Acesso em: 18 maio 2019.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto-Lei nº N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte Lei: Código Penal, [S. l.: s. n.], 1940.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição, de 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988.

RAFAEL LEANDRO ARANTES RIBEIRO. 11/08/2016. Brasília, 11 ago. 2016. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/notasdespachos/CFM/2016/459_2016.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

RANGEL JUNIOR, José Carneiro. A licitude na utilização de provas ilícitas no processo penal. 2007. Disponível em: <[http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/a.licitude.na.utilizacao.das.provas.ilicitas.no.processo.penal\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/a.licitude.na.utilizacao.das.provas.ilicitas.no.processo.penal[2007].pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2020.

ROSAS, Cristão et al. Ética em Ginecologia e Obstetrícia: Direitos Sexuais e Reprodutivos. Cadernos CREMESP, São Paulo, ano 2004, ed. 3º, p. 39-47, 2004. Disponível em:

https://www.febrasgo.org.br/images/arquivos/manuais/Manuais_Novos/etica_ginecologia_3.pdf. Acesso em: 18 maio 2019.

STF, Notícias. Representantes do Ministério da Saúde apresentam impacto do aborto no Brasil. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385629>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

STF, Notícias. Representante da Defensoria Pública de SP defende aborto como direito constitucional das mulheres. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385981&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

SAÚDE, Ministério da (Org.). Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher: PNDS 2006. Brasília: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2009. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/pnds/index.php>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12. ed. Salvador: Juspodidim, 2017. 1841 p.

VILLAS-BÔAS, Maria Elias. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422015233088>>. Acesso em: 21 nov. 2019.