



CAMILA SABRINA VIEIRA SANTOS

**ANÁLISE DA QUEBRA DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL NOS CASOS DE
ABORTO DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO**

Ji-Paraná
2019

CAMILA SABRINA VIEIRA SANTOS

**ANÁLISE DA QUEBRA DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL NOS CASOS DE
ABORTO DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO**

Artigo apresentado no Curso de Direito, em Trabalho de Conclusão de Curso do Centro Universitário São Lucas 2019, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Wohlfahrt
Bohenberger

S237a

Santos, Camila Sabrina Vieira

Análise da quebra do sigilo médico profissional nos casos de aborto dentro do direito brasileiro / Camila Sabrina Vieira Santos. Ji-Paraná: Centro Universitário São Lucas, 2019
30 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Centro Universitário São Lucas, Curso de Direito, Ji-Paraná, 2019.

Orientador: Prof. Gustavo Wohlfahrt Bohenberger

1. Aborto 2. Sigilo médico 3. Ética. I. Bohenberger, Gustavo Wohlfahrt. II. Análise da quebra do sigilo médico profissional nos casos de aborto dentro do direito brasileiro.

CDU 343.621:614.253

CAMILA SABRINA VIEIRA SANTOS

**ANÁLISE DA QUEBRA DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL NOS CASOS DE
ABORTO DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO**

Artigo apresentado à Banca Examinadora do Centro Universitário São Lucas, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Wohlfahrt
Bohenberger

Ji-Paraná-RO, ____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Resultado: _____

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

Titulação e Nome

Centro Universitário São Lucas

ANÁLISE DA QUEBRA DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL NOS CASOS DE ABORTO DENTRO DO DIREITO BRASILEIRO.¹

Camila Sabrina Vieira Santos ²

Prof. Me. Gustavo Wohlfahrt Bohenberger ³

RESUMO: Este trabalho aborda juridicamente a quebra do sigilo médico profissional nos casos de aborto. Trata sobre abordagens da doutrina, da jurisprudência sobre a validade da ação penal instaurada a partir da quebra do sigilo médico profissional nos casos em que a paciente fez ou permitiu que outrem fizesse em si a prática de aborto induzido. Para analisar o tema, o artigo conceitua e pontua os diversos tipos e causas de aborto, demonstrando a tipificação da conduta pela legislação brasileira, bem como analisa as relações profissionais abraçadas pelo sigilo profissional com ênfase na relação médico e paciente e, por fim, aborda os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema (tanto com posições contrárias como favoráveis) bem como ainda a legislação encontrada no sistema jurídico brasileiro, referente a quebra do sigilo profissional, a validade do processo derivado deste bem como das provas originárias e derivadas. Para isso será utilizado o método dedutivo procedimental bibliográfico.

Palavras – chave: Aborto. Sigilo Médico. Ética.

ANALYSIS OF THE VIOLATION OF THE PROFESSIONAL MEDICAL SECRET IN THE CASE OF ABORTION IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT: This article addresses the violation of professional secrecy by medical professionals in abortion cases. It addresses the doctrine, jurisprudence on the validity of criminal action instituted from violation of professional medical secrecy in cases where the patient did or allowed others to do the induced abortion itself. For the analysis of the topic, the article conceptualizes and points out the different types and causes of abortion, demonstrating the classification of conduct of Brazilian legislation, as well as analyzing the professional relations adopted by professional secrecy with emphasis on the doctor-patient relationship and, finally, addresses the positioning of doctrine and jurisprudence on the subject (with opposing and favorable positions), as well as the legislation found in the Brazilian legal system, related to the breach of professional secrecy, validity of the process derived from this, as well as the origin and derived evidence. For this, the deductive method will be used..

Keywords: Abortion. Medical Secret. Ethic.

¹ Artigo apresentado no curso de Direito do Centro Universitário São Lucas como Pré-requisito para conclusão do curso, sob orientação do professor. Me. Gustavo Wohlfahrt Bohenberger E-mail, gustavo.bohenberger@saolucas.com.br

² Acadêmica do 10º do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas. e-mail. camisabry@hotmail.com

³ Professor orientador, mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões - Campus Santo Ângelo (URI). Bacharel em Direito pela mesma instituição. Integrante do Grupo de Pesquisa registrado no CNPQ Direito de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas, vinculado ao PPG Direito -. Pesquisa nas áreas de gênero, feminismo, direitos culturais, direitos fundamentais, tradicionalismo gaúcho. e-mail. gustavo.bohenberger@saolucas.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta comparações doutrinárias sobre a quebra do sigilo médico profissional nos casos em que as pacientes buscam por atendimento após terem realizado em si, ou por ter permitido que outrem o fizesse, a conduta do aborto induzido.

A jurisprudência pátria por muitos anos, tratou os casos da quebra do sigilo profissional médico como interesse do Estado nos casos em que se refere ao aborto, isto por se tratar de ação penal pública incondicionada por ser o mesmo crime contra vida.

Contudo, o sigilo profissional é abarcado/protegido pelos princípios constitucionais que também asseguram o direito à intimidade e privacidade dos indivíduos, bem como, possui preceito penal de proteção.

Ocorre que, sendo permitido ou não quebra do sigilo profissional, nos casos em que se constitui crime serão iniciadas as investigações penais e consequente ação penal, no entanto, nas hipóteses não abrangidas pela permissividade, a quebra do sigilo médico profissional ensejará em desobediência a norma de direito material penal.

A infringência de norma de cunho material gera a ilicitude de provas, sendo assim a quebra do sigilo médico nos casos de aborto se trata de prova ilícita, uma vez que o mesmo desrespeita artigos da Constituição Federal de 1988, Código Penal e ainda de lei esparsa.

A partir do estudo da doutrina, Constituição Federal, Legislação penal e leis específicas se desenvolverá o artigo, analisando por fim alguns posicionamentos jurisprudenciais, sobre a quebra do sigilo profissional do médico que denuncia paciente pelo cometimento do crime de aborto e suas consequências.

Assim sendo, no presente artigo serão analisadas as hipóteses permissivas de revelação das informações obtidas a partir do exercício profissional, e especificamente nos casos em que as pacientes realizaram aborto.

2 CONCEITO DE ABORTO

Sob a perspectiva do direito penal o aborto (termo) Pierangeli ensina que “a palavra aborto significa privação do nascimento, nascimento antecipado, aquele que nasce antes do tempo, ou num conceito mais estruturado, aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”. (2007 p. 62).

O ordenamento jurídico brasileiro entende que a interrupção da vida intrauterina com a consequente expulsão e morte do feto pode se dar de duas maneiras. Na primeira considerada de forma natural, ou até mesmo de forma acidental e a segunda forma de maneira provocada (Legal, quando cumprido os requisitos) e ilegal.

Melhor explica Pierangeli tais diferenças,

Aborto espontâneo ou natural é aquele que decorre tendo em vista as condições fisiológicas particulares da gestação. É acidental quando o aborto decorre de um acontecimento a que não falta um componente de azar, como atropelamento, queda, etc. Provocado ou delituoso é a interrupção voluntária e maliciosa do processo conceptivo, por ato da mãe ou de terceiro (2008, p. 62).

Considera-se abortos naturais ou espontâneos aqueles advindos de complicações da gravidez (frequentes). A grande maioria ocorre antes das 12 semanas. Neste sentido Fialho entende que “(...)a gravidez humana é um processo deficiente, tendo em vista que somente 30% atinge a viabilidade, as outras 70% terminam em abortamentos espontâneos.” (2010, p. 354)

Um ramo da medicina denominado bioética, trata de questões delicadas como o aborto. Para a bioética o aborto é entendido como a interrupção espontânea da gravidez, antes a vida uterina tenha propensa viabilidade (média de 06 meses de vida), e após esta época são classificados como partos precoces, ou, no caso de um parto de um feto que já se encontrava morto no ventre, parto de natimorto. (PASSINI; BARCHIFONTAINE, 2008).

Em realidade esta discussão de início da vida é bastante antiga, e ainda não existe um consenso quanto ao tempo de gestação que caracterizariam um aborto ou um parto precoce. Acalorados debates na perspectiva biológica, genética, e legal tem seus posicionamentos e visões, mas um consenso não foi atingido até o momento.

No entendimento de Barchifontaine, Pessini,

Na visão estritamente médica obstétrica, o aborto é a interrupção da gestação até 24 semanas de gravidez, ou seja, até a ocasião em que o feto passa a se tornar capaz de vida, independentemente do útero materno” (2008, p. 417).

Em contrapartida Filho entende que, “[...] aborto, a expulsão do ovo antes de 22 semanas de gestação ou com o conceito com peso superior a 500g.” (2010, p. 354)

Acompanhando o entendimento de Filho, Neto diz o “Abortamento é a expulsão do conceito antes de 22 semanas de gestação, ou com menos de 500g caso a idade gestacional seja desconhecida.” (2014, p. 15)

Percebe-se, portanto, que o aborto, para alguns, seja ele espontâneo ou provocado, acontece desde a fecundação até as 22 semanas de gestação e deste período até as 37 semanas é entendido como parto prematuro. Este entendimento se dá em virtude da concepção de que a partir de 37 semanas o feto pode manter-se vivo mesmo fora do útero, não necessitando (necessariamente) da mãe para prover suas necessidades vitais. Conclui-se previamente que há possibilidade do feto manter-se vivo fora do útero da mãe a partir de 37 semanas.

Para o entendimento de juristas penais como Hungria (1953) com uma abordagem referente ao Código Penal, ao criminalizar o aborto, não se faz distinção entre óvulo fecundado, embrião ou feto. Desta maneira uma vez interrompida a gravidez antes do seu termo normal, há o crime de aborto. Tal período para Hungria pode ser compreendido desde a concepção até o início do parto, com o rompimento da membrana amniótica.

Já no entendimento de Freitas (2015) existem duas modalidades de aborto: a natural e a provocada. O aborto ocorrido na modalidade provocada divide-se entre aborto legal e aborto criminoso. O aborto criminoso, por sua vez, pode ser com ou sem a anuência da gestante.

A seguir apresenta-se algumas considerações específicas sobre o aborto espontâneo ou natural. Em seguida o provocado ou legal, e as definições que melhor se enquadram na teoria de base deste artigo.

2.1 ABORTO ESPONTÂNEO OU NATURAL

Entende-se por aborto natural ou espontâneo o ocorrido quando a gravidez é interrompida sem que exista “vontade ou ação” intencional da mulher. Geralmente se dá de forma involuntária, ou seja, sem qualquer tipo de intervenção humana. Pode ocorrer em virtude de diversos fatores, desta forma, pode se afirmar que quanto mais se aumenta a idade gestacional menores serão as chances para o acontecimento do aborto (PIERANGELI, 2008).

Dentre os diversos fatores que podem lhe dar causas, se pode citar os biológicos, como por exemplo a idade materna avançada, quedas, abortos anteriores, bem como pode ocorrer ainda devido traumas psicológicos (como sobrecarga emocional), estresse constante, e por fim, fatores sociais como a falta de acesso a vacinas, alimentação de qualidade e afins.

2.2 ABORTO PROVOCADO LEGAL

O Aborto Provocado Legal se dá quando há a interrupção do ciclo gestacional, mediante a intervenção de um terceiro (no caso um médico), e no outro se precedido de consentimento da gestante. Os dois apresentam previsão legal no artigo 128 do decreto lei 2.848 de 1940.

Estes podem ser divididos em aborto necessário e o aborto sentimental. No primeiro caso o aborto ocorre quando há risco a vida da mulher, trata-se de situações em que ela corre risco de morte em decorrência de sua gravidez, sendo necessário a retirada do feto para salvar sua vida.

O aborto necessário, assim nomeado pela doutrina, encontra previsão no artigo 128 do Código Penal de 1940, o qual aduz não ser punível, o aborto praticado por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

O artigo 128 do Código Penal determinou ser possível que um médico realize o aborto nestes casos, mas qualquer pessoa pode o fazer se constatado o estado de necessidade de se salvar a vida da grávida.

No segundo caso, denominado pela doutrina como aborto sentimental, é entendido como aquele em que o Código Penal possibilita o aborto com base no artigo 128, inciso II, nos casos em que a mulher tenha sido vítima de estupro, desde que como ora suscitado precedido de consentimento da mulher.

Há mais uma situação de merece ser salientada, esta não encontra previsão legal, no entanto gerou grande polêmica a respeito do tema. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, julgada pelo STF no ano de 2012, que autorizou o aborto em casos de gravidez de fetos anencefálicos. Nestes termos apresenta-se,

Feto-anencéfalo-interrupção da gravidez-mulher-liberdade sexual e reprodutiva-saúde-dignidade-autodeterminação-direitos fundamentais-crime- inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 12 de abril de 2012. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº 54, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 12/04/2012).

Este julgado, que permitiu o aborto nos casos de fetos anencefálicos, foi entendido pelo Supremo Tribunal Federal como direito das mulheres. Na doutrina existem menções deste aborto como aborto eugênico, pois se trata de um assunto jurídico e diz respeito justamente a interrupção da gravidez quando a criança possa vir a nascer com alguma anomalia, doença física ou mental.

2.3 ABORTO PROVOCADO ILEGAL

Uma terceira classificação dada pelo ordenamento jurídico é o aborto ilegal. Trata-se do aborto ocorrido de forma induzida, quando não existe a permissividade da lei, ou seja, se o aborto não ocorrer nas situações descritas nos tópicos anteriores, e se este ocorrer na forma em que a lei preceitue como prática de crime, descritos na Parte Especial, Título I, dos “Crimes Contra a Pessoa”, e no Capítulo I, que trata dos “Crimes Contra a Vida”.

Normalmente o aborto criminoso ou ilegal pode ocorrer de forma consensual, ou seja, quando a própria gestante autoriza a realização do procedimento que resultará no óbito do feto. Esta ação pode ser realizada mediante auxílio de

terceiros, em clínicas clandestinas, ou mesmo por médicos que realizam a prática do abortamento de forma ilegal.

Tais mulheres buscam por ajuda “especializada” no sentido de minimizar as sequelas que a prática pode-lhes causar, sequelas estas como a esterilidade, perfurações ou perda do útero, hemorragias internas, e em alguns casos a própria morte.

Outra prática de aborto ilegal pode se dar de forma não consentida pela gestante. Trata-se dos casos onde a mulher não concorda com o procedimento e mesmo assim é forçada a fazê-lo, por pessoas como pais, maridos, namorados, caracterizando coação moral irresistível, se encaixam nestes casos também, quando a vontade da gestante foi obtida por meio de fraude ou engano.

Por fim ainda resta a prática do autoaborto, quando a própria gestante provoca o aborto em si, geralmente através de consumos de ervas ou remédios abortivos.

Desse modo, pode-se entender que, para a legislação penal brasileira, o aborto interessa somente quando há interrupção intencionada no processo da gravidez com o resultado morte do feto, com ou sem a sua expulsão. Assim, ao Direito Penal considera que o aborto, com o consentimento da grávida, é crime doloso contra a vida, que tem como bem jurídico tutelado a vida em formação e a integridade física da gestante.

O elemento subjetivo nos crimes de aborto é o dolo, pois há a livre intenção ou pelo menos se assume o risco de ceifar a vida em geração, sendo um o dolo direto, e o segundo dolo eventual.

2.4 O ABORTO COMO CRIME NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu título II os direitos e garantias fundamentais, divididos em cinco espécies: direitos e garantias individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (MORAES, 2003).

No que tange aos direitos e garantias individuais, o direito à vida se apresenta como o principal sobre todos os outros direitos, e sobre todas as outras coisas, pois

a dinâmica do mundo está justificada na existência da vida. É o que se denomina princípio do primado do direito à vida (FREITAS, 2015).

Para Freitas (2013), existe diferenças significativas entre direitos humanos e direitos fundamentais. O autor entende que os direitos fundamentais possuem uma ligação íntima com a dignidade da pessoa humana, apesar de todos os direitos humanos serem direitos fundamentais e serem aqueles que decorrem diretamente da dignidade humana, como o direito à vida, à liberdade e à integridade física.

Em seu artigo 5º a Constituição Federal de 1988 em primazia em seu caput vincula como sendo dever do Estado proteger de direito à vida como sendo um dos direitos fundamentais do ser humano (BRASIL, 1988).

A esse respeito, Trindade leciona que “a vida é condição de existência no mundo da vida e no ordenamento jurídico. De tal forma, o direito não existirá se proclamar normas que limitem a vida” (2011, p. 68). A partir deste princípio o autor conclui, que o direito à vida gera a proibição tanto ao aborto quanto a eutanásia, sendo, pois, um meio de garantir a vida após sua concepção. Moraes sobre a temática ensina,

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um tertium com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Este tertium possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano (2013, p. 92).

Desse modo, pode-se concluir que a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, ou seja, desde o momento em que se pode comprovar cientificamente a formação do feto no útero.

Sendo desse modo portanto, a vida humana deve ser protegida por se tratar de objeto de direito personalíssimo. É sabido que a Constituição Federal é a lei maior em nosso país, devendo desta maneira as normas de regulamentação específica seguir suas regulamentações, desta forma, cabe ressaltar que o direito penal deve estabelecer-se respeitando em primazia os direitos e garantias fundamentais, pois se tratam de normas de natureza jurídica constitucional, que garante a proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste norte, conforme aponta Trindade, a vida humana é o principal bem de direito que o Estado deve proteger, sendo, portanto, qualquer forma não natural de

sua interrupção, constitucionalmente vedada, uma vez que está tutela pela vida (TRINDADE, 2011).

O Código Penal atualmente utilizado pelo sistema jurídico brasileiro, foi inserido no ano de 1940. Este trouxe consigo consagrado em seus artigos 124, 125, 126, 127 e 128 o que se tem de tipificado sobre aborto no Brasil, este criminaliza 3 condutas em seus artigos.

O primeiro artigo a tipificar a conduta do aborto ilegal do Código Penal trata-se do artigo 124, o qual dispõe: “Artigo 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940., 1940, disponível em: <http://www.impressanacional.gov.br>, acesso em: 03 maio. 2019).

A primeira parte do artigo 124 apresenta a conduta denominada como autoaborto, ou seja, o induzimento do aborto pela própria gestante, seja através do uso de medicamentos de forma oral, ou através da introdução intravaginal do mesmo, bem como pelo consumo de chás/ervas consideradas abortivas.

Já na parte B, há a previsão da prática cometida por um terceiro sob seu consentimento. Geralmente estas condutas se dão pela busca das gestantes a clínicas clandestinas.

Ocorre que, neste artigo a ser analisada é a conduta tipificada da gestante tanto quando trata do ato de induzir ou autorizar que um terceiro induza em si um aborto, ou seja, o que se puni aqui é a prática ou a autorização da prática em si, a pena cominada no artigo 124 recairá desse modo somente sobre a mulher gestante.

Nesse sentido, importantes são as considerações de Pierangeli (2007) esclarece que, a primeira parte do artigo 124 do CP trata-se de crime especial, pois somente a própria gestante poderá praticar o crime de aborto. E na segunda parte, há um consentimento da gestante para que outrem pratique a indução ao aborto nela, por essa razão a pena é a mesma para ambas as situações.

Mais adiante, no artigo 125, o Código Penal prevê a conduta do aborto provocado por terceiro, ou seja, por pessoa que não seja a própria gestante, conforme dispõe: “Artigo 125 – Provocar aborto sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940., 1940, disponível em: <http://www.impressanacional.gov.br>, acesso em: 03 maio. 2019).

Fazendo uma análise do artigo percebe-se que existem dois requisitos explícitos para que o agente causador do aborto seja enquadrado nos moldes do mesmo, primeiro que, este não seja a própria gestante, e segundo, que a ação se dê sem a sua autorização.

O artigo 125 é considerado pela doutrina a forma mais grave da prática do crime de aborto, uma vez que a mesma ocorre sem que a gestante de consentimento, o que a torna neste caso vítima.

Continuando ainda a tratar da conduta realizada por agente que não seja a gestante, se faz necessário abordar a previsão contida no artigo 126 que aduz: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940., 1940, disponível em: <http://www.impressanacional.gov.br>, acesso em: 03 maio. 2019).

No caput do artigo supracitado, ocorre a tipificação da conduta de terceiro que consuma o crime na gestante. Neste ponto cabe salientar a diferença tipificada nos artigos 124 e 126, pois no primeiro, se criminaliza a gestante que abortou ou consentiu que terceiro o fizesse. No entanto, o agente a ser criminalizado no segundo artigo seria o terceiro consentido. Nos casos em que o terceiro acredita ter o consentimento válido da gestante, mas não o tem, este incorre em erro de tipo recaindo sobre si o a pena disposta no referido artigo.

O consentimento ou não da gestante é fator de suma importância, pois a partir deste é que num caso concreto se poderá determinar a tipificação da conduta do aborto e a sua consequente punição.

No casos previstos pelo parágrafo único do artigo 126, necessário se faz salientar que quando o crime é praticado contra menor de 14 anos ou contra pessoa com patologias mentais, há a presunção de não concordância da gestante, uma vez que a lei considera que pessoas que se encaixam nestas condições, não possuem plena capacidade de tomar decisões sozinhas. Nestes casos a pena se torna mais severa, se comparados aos demais, incidindo a tipificação do ato somente sobre o terceiro que o praticou.

Fabício Zamproga Matielo afirma que “o objetivo da lei ao punir o aborto como crime é preservar a vida humana em formação, e também, no caso de provocação por terceiro, resguardar a integridade física da mulher” (1994, p. 63).

Em a sequência a análise, o artigo 127 do Código Penal apresenta as formas qualificadas, ou seja, quando a conduta ocorre através de elementos mais graves, do que o cometido na forma original:

Artigo 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.(BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940., 1940, disponível em: <http://www.impressanacional.gov.br>, acesso em: 03 maio. 2019).

É valido destacar que o objetivo da legislação ao tipificar as condutas de aborto, se deu no o objetivo de preservar a vida humana intrauterina, ou seja, a vida do feto. Além do mais busca-se nos casos de abortos provocado por terceiros, resguardar a integridade física da mulher.

No artigo 128, apresenta-se as hipóteses permissivas em lei, as quais já foram tratadas anteriormente neste artigo.

Os crimes de aborto, assim como os demais crimes contra a vida, aduzidos pelo Código Penal Brasileiro são de ação penal pública incondicionada, ou seja, há liberalidade para o Ministério Público atuar, desta forma não existe necessidade de provocação de um interessado para dar seguimento a ação penal, ficando assim o MP responsável de agir *ex officio*.

De igual modo por se tratar de crime contra a vida os crimes de aborto possuem competência de julgamento do tribunal do júri, assim regulamentado pelo artigo 74 § 1 do Código de Processo Penal que aduz:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. § 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados. (Brasil, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 07 maio. 2019)

Com base nesta problemática apresentar-se-á algumas considerações da doutrina sobre o sigilo profissional para mais adiante apresentar conclusões sobre a problemática trabalhada.

3 SIGILO PROFISSIONAL

A palavra sigilo é sinônimo da palavra segredo, que segundo a etimologia significa algo que é confidencial, algo secreto, que se deve guardar para si. Nestes termos ensina Neves (1963) que o sigilo profissional é a reserva que o indivíduo teve guardar dos fatos que tomam conhecimento no exercício de suas funções, em razão de solicitação do cliente ou mesmo por este ser de natureza inerente de sua profissão.

Para Pierangeli, a vivência dos seres humanos em sociedade enseja a necessidade de necessitar de auxílios de terceiros para os mais variados tipos de prestação de serviços, onde muitas vezes se faz necessário revelar fatos íntimos, os quais não podem ser revelados em virtude do sigilo profissional. Nestes termos ensina,

A vida mantida em meio a uma comunidade apresenta fatos e problemas para cuja solução temos de recorrer a terceiros, pessoas qualificadas técnica e profissionalmente para removê-los, e as pessoas que exercem certos ministérios, aos quais se confiam segredos da intimidade pessoal ou doméstica, que devem ser mantidos em sigilo não só em benefício do cidadão confidente, mas da própria convivência social, interesses de ordem natural, moral, social ou os econômica. (2008, p. 187-188).

Assim, muitas categorias profissionais se fazem abarcadas pela confidencialidade profissional regulamentadas inclusive, por códigos próprios, como é o caso da advocacia, medicina, enfermagem, psicologia e outros.

Além dos códigos de regulamentações próprias de cada categoria, o sigilo profissional está disposto em outros dispositivos legais, como na própria Constituição Federal Brasileira de 1988, onde este encontra seu fundamento mais importante, que pode-se ter como base princípios que norteiam a questão do sigilo profissional e que garantem que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos seres humanos.

O sigilo também é um direito e dever regulamentado, ainda que indiretamente pela CF em seu artigo 5º inciso “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” (BRASIL, 1988).

Esta previsão garante o resguardo ao sigilo da fonte quanto ao exercício profissional, sendo esta é uma exceção a garantia do livre acesso à informação e sua fonte.

Contudo é de suma importância salientar que é anuído a qualquer cidadão pelo artigo 5º, §3º do CPP a faculdade de comunicar a existência de crime a autoridade policial, que instaurará inquérito, se comprovar a veracidade da *notitia criminis*. No entanto, essa permissividade processual como ora dito, trata-se de uma faculdade, sendo que alguns profissionais ficam restringidos de efetuar a comunicação, pois estão abraçados pelo sigilo profissional.

O Código Penal protege de forma direta o direito ao sigilo profissional, ao dispor em seu artigo 154 pena de detenção aquele profissional que o violar.

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. (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940., 1940, disponível em: <http://www.impressanacional.gov.br>, acesso em: 06 maio. 2019.)

O Código de Processo Penal dispõe também em seu artigo 207, da proibição de depor as pessoas que devam guardar segredos em função de profissão e afins, “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.” (BRASIL, Decreto-lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941.,1941, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>, Acesso em: 06 maio. 2019).

O segredo profissional encontra-se amplamente protegido pela legislação brasileira, atingindo as esferas não só administrativas, como também judiciais, cumpre ressaltar que, ainda se encontra disponível na legislação dispositivos específicos a certas profissões.

Nesta premissa, a partir da observância destes dispositivos, se faz importante destacar que o direito a confidência das informações não se trata apenas de um direito individual, mas também de responsabilidade profissional, que asseguram o respeito e bom relacionamento e a confiança entre os profissionais e seus clientes/pacientes.

Este direito possibilita melhor desempenho por parte do profissional, pois, de posse de todas as informações e documentos poderá optar em prosseguir pelo melhor caminho a atender as necessidades daquele que lhe busca, também o cliente/paciente sabendo que esta relação está abraçada pelo sigilo profissional fornece todas as informações necessárias sabendo que estas não serão utilizadas em seu detrimento.

3.1 SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

A conduta dos profissionais médicos é regulamentada pelo Código de Ética Médica. Segundo o Conselho Federal de Medicina que é o órgão responsável pela criação e fiscalização do referido código, o mesmo possui o intuito de orientar os profissionais quanto a postura que observam os padrões éticos aceitáveis e recomendados pela instituição, possuindo força de norma interna que obriga os inscritos no órgão, que se o infringirem ficam sujeitos a responder penalidades previstas em lei.

Desse modo, o Código de Ética Médica, regulamenta em seu capítulo IX, sobre o sigilo profissional da categoria, disposto em seus artigos 73 a 79, fica o profissional vedado de revelar fato de que tenha conhecimento no exercício de sua profissão, *in verbis*:

É vedado ao médico: 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. Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente. Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente. Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade. Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito. (nova redação – Resolução CFM nº 1997/2012). Art. 78. Deixar de

orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido. Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial. (MEDICINA, 2018, disponível em:

https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20664:capitulo-ix-sigilo-profissional&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122, acesso em: 06 maio. 2019.)

Os artigos supracitados elencam única e exclusivamente sobre o sigilo profissional, estes encontram-se dispostos de forma clara sobre as vedações. Ao analisar a norma percebe-se que existem situações em o profissional pode quebrar o sigilo profissional, de modo que se mantém a conduta de vedação expressa do parágrafo único do artigo 73 em todas elas. Trata-se de casos em que o paciente tenha falecido, quando do depoimento do profissional como testemunha e nos casos em que o segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Nesse viés cumpre salientar algumas questões. Está coberto pelo sigilo profissional toda e qualquer tipo de informação fornecida pelo paciente, ou obtida através de exames, prontuários físicos ou eletrônicos, bem como aqueles adquiridos por meio de outros profissionais e afins.

A fim de dissipar conflitos inerentes ao sigilo médico profissional e ao fornecimento de documentos o Conselho Federal de Medicina publicou a RESOLUÇÃO CFM Nº 1.605, com os seguintes artigos.

Art. 1º - O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica. Art. 2º - Nos casos do art. 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente. Art. 3º - Na investigação da hipótese de cometimento de crime o médico está impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo criminal. Art. 4º - Se na instrução de processo criminal for requisitada, por autoridade judiciária competente, a apresentação do conteúdo do prontuário ou da ficha médica, o médico disponibilizará os documentos ao perito nomeado pelo juiz, para que neles seja realizada perícia restrita aos fatos em questionamento.(VIDE CIRCULAR CFM-COJUR Nº 16/2018). Art. 5º - Se houver autorização expressa do paciente, tanto na solicitação como em documento diverso, o médico poderá encaminhar a ficha ou prontuário médico diretamente à autoridade requisitante. Art. 6º - O médico deverá fornecer cópia da ficha ou do prontuário médico desde que solicitado pelo paciente ou requisitado pelos Conselhos Federal ou Regional de Medicina. Art. 7º - Para sua defesa judicial, o médico poderá apresentar a ficha ou prontuário médico à autoridade competente, solicitando que a matéria seja mantida em segredo de justiça. Art. 8º - Nos casos não previstos nesta resolução e sempre que houver conflito no tocante à remessa ou não dos documentos à autoridade requisitante, o médico deverá consultar o Conselho de Medicina, onde mantém sua inscrição, quanto ao procedimento a ser adotado. Art. 9º - Ficam revogadas as disposições em

contrário, em especial a Resolução CFM nº 999/80. (MEDICINA, 2000, disponível em: http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3051, acesso em: 06 maio. 2019.)

A respeito da resolução publicada pelo Conselho Federal de Medicina, entende-se que a mesma veio orientar os profissionais e respectivos conselhos sobre a questão do sigilo. Contudo, o artigo 4º desta resolução foi objeto de Ação Civil Pública, interposta pelo Ministério Público Federal, requerendo a declaração de inconstitucionalidade, como também que o CFM se abstenha de limitar o acesso de documentos médicos e suas respectivas informações quando decretada a quebra do sigilo pelo juiz.

Em decisão proferida pela Egrégia Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, deu-se provimento a ação declarando ilegalidade o art. 4º da Resolução CFM 1.605/2000. Entendeu o órgão que o dispositivo, limita a atuação do juiz no âmbito do processo judicial. Cumpre salientar que a decisão se encontra em recurso para o Superior Tribunal de Justiça. (MEDICINA, 2018)

3.1.1 DA QUEBRA DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

A regra que norteia a relação de médico e paciente é orientada pelo princípio da privacidade, ou seja, da confiança depositada no profissional, de modo geral, há a proibição da quebra da confidencialidade, contudo há situações em que há permissividade da quebra desse sigilo.

Além das exceções contidas na regulamentação da categoria, há casos em que o dever de sigilo enfrenta o interesse público, neste sentido, pode-se afirmar que existem situações em que as informações obtidas pelos médicos podem ser usadas não só em favor do paciente.

O artigo 269 do Código Penal traz uma atribuição legal aos médicos. “Artigo 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.” (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940., 1940, disponível em: <http://www.impressanacional.gov.br>, acesso em: 06 maio. 2019.)

Nestes casos o poder judiciário pode determinar a quebra do sigilo profissional, pois a doença do cliente coloca em risco terceiros, são exemplos

destas: sarampo, tuberculose, febre amarela etc. Contudo, a quebra do sigilo fica restrita ao ato de comunicar o fato a autoridade competente, pois a resolução nº 1.605 publicada pelo CFM proíbe qualquer envio de prontuário médico.

Outra situação em que o médico é obrigado a romper com o sigilo, está elencada no artigo 66 da Lei de Contravenções Penais:

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal. (BRASIL, Decreto-lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941., disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>, acesso em: 13 maio. 2019).

Nestes casos, a permissividade se encontra no fato de incidir em conduta delituosa, da qual há responsabilidade do Ministério Público agir por se tratar de ação penal pública incondicionada, contudo deve-se observar que somente poderá efetuar a comunicação se o procedimento penal for instaurado for contra pessoa que não seja o paciente, ou seja, um terceiro.

Outro caso em que o médico tem o dever de denunciar, são as situações que envolvam maus-tratos infantis, ou de adolescente, conforme se dispõe no artigo 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.(BRASIL, lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990., disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em: 13 maio.2019)

Assim pode-se afirmar que o dever de sigilo médico não é absoluto, existindo como ora demonstrado situações em que o profissional não somente pode, mas deve usar as informações de que teve ciência com no exercício profissional.

No entanto, se a revelação não ocorrer nas hipóteses permissivas, para Sobrinho e Lacava (2008), somente o fato de o segredo ter sido revelado já caracteriza dano a alguém.

Tal revelação, comina na pena prevista no artigo 154 do código penal qual seja detenção de três meses a um ano, ou multa. No entanto a ação penal é pública

condicionada, ou seja, só poderá ser instaurada mediante à representação do ofendido.

4 QUEBRA DO SIGILO MÉDICO NOS CASOS DE ABORTO

Mesmo sendo considerado crime pela legislação brasileira, a prática do aborto ilegal é uma realidade vivenciadas por muitas mulheres no brasileiras. Os motivos que levam estas mulheres a esta alternativa são inúmeros, e se diferenciam pela idade, situação financeira, classes sociais etc.

Ocorre que, muitas gravidezes ocorrem em hipóteses que o aborto não é permitido pela lei, desta forma muitas mulheres buscam meios alternativos para a realização do abortamento, caminhando pela surdina, em busca de remédios que são tragos de fora do país, ou mesmo vendidos por profissionais farmacêuticos sem receituários médicos. Em casos extremos buscam clínicas clandestinas desprovidas de suportes materiais adequados ou higienizados, submetendo-se a procedimentos invasivos.

A problemática em questão inicia-se na busca de socorro médico em consequência dos procedimentos usados, pois a realização do aborto induzido não feito por profissional qualificado através do uso de procedimento e materiais adequados pode ocasionar a paciente diversas sequelas, como exemplo cite-se a não expulsão total do feto, perfuração uterina, hemorragias etc.

Desse modo o atendimento do profissional médico a paciente com sequelas de um aborto, encontra-se revestido do sigilo profissional, sendo revestida também toda informação que lhe seja confessada, bem como os exames que este possa vir a realizar nesta.

Esta relação peculiar, gera grande conflito em muitos profissionais da saúde, sob o dever ou não de comunicar a notícia crime a autoridade policial, pois como ora já estudado este se trata de crime contra a vida, ou seja, crime de ação penal pública incondicionada.

Contudo tal situação é disciplinada tanto pelo código ético da medicina como em legislação penal e não existe de fato uma legislação específica sobre a questão, mas por se tratar de processo que seria instaurada contra a própria paciente, pois a conduta delituosa ocorreu por ação própria ou sob o seu consentimento, desta forma

o profissional está expressamente proibido de realizar a denúncia a autoridade policial.

Nestes casos não há que se falar em justa causa e possibilidade de trazer danos a terceiros, para que se quebre o sigilo profissional e muito menos está acobertado por uma norma permissiva.

De forma ampla o artigo 154 do CP disciplina sobre a quebra do sigilo profissional, contudo nos casos do exercício da medicina a legislação específica.

A lei de contravenções penais em seu artigo 66 especificamente no inciso II dispõe:

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e **a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal.** (BRASIL, Decreto-lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941., disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>, acesso em: 13 maio. 2019). (**grifo nosso**)

O inciso II, traz em parte como já demonstrado nesta pesquisa uma das exceções em que o médico é obrigado a quebrar o sigilo profissional, contudo a exceção trazida abraça a presente situação em que envolve paciente que cometeram o crime de aborto, pois seriam as mulheres as denunciadas.

De igual modo o parágrafo único do artigo 73 do Código de disciplina médico, dispõe que fica proibido de revelar fato que teve conhecimento no exercício da profissão, se houver investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal, bem como no seu depoimento como testemunha, o médico deverá comparecer diante da autoridade competente e declarar seu impedimento.

Desta forma resta claro o devido impedimento legal do médico de denunciar paciente ou depor em juízo em seu desfavor o que se aplica ao caso em que a paciente foi diagnosticada com sequelas pós abortivos.

Contudo mesmo diante da proibição que lhes abrange muitos profissionais, infringe-as e denunciam suas pacientes, e uma vez que a informação chega à polícia, a polícia tem a obrigação legal de investigar a existência do potencial crime.

4.1 DAS JURISPRUDÊNCIAS

A jurisprudência brasileira não é pacífica a respeito do tema, de contrário, por muitos anos, foi-se ignorada a quebra do sigilo médico profissional nas denúncias realizadas contra paciente que cometeram crime de aborto, sob a alegação de que por ser o fato deve ser tipificado e por ser indícios probatórios suficientes para sustentar a denúncia.

Nesse sentido é que se fundamentou o desembargador Paiva Coutinho ao elaborar o seu voto no pedido de trancamento de ação penal julgado no Habeas Corpus nº 0152831-82.2013.8.26.0000, “(TJ-SP - HC: 01528318220138260000 SP 0152831-82.2013.8.26.0000, Relator: Paiva Coutinho, Data de Julgamento: 18/09/2013, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/09/2013)” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2013, Disponível em JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/>, acesso em: 28 maio. 2019), impetrado pela defensoria pública do estado de São Paulo, em favor de paciente denunciada por uma médica pelo cometimento do crime de aborto.

No caso citado, a defesa alegou a nulidade da investigação penal, pois esta iniciou suas investigações a partir da denúncia realizada pela profissional sendo, portanto, prova ilícita, bem como requereu o trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Segundo relatório do desembargador somente seria possível o trancamento da ação penal se o fato gerador da denúncia fosse atípico, ou caso não houvesse indícios autorais suficientes, quando a falta de justa causa para a propositura da ação penal, alegou ainda que seria negar ao Ministério Público o direito de provar, ou seja produzir novas provas ao longo da instrução penal, para que se sustenta-se assim a denúncia.

[...] eventuais vícios na fase inquisitiva não anulam a ação penal. [...] Inviável o pedido de trancamento da ação penal, porquanto isso só é admissível quando na denúncia se constatar imputação de fato penalmente atípico ou se inexistir qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito, o que não ocorre no caso em tela. [...] Desse modo não se pode falar em ausência de justa causa, sob pena de cercear o direito de o Ministério Público provar, ao longo da instrução criminal, os fatos que narrou na denúncia. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2013, Disponível em JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/>, acesso em: 28 maio. 2019)

A violação do sigilo profissional médico nestes casos considera-se justa causa uma vez que trata-se de ação penal de proteção ao direito a vida, assim sendo interesse do Ministério Público.

No entanto, as provas produzidas mediante violação de uma norma de direito material configuram prova ilícita, as quais não devem ser admitidas em, pois não podem ser consideradas como provas de acordo com o artigo 5º LVI da CF/88, muito menos ainda servirem como base para instauração de processo penal.

Decisões iguais a esta, ou que seguiram no mesmo sentido, foram proferidas por anos, no entanto, um julgado proferido no dia 08 de março do ano de 2018 pela 15ª Câmara de Direito Criminal, abriu um precedente que se tornou um marco na luta dos direitos femininos no Brasil, proferida também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pela desembargadora Kenarik Boujikian. A decisão que deu provimento ao pedido formulado pela defensoria pública, para o trancamento de ação penal através do Habeas Corpus nº: 2188896-03.2017.8.26.000 venceu por maioria de votos.

HABEAS CORPUS. Aborto. Trancamento da ação penal. Inconstitucionalidade do tipo penal imputado à paciente, pela não recepção à ordem constitucional de 1988. Posição minoritária da relatora, o que impede encaminhar a tese para julgamento do Órgão Especial do TJSP, competente, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, anotando a súmula vinculante 10 (cláusula de reserva). Normativa constitucional de proteção da dignidade humana e intimidade, além do direito à saúde. Legislação infraconstitucional que dá concretude à normativa constitucional. Prova ilícita originária e por derivação. Nexos de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Médicos e outros profissionais e todos vinculados à informação confidencial têm o dever ético e jurídico de guardar o segredo que têm acesso em razão da relação de confiança estabelecida e ínsita na relação médico-paciente. Reprovável a ação médica que viola o sigilo, sem o permissivo legal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2018, Disponível em JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/>, acesso em: 28 maio. 2019)

A relatora ponderou ser reprovável a quebra do sigilo profissional, e a “causa à persecução penal é ilícita, na medida em que originária de informações, que deveriam ser resguardadas pela proteção de sigilo, advindas de profissional médico.” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2018, Disponível em JusBrasil: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/>, acesso em: 28 maio. 2019)

Desse modo toda as informações obtidas pela via medica são resguardas pelo sigilo, uma vez que este é o nexo de causalidade entre o conhecimento do fato delituoso e o ensejo investigatório, desse modo, portanto não há justa causa para propositura da ação penal e as provas produzidas há de ser consideradas provas ilícitas tanto as originarias e quanto as derivadas uma vez que toda as provas que eventualmente poderiam ser colhidas pelo MP serão derivadas da denúncia médica.

Assim o posicionamento da relatora quanto ao assunto trouxe à tona uma discussão por muito tempo não arguida nos tribunais, contudo esta encontra forte respaldo na legislação e doutrina brasileira.

4.2 INVALIDADE DA AÇÃO PENAL E DA ILICITUDE DAS PROVAS

A ação penal pública, que possui como norte a denúncia do profissional médico impedido, sofre com deficiência na justa causa para propositura da ação, haja vista que toda a investigação policial ou toda prova colhida teve como único norte a revelação do segredo profissional por parte de um médico.

No mais, cumpre salientar que, se não fosse pelo rompimento do sigilo profissional, não haveria investigação e menos ainda processo penal instaurado contra a paciente e muito menos prova alguma produzida.

O rompimento do sigilo nestes casos é ato que enseja procedimento penal contra paciente, desta forma há violação ao princípio constitucional que tutela a intimidade e privacidade.

Sendo, portanto, o nexo causal ligado à quebra do sigilo, desse modo, há que se falar na invalidade da ação, pois esta se deu a partir da quebra de uma norma, de um preceito legal.

No tocante às provas produzidas a partir da quebra do sigilo profissional, cabe desde já observar os ensinamentos de Grinover, Scarance e Gomes Filho para efeito de invalidade, pois pouco importa se a violação é de ordem material ou processual:

[...] ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material. (1992, p. 113)

Nesse viés cumpre destacar a diferença trazida pela doutrina quanto a provas ilícitas e as provas ilegítimas, uma se dá com o descumprimento do preceito de uma norma de ordem material e a outra de norma processual, desse modo pouco importa a seara do direito em que se encontra.

Diz, sobre o assunto, Mirabete:

Pode-se afirmar assim que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual penal, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material. (1995, p. 218.)

Verifica-se que a quebra do sigilo médico nos casos de aborto, desobedece tanto ao artigo 154 do Código de Processo Penal quanto o artigo 66 da Lei de Contravenção Penal.

Nesse caso se tratam das provas obtidas pela cedência do profissional médico, as quais seriam materialmente ilícitas e processualmente ilegítimas, e não podem ser utilizadas no processo. Assim há que se falar que essa proibição é uma proteção do particular contra o Estado.

No mais a recepção das provas ilícitas é assunto tutelado pelo artigo 5º, inciso LVI da CF 1998, o qual aduz que não poderão ser admitidas no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Não bastasse a Lei n. 11.690/2008, disciplinou a respeito das provas ilícitas no artigo 157 do Código de Processo Penal, aduzindo:

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. (BRASIL, Decreto-lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941.,1941, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>, Acesso em: 13 maio. 2019)

Fica, portanto, explícito que a quebra do sigilo médico, seja através da comunicação do crime de aborto, seja através da disponibilização de documentos

que possam ensejar em ação penal contra paciente, configuram nas ilicitudes das provas, bem como falta de justa causa para a propositura de ação penal.

A vista disso, primordialmente há que se falar das provas originárias, ou seja, obtidas através de exames, prontuários físicos ou eletrônicos, contudo também estão abraçadas nesse viés as provas derivadas, aquelas que somente foram conseguidas em decorrência de outra prova originariamente ilícita.

Nestes casos as provas produzidas pelo profissional de saúde não somente são ilícitas como são produzidas por meio ilícito, vez que há proibição em normativa regulamentadora da medicina que prevê a proibição da cedência de quaisquer documentos que incrimine paciente.

Assim a legislação brasileira reconhece a inadmissibilidade das provas ilícitas e as destas derivadas, como se pode ver no artigo supracitado em seu parágrafo primeiro.

Nesse sentido temos o que a doutrina entende como teoria dos frutos da árvore envenenada, que para Dezem (2008, p. 134) “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências”.

Nesse passo cabe analisar afundo, o ciclo provocado pela quebra do sigilo médico profissional que é o norte para a investigação e ação criminal dos crimes de aborto, seria as provas cedidas pelos profissionais ou obtidas diretamente por eles ilícitas em razão da quebra do sigilo, nesse sentido se o Estado somente obteve conhecimento do fato delituoso por esse meio, logo todas as demais provas estão ligadas a quebra do sigilo médico, seja por depoimentos de parentes, mensagens de textos e afins, pois se o Estado não tivesse conhecimento do crime pela quebra do sigilo do profissional não haveria investigação e consequente ação criminal, assim a prova derivada não seria produzida se a prova ilícita não existisse.

Nesse sentido é o que fundamenta Rangel, Braga e Machado,

Desse modo, para saber se uma prova foi contaminada pela prova ilícita é necessário saber se a prova questionada como derivada teria sido produzida ainda que a prova ilícita não tivesse sido obtida. Faz-se necessário uma conexão mais que natural, é preciso uma conexão jurídica. Assim, o problema passa a ser o da identificação da conexão da antijuridicidade entre as provas. É preciso verificar se há algum elemento capaz de romper juridicamente a relação de causalidade e, sobretudo, analisar se a admissão da segunda prova como ilícita contribui para defesa dos direitos que se objetiva proteger através da proibição da prova ilícita. Ou seja, a teoria em questão somente tem sentido quando a eliminação da

segunda prova traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais. Conforme as correntes estudadas acerca da prova ilícita, a corrente obstativa, que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, deriva da teoria do fruto da árvore envenenada, pois considera que o ilícito na obtenção da prova contamina não apenas o resultado havido, mas até as provas subsequentes que só puderam ser produzidas graças a obtenção da prova ilícita.(2014,p.185)

Nos casos do crime de aborto denunciados pela quebra do sigilo profissional, não há como romper a relação entre a causalidade ou as consequências que sofrerá a paciente da quebra do sigilo, desse modo tudo o que se desenrolar através dele está contaminado, logo se torna inadmissível processualmente.

Sobre essas espécies de provas, Silva (2008, p.184): “[...] em resumo, a prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material.”

5 CONCLUSÃO

Após todas estas considerações a respeito da temática verifica-se que o entendimento dos tribunais brasileiros tem mudado significativamente a respeito do Aborto. Primeiramente a Suprema Corte tem entendido desde 2012 que anencéfalos são suscetíveis a práticas abortivas desde que cumpridos todos os requisitos legais.

Com relação a problemática deste artigo durante muitos anos as cortes não consideraram que a divulgação de informações a polícia para que se inicie a ação penal como uma violação de direitos, que vai de encontro a proteção constitucional dada frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, resguardado pelo princípio da intimidade, além da privacidade.

Contudo o entendimento adotado pela ministra do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, abriu um forte precedente de uma melhor interpretação da legislação infraconstitucional que dá concretude à normativa constitucional, qual seja a proteção do sigilo profissional, considerando a quebre deste em casos não abrangidos pela permissividade, como uma provas ilícita originária e por derivação, fazendo com que o processo caminhe para a nulidade, logo que não pode o mesmo ser unicamente pautado em provas ilícitas, bem como ainda mesmo que o MP busque outras provas as mesmas não de ser diretamente ligadas a denúncia medica logo serão provas ilícitas derivadas.

Além disso, o entendimento de que o fato apresenta nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada, de modo que médicos e outros profissionais que possuem informações privilegiadas tem o dever ético e jurídico de guardar o segredo, guardar o sigilo das informações de seus pacientes/clientes.

Fica, portanto, explícito que a quebra do sigilo médico, seja através da comunicação do crime de aborto, seja através da disponibilização de documentos que possam ensejar em ação penal contra paciente, configuram nas ilicitudes das provas, bem como falta de justa causa para a propositura de ação penal.

Isto porque estes profissionais têm acesso a estes tipos de informações em virtude da relação de confiança estabelecida e ínsita na relação médico-paciente.

Restando, portanto, reprovável a ação médica que viola o sigilo, viola o segredo frente a uma situação deste tipo (aborto) sem que de fato haja um permissivo legal. Além disso considera-se tal ação como constrangimento ilegal, frente a quantidade de prejuízos que a paciente/cliente terá, em todos os campos.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Felipe Babiski; MACHADO, Patrícia Portela; RANGEL Tauã Lima Verdan. **Legitimidade das gravações midiáticas no processo civil: uma reflexão à luz da teoria da árvore dos frutos envenenados**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/28091/legitimidade-das-gravacoes-midiaticas-no-processo-civil> >. Acesso em: 23 maio. 2019.

BRASIL, Código de Processo Penal. **decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 331941**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 25 maio. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Ed. Administrativa do Senado, Brasília, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro 1940**. Código Penal, Brasília, DF, dez 1940. Disponível em: <http://www.imprensa nacional.gov.br/mp_leis/leis_texto.asp?Id=LEI%209887>. Acesso em: 03 maio. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3688, de 03 de outubro de 1941**. Dispõe sobre a Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm />. Acesso em: 13 maio. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.**

Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 maio.2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. São Paulo: Millenium, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. totalmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FILHO, Jorge Rezende; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; BARCELLOS, José Maria. Abortamento. In: REZENDE Jorge de et al. (Coord.). **Obstetrícia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

FREITAS, André Guilherme Tavares. **Tutela penal dos direitos humanos**. A proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Editora Juruá. 2015.

GRINOVER, Ada Pelegrini; SCARANCE, Antônio Fernandes; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. vol. V. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MEDICINA, Conselho Federal de. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122>. Acesso em: 06 maio. 2019.

MEDICINA, Conselho Federal de. **RESOLUÇÃO CFM Nº 1.605, DE 15 DE SETEMBRO DE 2000**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=3051>. Acesso em: 06 maio. 2019.

MEDICINA, Conselho Federal de. **CIRCULAR CFM Nº 16/2018 - COJUR**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=14962>. Acesso em: 14 de maio. 2019.

MIRABETE, **Código de Processo Penal Interpretado**. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MORAIS, Irany Novah. **Erro médico e a Lei**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

NETO, Miguel Kifouri. **Responsabilidade civil do médico**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Correia das. **Violação do sigilo médico e exercício ilegal da Medicina**. Lisboa: Livraria Petrony, 1963.

PESSINI, Leo BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul de. **Problemas atuais da Bioética**. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Edições Loyola. 2008.
PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SALES-PERES, Sílvia Helena de Carvalho; SALES-PERES, Arsênio; FANTINI, Amanda Maria; *et al.* Sigilo profissional e valores éticos. **RFO - Revista da Faculdade de Odontologia da Universidade de Passo Fundo**, Passo Fundo, v. 13, n. ja/abr., p. 7-13, 2008. Disponível em:
<http://www.upf.br/editora/revistas/odonto/arquivos/13-01/sigilo_profissional.pdf>. Acesso em: 05 de maio.2019.

SILVA, César Dario Mariano da, **Provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade**, Jornal Carta Forense, 2010.

SOBRINHO, Mário Sérgio; LACAVA, Thaís Aroca Datcho. **O sigilo profissional e a produção da prova**. In: Almeida, José Raul Gavião de. FERNANDES, Antônio Scarance; MORAES, Maurício Zanóide de. (coord). **Sigilo no Processo Penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TRINDADE, André. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2011.