

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
SISTEMA DE BIBLIOTECAS DA UNICAMP
REPOSITÓRIO DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA E INTELECTUAL DA UNICAMP

Versão do arquivo anexado / Version of attached file:

Versão do Editor / Published Version

Mais informações no site da editora / Further information on publisher's website:

<https://revistas.unifieo.br/rmd/article/view/1418>

DOI: 0

Direitos autorais / Publisher's copyright statement:

©2021 by UNIFIEO. All rights reserved.

DIRETORIA DE TRATAMENTO DA INFORMAÇÃO

Cidade Universitária Zeferino Vaz Barão Geraldo

CEP 13083-970 – Campinas SP

Fone: (19) 3521-6493

<http://www.repositorio.unicamp.br>

ASPECTOS GERAIS DA RELAÇÃO ENTRE O ABORTO PROVOCADO E O SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

GENERAL ASPECTS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN PROVOKED ABORTION AND PROFESSIONAL MEDICAL CONFIDENTIALITY

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis¹
anaelisasqa@gmail.com

Cíntia Carvalho de Melo²
cynthiamelo.adv@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As nuances históricas político-normativas do aborto no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Obstáculos ético-normativos do sigilo médico no caso do aborto. 4. Conclusão. 5. Referências.

RESUMO:

O presente artigo procura problematizar os conflitos ético-normativos sofridos pelos profissionais de saúde quando decidem ou não aplicar o instituto do sigilo médico nos casos em que a gestante deseja abortar fora das hipóteses legais. O texto busca se desvencilhar da polêmica em torno do início da vida, objetivando discutir apenas a faceta jurídica do aborto, analisando normas específicas que tratam do dever legal do exercício da medicina e quais as consequências da decisão de quebrar ou não o segredo profissional. Através do método sistêmico, foram analisadas as normas que tratam do assunto em questão para admitir a premissa de que a quebra do sigilo médico no caso concreto afeta o tipo penal do aborto em si, devendo ser estudado quando da elaboração de legislação acerca do crime em sua forma pura. Foi realizada uma revisão bibliográfica e histórica do aborto e do instituto do sigilo médico profissional, chegando-se à conclusão de que uma medida normativa e legislativa se demonstra imperiosa para garantir uma segurança jurídica aos profissionais de saúde no exercício de sua profissão.

Palavras-chave:

aborto provocado; sigilo médico profissional; conflito ético-normativo.

ABSTRACT:

This article seeks to elucidate the ethical-normative conflicts suffered by health professionals when they decide on applying or not the institute of medical

Recebido: 10-1-2004
Aprovado: 15-02-2024

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12167835>

¹ Doutora em Educação pela UNICAMP.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais, FDSM.

confidentiality in cases where the pregnant woman wishes to abort outside the legal hypothesis. The text seeks to get rid of controversy surrounding the beginning of life, aiming to discuss only the legal aspects of abortion, analyzing specific norms that deal with legal duty of practicing medicine and which are the consequences of the decision to break medical confidentiality or not. Through the systemic method, the norms that deal with the subject in question were analyzed to admit the premise that the breach of medical confidentiality in the specific case affects the criminal nature of the abortion itself, and must be studied when drafting legislation regarding the crime in question in its pure form. A bibliographical and a historical review of abortion and the institute of professional medical secrecy were carried out, concluding that a legal normative measure proves to be imperative to guarantee legal security to professionals of health in the exercise of their profession.

Keywords:

provoked abortion; professional medical secrecy; ethical-normative conflicts

1. INTRODUÇÃO

No que tange ao certame do aborto, não são poucas as polêmicas legais, culturais, religiosas, sociais e médicas que o envolvem. Objeto de enfartamento por parte de grande gama da sociedade brasileira, à prática foi dado um tratamento conflituoso, focando demasiadamente na oposição entre direito à vida em contrapartida com a liberdade individual e de escolha da mulher, sem que fossem analisadas as nuances legais e normativas que o ordenamento jurídico deixa a mercê de interpretações contrapartidas.

Previsto nos artigos 124³, 125⁴ e 126⁵ do Código Penal de 1940, o aborto provocado ou induzido se caracteriza pelo fato de que não ocorreu devido a circunstâncias naturais, ou seja, houve interferência externa para retirar o feto ou embrião, com ou sem o consentimento da gestante (Brasil, 1940)

O aborto induzido se caracteriza pela expulsão ou extração voluntária do feto ou embrião através de um procedimento clínico ou por métodos não reconhecidos na medicina. Algumas modalidades são legais ou ao menos permitidas por hermenêutica jurídica, quais sejam: o aborto terapêutico/necessário (quando a vida da gestante estiver correndo perigo e não houver outra forma de salvá-la), o sentimental/humanitário (quando a gravidez decorre de estupro) ou o aborto no caso de feto anencefálico (Costa, 2017).

O aborto induzido que não se enquadra em nenhuma dessas categorias é taxado como criminoso, não importando as circunstâncias sociais, físicas ou econômicas da gestante. Ele foi assim considerado tipo penal no Código de 1940 uma vez que o legislador o enquadrrou

³ O art. 124 do Código Penal determina pena de um a três anos à mulher que provoca aborto em si mesmo ou se consentiu para que alguém o fizesse.

⁴ O art. 125 do Código Penal determina pena de três a dez anos à pessoa que, de alguma forma, prova o aborto na gestante sem o consentimento dela.

⁵ Já o art. 126 do Código Penal aplica pena de um a quatro anos àquele que, com o consentimento da gestante, provoca o aborto. A pena é aumentada no caso de o procedimento ser feito em menina menor de 14 anos ou com algum tipo de deficiência mental.

como crime contra a vida. O grande fato gerador da discussão binária que mais envolve o aborto é que o início dessa determinada vida não está definido de forma unânime no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, dá ensejo a intermináveis interpretações dos mais variados grupos sociais.

A questão de quando se inicia a vida, segundo a biologia, baseia-se nas etapas do desenvolvimento embrionário. No entanto, diversas são as teorias que divergem da fixação de um ponto específico neste processo biológico para caracterizar o começo definitivo de uma vida humana. Defensores da visão concepcional, por exemplo, a definem como a fecundação do óvulo com o espermatozoide, que concedem ao embrião o mesmo status de um indivíduo já nascido, utilizando-se da disposição do artigo 2º do Código Civil como argumento⁶ para a previsão de direitos ao nascituro. (Costa; Júnior, 2015).

Há, entretanto, aqueles que defendem que a vida apenas se enceta com o desenvolvimento do sistema nervoso central, ou seja, com a formação do cérebro humano. Costa e Júnior (2015), por exemplo, entendem que essa seria a teoria correta a ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois seria da essência do ser humano o pensar, o sentir, a psiquê e não apenas a vida biológica, pois isso o torna diferente dos outros animais.

Passando-se ao tratamento normativo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 apenas prevê, em seu art. 5º⁷, que a vida é um direito inviolável. Contudo, além de não detalhar a teoria adotada para conceitua-la, ainda a coloca em uma posição hierárquica semelhante aos direitos como liberdade, igualdade, segurança e propriedade privada.

A indagação de quando efetivamente se inicia a vida entra em conflito com a decisão de proceder à interrupção de uma gestação. Em que pese o Código Penal ser claro quanto à penalização daquela que decide por essa interrupção e que não se encaixa nos casos permitidos, a polêmica envolvendo o aborto ainda encara copiosas incertezas normativas, tanto constitucionais, quanto legais e até mesmo jurisprudenciais.

Para exemplificar: em 2012, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, foi regulamentado e ampliado, por meio de um processo interpretativo do Supremo Tribunal Federal, um novo caso no qual a realização do aborto é permitida e não criminalizada, incluindo neste rol a interrupção da gravidez quando se constatar a anencefalia do feto. De certo modo, pode-se dizer que o processo interpretativo dos Tribunais caminha para a flexibilização das normas do aborto, dando prioridade a medidas diferentes da penalização.

Por outro lado, no ano de 2020, foi publicada Portaria de nº 2.282/20 do Ministério da Saúde/Governo Federal que torna obrigatória a notificação do procedimento pelo médico que aceita realizar o aborto em vítimas de estupro (Brasil, 2020). Segundo a jurista Jaqueline Valles (2020), tal portaria representa um retrocesso no aborto sentimental, uma vez que é atribuído ao médico um caráter investigativo e acusador, representando um duplo constrangimento à mulher.

Dessa forma, é possível perceber que, mesmo acerca dos tipos legais ou permitidos

⁶ O art. 2º do Código Civil diz que: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (Brasil, 2002, *on-line*)”

⁷ O art. 5º do Código Civil diz que: “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 [...]” (Brasil, 1988, *on-line*).

do aborto ainda existe vultuosa controvérsia, não havendo uma segurança jurídica, social ou mesmo prática às mulheres que desejam realizar o procedimento e nem à sociedade, uma vez que o ordenamento jurídico não definiu de forma clara o conceito de vida e se ela é atribuída ao feto da mesma forma que à pessoa detentora de personalidade civil.

O presente artigo abordará duas facetas do instituto do aborto provocado no Brasil: a primeira parte se refere à faceta histórica, que trará consigo o caminho normativo e político percorrido pelo crime de aborto até a sua penalização hoje determinada no Código Penal de 1940, mencionando as mudanças normativas e jurisprudenciais pela qual passou. Já a segunda parte irá tratar do conflito entre bioética e ordenamento jurídico enfrentado pelos profissionais da área de saúde, uma vez que deparam com possibilidades contraditórias de conduta.

2. AS NUANCES HISTÓRICAS POLÍTICO-NORMATIVAS DO ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Uma das mais importantes influências do tratamento jurídico dado ao aborto foi a ingerência da religião sobre o Estado. Desde a conquista pelos portugueses e do processo de coerção conversiva dos povos ao cristianismo, o Brasil foi um país predominantemente católico, tendo em vista a influência quadrissecular da religião advinda principalmente de Portugal (Azevedo, 2002). No entanto, foi em meados do século XVIII, em que a Religião Católica passou a ser oficial⁸, que o Estado começou a se preocupar com questões familiares as quais supostamente prejudicavam a imagem católica, como a ociosidade e a promiscuidade.

A religião, juntamente com outras instituições como a escola e a própria família, possui um campo simbólico relativamente autônomo, no sentido de determinar a concepção do saber a partir de uma lógica binária e antagônica, de inclusão e exclusão, definindo os limites do que deve ser discutido e estabelecendo o que é admitido sem qualquer tipo de discussão (Bourdieu, 1974).

Dessa forma, é possível vislumbrar como o processo de oposição contribuiu para a definição da ordem social, uma vez que muitos assuntos, como no caso, o aborto, foram caracterizados como tabu, devendo ser tomado como um conceito axiomático, o que atrasou a sua transformação linguística, cultural e normativa.

O processo de dominação cultural da religião começou a exercer sua influência de tal forma que Igreja e Estado passaram a ser instituições complementares no exercício do governo. O papel do Estado era garantir a administração das colônias e a soberania portuguesa, desenvolvendo políticas de povoamento, mão-de-obra e demais ações públicas, enquanto a Igreja promovia uma ideia geral de obediência ao Estado e enaltecia seus dogmas aos governantes (Fausto, 1994).

Após a proclamação da República em 1889, passou a vigorar o Código Penal de 1890.

⁸ Como é possível perceber na Constituição de 1824, em seu artigo 5, o catolicismo já era a religião oficial antes mesmo da formulação de um ordenamento jurídico brasileiro formal, sendo que a Carta deixa claro que a religião do Império é a católica apostólica romana, enquanto as demais são permitidas no lar individual da pessoa ou em templos específicos.

Nessa época, houve uma revolução em que, tanto a associação médica quanto a religiosa, buscavam veementemente uma punição severa não apenas ao terceiro que auxiliava no procedimento abortivo, mas também à mulher que decidira por sua realização. Isso devido à aversão especificamente ao movimento neomalthusianista em crescimento na Europa, que por sua vez enquadrava o aborto como uma técnica de combate à miséria (Silva, 2012).

Por mais que nessa época o aborto já fosse considerado objeto de repulsa, a pena prevista no Código Penal de 1890 era maior do que a contida anteriormente no Código Criminal de 1830. Além disso, a punição no ordenamento de 1890 era destinada à própria mulher gestante, ao médico que realizasse o procedimento e ao terceiro de forma severa, enquanto que no Código anterior a mulher era penalizada somente quando causava a morte do filho recém-nascido.

Assim, o tipo penal do aborto foi tratado de forma específica, em capítulo próprio e com pena maior do que aquela prevista no Código Criminal de 1830, que enquadrava o crime de aborto na Seção II (Infanticídio). A partir de 1890, portanto, pode-se dizer que o assunto passou a ser estudado de forma mais esmiuçada e autônoma, devido principalmente aos estudos sociais e biológicos que surgiam na época (Villa, 2015).

Uma das hipóteses de redução da pena destinada à gestante que cometesse o aborto se dava quando o procedimento era realizado para ocultar sua “desonra”⁹, que era assim definida como a hipótese em que mulher engravidava fora do matrimônio. Além de considerar que a sociedade já punia o bastante a mulher que não gerasse um filho através da forma considerada “ideal”, essa previsão de diminuição da pena se comunica com a cultura patriarcal predominante na sociedade da época (Silva, 2012). O temor da ilegitimidade de um filho por parte do pai ou a busca pela pureza através da virgindade, eram questões que incentivaram a previsão deste crime.

Com a outorga da Constituição de 1891, havia uma pretensão política por parte da República e dos constituintes de “retirar” a Igreja Católica do poder e passar a ideia de laicidade estatal, mas mantendo a segurança e a ordem. O parágrafo 7º do art. 72 da Carta expressava claramente que não existia uma religião oficial no Estado, enquanto o parágrafo 4º dispunha que: “a Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” (Brasil, 1891, *on-line*).

No entanto, a influência religiosa já havia sido consolidada. Os dogmas culturais e morais da Igreja foram assim legitimados como aqueles que deveriam ser seguidos. A preocupação do constituinte era transmitir a ideia de um Estado forte e convicto em seu ordenamento jurídico, mas nunca chegou a se desvencilhar dos traços mais fortes do catolicismo, como o patriarcado (Villa, 2015).

Podemos ponderar que o fato do aborto em 1890 ser severamente penalizado está correlacionado ao modelo militar e estritamente patriarcal da época. O dispositivo que prevê a diminuição da pena da mulher para ocultar sua desonra já alimenta o argumento de que o Estado não estava, à época, preocupado com a vida do feto ou mesmo da gestante, mas sim com a imagem do homem chefe de família e com o aumento efetivo da prole para servir futuramente ao Estado.

⁹ Caso a mulher cometesse o aborto para esconder sua desonra, a punição seria menor, pois não iria ser recolhida à prisão, e sim teria uma pena de trabalho de um a seis anos.

O tratamento do aborto na ordem social e cultural foi sofrendo mudanças significativas no século XX. Em 1918, por exemplo, um tribunal de Nova York permitiu que médicos prescrevessem contraceptivos e em 1921 foi aberta a primeira clínica de controle de natalidade no Reino Unido. Já nos Estados Unidos, a Suprema Corte decretou que as leis contra o aborto violavam o direito constitucional à privacidade, dando ensejo à legalização do procedimento em todos os estados (Rebouças; Do Socorro Dutra, 2011).

Na Europa, no entanto, diante do forte sentimento patriota e fundamentalista em ascensão, principalmente na Alemanha nazista e na França natalista, o aborto era considerado um crime contra a nação (Rebouças; Do Socorro Dutra, 2011). No Brasil, a prática continuava como crime passível de punição, sendo que a única atenuante até a reforma penal de 1940 ainda era a realização do procedimento para ocultar possível desonra por parte da mulher.

A Era Vargas foi marcada por um processo da industrialização e ingerência de valores tradicionalistas na sociedade, que flertavam com regimes autoritários e patrióticos advindos da Europa (Villa, 2015). Dessa forma, era de se esperar que o instituto do aborto recebesse o mesmo tratamento que nesses países.

A Constituição de 1937 inclusive regulamentava, de forma ainda mais interventiva, a família comum, o que não era objeto de imiscuição nas constituições prévias. O artigo 124 dizia, por exemplo, que a família era embasada em um casamento indissolúvel e previa que “às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos” (Brasil, 1937, *on-line*).

Ou seja, a compensação financeira pelo número de filhos estimulava o crescimento populacional e, por consequência, o aumento da classe trabalhadora, objeto primordial do governo varguista (Villa, 2015). A possível legalização do aborto não era sequer discutida, pois além de ir de encontro aos valores tradicionais neofascistas da época, ainda se mostrava como uma ameaça ao processo de industrialização e crescimento citadino.

Mesmo assim, o Código Penal de 1940 inseriu duas exceções em seu artigo 128, segundo o qual não se puniria o aborto provocado pelo médico quando não houvesse outro meio de salvar a gestante ou quando a gravidez tivesse sido resultado de estupro (Brasil, 1940).

Parte dessa mudança no pensamento acerca do aborto se deve à ascensão dos movimentos feministas, que passaram a ser levados em consideração não apenas como sociais, mas também como científicos e culturais. Sendo influenciados pelos seus parentes internacionais, especialmente o estadunidense nas décadas de 1970 e 1980, os movimentos tiveram como princípio básico os direitos individuais, com fulcro na diminuição das desigualdades sociais. O aborto então passou a ser visto como uma luta pela liberdade individual da mulher (Rebouças; Do Socorro Dutra, 2011).

Ao longo do século XX, os grupos sociais que impulsionavam as campanhas feministas estavam mais organizados, com mulheres já possuindo acesso à educação, trabalho e voto. Foi o momento da revolução sexual e literária, no qual o planejamento familiar, o controle de natalidade, o direito ao prazer e o aborto se integravam nas políticas públicas demandadas (Duarte, 2003).

A partir da década de 1970, o feminismo no Brasil começou a se erguer como uma

resposta direta ao período ditatorial. Influenciado pela ascensão e avanços nas políticas públicas sociais no exterior, a 4ª onda do feminismo, marcada por reivindicações mais ousadas que buscavam a mudança da visão sobre a condição feminina e o fim da discriminação, foi um dos grandes movimentos que procurava mudar a perspectiva da sociedade acerca do aborto (Duarte, 2003).

Mesmo a partir da reabertura democrática na década de 1980, o conteúdo jurídico e legislativo do aborto ainda era escasso. Algumas propostas foram levantadas, inclusive acerca da descriminalização do procedimento em todas as ocasiões como forma de evitar uma gravidez indesejada e eventuais problemas de abandono familiar, saúde pública, dentre outros (Silva, 2012). Contudo, a represália por parte da maioria política e da sociedade civil e religiosa sustou qualquer avanço significativo na norma escrita.

Foi apenas em 2012 que o Código Penal sofreu uma modificação para incluir, entre os tipos lícitos de aborto e, portanto, descriminalizando a conduta da gestante, aquele realizado quando for comprovado que o feto se caracteriza como anencefálico. Tal inclusão se deu a partir de um processo interpretativo do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Preceito Fundamental n. 54, já mencionado na introdução.

Ainda que não fossem registradas mudanças legislativas substanciais no Código Penal acerca do crime de aborto, outras normas passaram a ser atualizadas para melhor atender às questões sociais e médicas da mulher. Na década de 1990, por exemplo, foi aprovado projeto de lei n. 90/91, que discorria acerca da obrigatoriedade do atendimento, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de mulheres que optavam pela realização do aborto legal,

Essa previsão foi um marco porque, por mais que a legislação previsse a descriminalização do aborto nos casos das exceções do art. 124 do Código Penal, o Poder Executivo não disponibilizava elementos para que o procedimento fosse feito de forma segura até a elaboração desse projeto de Lei. Assim, com a sua promulgação, ao aborto naqueles casos específicos foram promovidas políticas públicas para garantir o melhor atendimento à gestante.

Nessa mesma época, foram publicadas diversas pesquisas de opinião, inclusive entre os católicos, revelando que boa parte da comunidade era contra o pensamento dominante da Igreja e a favor do direito de decidir da mulher em casos de estupro ou de risco de morte da gestante, expondo as dissidências do discurso religioso oficial dominante (Ramirez-Galvez, 1999).

Dessa forma, pode-se dizer que o tratamento jurídico do aborto foi dado a passos lentos, incluindo algumas exceções e diminuindo a pena destinada à mulher. No entanto, a demora legislativa em atender às demais questões que circundam o assunto, como saúde e segurança pública, abandono de menores, necessidade de penalização, dentre outros, fizeram com que a discussão fosse levada ao Judiciário, o que levanta ainda o debate acerca de ativismo judicial e segurança jurídica.

O conteúdo normativo que engloba o aborto, no entanto, não está adstrito apenas à definição da vida e liberdade individual da mulher. A contenda se alastra por diversas faces da sociedade, em especial pela comunidade médica. O desalinho jurídico que os profissionais de saúde são obrigados a enfrentar vão além do aspecto penal, conforme se verá a seguir.

3. OBSTÁCULOS ÉTICO-NORMATIVOS DO SIGILO MÉDICO NO CASO DO ABORTO

Dada essa perspectiva histórica acerca do crime de aborto no geral, necessária a análise da conduta específica dos profissionais de saúde quando se deparam com um caso, seja ele permitido ou não. No cerne da questão, se encontra o instituto do segredo profissional.

A face legal e deontológica do segredo médico, assim considerado um direito-dever, surge em consonância com o princípio da privacidade, que é definido não apenas como o controle que o indivíduo exerce sobre do próprio corpo, respeitando o espaço pessoal alheio, mas também como uma condição de intimidade.

Na área da saúde, a preservação da privacidade - seja ela vista como um status ou como um direito do paciente - permite que este revele a seu médico situações potencialmente embaraçosas, num ambiente de grande confiança e com o propósito de cuidados com sua integridade física e emocional. A confidencialidade está intimamente relacionada com o conceito de privacidade e com um conceito mais restrito de comunicação privilegiada (*privileged communication*), compartilhando com ambos uma idéia de acesso limitado de terceiros ao corpo ou mente de um indivíduo em particular. (De Azambuja Loch, 2009, p. 51).

Dessa forma, a previsão de um instituto que garantisse aos pacientes a privacidade necessária para que pudessem compartilhar seus maiores medos e desejos ao profissional de saúde, foi considerada para a concessão de uma maior transparência e segurança tanto na comunidade médica, quanto na sociedade como um todo.

A relação entre paciente e médico deveria ir além do embasamento científico para que fossem realizados os melhores tratamentos ao indivíduo e à sua família. A confiança no profissional de saúde poderia ser assim comparada à intimidade religiosa, como por exemplo, à confissão inerente da Igreja Católica, que foi sacralizada como forma de garantir que a comunicação fosse estritamente transparente e privada.

O mesmo ocorre na instituição da advocacia, por exemplo. O sigilo profissional, previsto no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, é um dos pilares do exercício da profissão. O artigo 26, inclusive, dispõe que “O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício [...]” (Do Brasil, 1995, *on-line*).

Nesse sentido, a comunicação e confiança são os pilares do princípio da não inviolabilidade de informações de terceiros no exercício de um ofício. Mais do que um

interesse moral, o sigilo é uma peça fundamental para o efetivo exercício de diversas profissões, principalmente na área da Medicina, uma vez que englobam os assuntos mais pessoais do indivíduo.

Para De Azambuja Loch (2009), o repasse de informações pessoais tão íntimas como aquelas que dizem respeito à saúde e privacidade de um indivíduo, somente seria feito se houvesse uma confiança basilar construída sob um relacionamento de mútua compreensão e verdade. O paciente confidenciaria suas informações para sentir-se seguro, enquanto o médico faria suas promessas e transmitiria seus dados com o intuito de ganhar a cooperação do indivíduo para realizar o melhor tratamento possível sem demasiadas objeções.

Monte (2009) vai mais além, dizendo que, sem a existência do sigilo como uma instituição e dever legal, a profissão do médico não teria prestígio suficiente e decairia nos conceitos da sociedade, o que faz com que haja um interesse corporativo no cerne da questão para que a profissão seja respeitada.

A importância da confidencialidade e privacidade como um todo não se limita apenas à relação entre médico e paciente. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe que “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” (Brasil, 1988, on-line).

Determinado pela legislação federal como um dos princípios fundamentais da Medicina, o Código de Ética Médica, em seu Capítulo primeiro, inciso XI, dispõe que: “O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.” (Conselho Federal De Medicina, 2019, p. 16).

O Código também dedicou um capítulo inteiro ao instituto do sigilo médico, orientando os profissionais sobre práticas vedadas. O artigo 73, por exemplo, afirma que é proibido ao médico revelar algum fato cujo conhecimento se deu pelo exercício da profissão, “salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.” (Conselho Federal De Medicina, 2019, p. 35).

O dever legal médico não se resume àquele inerente do estrito cumprimento do dever legal de um agente público, previsto no artigo 23, inciso III, do Código Penal¹⁰ como uma excludente de ilicitude. Há de se ressaltar que o profissional de medicina apenas se encaixa nesta categoria quando labora para o SUS.

Na realidade, a classe médica como um todo, não apenas aqueles que atuam na esfera pública, possui um conceito próprio e intrínseco de dever legal, que está associado com a responsabilidade de cuidar e se preocupar com as consequências de suas ações, uma vez que afetam a dignidade, corpo e saúde do indivíduo (Conselho Federal De Medicina, 2019).

No entanto, também está caracterizado como o comprometimento do profissional com a sociedade e a norma. Em tese, a previsão do dever legal como uma das excludentes da aplicação do sigilo médico no Código de Ética permite que qualquer conduta confiada ao profissional pelo seu paciente possa ser informada às autoridades, se assim for prevista como

¹⁰ O art. 23 do Código Penal diz que: “não há crime quando o agente pratica o fato: [...] em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”. (Brasil, 1940, on-line)

um tipo penal.

No caso do aborto, entra-se, no entanto, em um paradoxo moral-normativo que o profissional da saúde deve encarar. Por um lado, seu dever legal com o paciente, por outro, seu dever legal com a sociedade e a lei em comunicar uma eventual prática criminosa. A relação causal atribuída ao médico faz com que ele se veja obrigado a sopesar as consequências em dois casos: sigilo ao realizar o procedimento abortivo ou mesmo ao apenas ser informado da intenção da paciente ou denúncia formal da conduta ilícita da gestante.

A contenda entre bioética e moral é intrincada. Tanto na situação em que a gestante procura seus serviços para a realização de aborto legal, quanto para aborto ilegal, o médico se vê obrigado a fazer uma introspecção ética, moral e normativa, tendo que escolher entre priorizar o seu dever com o paciente ou com a sociedade.

Consequentemente, o profissional, adotando um posicionamento ético-político, deve analisar as atribuições que lhe são confiadas, compreender as problemáticas que se colocam na sua ação, as atividades que desenvolve, i.e., verificar quais os valores subjacentes à sua intervenção de modo a incorporá-los na sua prática quotidiana, terá igualmente que estar ciente de que as tomadas de decisão proporcionam o aparecimento de dilemas, visto, em muitos casos, qualquer que seja a “escolha”, esta pressupõe como resultado uma ação indesejada. (Silva, 2007, p. 107).

Na hipótese em que o médico possui conhecimento da intenção da mulher de abortar ilegalmente, mesmo que ele decida por não realizar o procedimento, ainda poderia, em tese, quebrar o sigilo para alertar as autoridades sobre o caso e inclusive denunciar a possível conduta da mesma ou do profissional que efetivamente realizar o aborto.

É uma situação delicada e que gera efeitos negativos tanto na sociedade, quanto no ordenamento jurídico. A confidencialidade e o respeito à privacidade constituem preceitos morais tradicionais das profissões de saúde, indicando o dever de guarda e reserva em relação aos dados de terceiro a que se tem acesso em virtude do exercício da atividade laboral. Deles depende a base de confiança que deve nortear a relação entre o profissional e o paciente.

A penalização dos profissionais nesses casos específicos do aborto, seja pela quebra do sigilo, seja pela não comunicação do crime, cria uma espécie de insegurança no ordenamento jurídico. Além desse aspecto moral, o profissional pode ser inclusive penalizado caso sejam constatados elementos culposos em sua conduta.

Na esfera médica, a culpa se caracteriza a partir da percepção da violação do dever objetivo de cuidado, que pode derivar da negligência, imprudência ou imperícia no momento da atuação profissional; previsibilidade objetiva do resultado, ou seja, a capacidade de um ser humano médio de antecipar as consequências que determinada conduta irá trazer; e a potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa do médico (De Souza, 2009)

Desde o Código Penal de 1890, a noção de violação culposa pode ser relacionada com a culpabilidade, que é o grau de reprovabilidade da conduta do sujeito, ou seja, o quão vil seria sua atitude de acordo com a moral da sociedade em que se encontra (Nucci, 2007). Com o avanço no estudo da criminologia, o ordenamento jurídico brasileiro adotou uma dogmática analítica ou operacional do fato punível (Dos Santos, 2002)

No entanto, para que se haja uma definição efetivamente analítica do fato punível, o ordenamento e a doutrina ainda analisam o conceito de culpabilidade, que envolve os elementos individuais do crime, ou seja, aqueles inerentes ao próprio sujeito ativo, como capacidade penal, conhecimento da antijuridicidade e exigibilidade de comportamento diverso (Dos Santos, 2002).

Esses elementos da culpabilidade fazem parte de um movimento da criminologia que pretende adequar a pena ao comportamento do indivíduo, associando-a a um preceito de proporcionalidade e necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana (Dos Santos, 2002).

Essa inquirição encontra uma dificuldade intrínseca no caso objeto do presente artigo, pois, além do dever como cidadão que vive em sociedade, o médico também possui o compromisso legal e moral específico de sua profissão, tendo a responsabilidade de atuar conforme o Código de Ética e mantendo o sigilo de forma a compactuar com o dever objetivo do cuidado e preservar a relação com o paciente.

Cai-se então em um limbo normativo. A lei e as normas específicas determinam que o médico deverá guardar sigilo no exercício de sua profissão, protegendo a vida e intimidades do paciente. Além de todas as disposições já mencionadas, o próprio Código Penal, em seu artigo 154, prevê uma pena de detenção, de três meses a um ano ou multa, àquele que “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 (Brasil, 1940, on-line)”.

Do outro lado, o dever moral para com a sociedade de denunciar um paciente que cometeu ou pretende cometer um crime, mesmo que isso acabe violando as regras de conduta de sua profissão, ou mesmo consentindo na realização do aborto em si, o que por sua vez constitui um tipo penal, visto que o artigo 126 do Código Penal prevê a detenção para o terceiro que pratica o aborto com o consentimento da gestante.

O conflito está ainda mais aparente quando se adentra na categoria da omissão como ação, ou seja, o profissional de saúde não realiza o aborto pessoalmente, mas possui conhecimento de que sua paciente deseja abortar e assim o fará ou fez em outra clínica. Em tese, o sigilo médico deverá prevalecer como forma de preservar a intimidade da mulher. A Resolução nº 1.605/2000 do Conselho Federal de Medicina dispõe que:

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. (Conselho Federal de Medicina, 2000, *on-line*)

Dessa forma, na situação descrita, seria uma obrigação ética o profissional de saúde não revelar as informações lhe passadas confidencialmente pela gestante que comunicou sua intenção de abortar. Contudo, a partir do momento em que o médico decide não comunicar a intenção ou efetiva realização do aborto, o ordenamento jurídico permite, através do instituto do crime omissivo impróprio, que este mesmo médico seja penalizado.

Adentra-se, portanto, em outro conflito ético-normativo: o princípio da liberdade contra a autoincriminação. Também conhecido no ordenamento como *nemo tenetur se ipsum*, esse princípio prevê uma garantia ao cidadão de que ele não será obrigado a produzir provas contra si mesmo. Ele é classificado como um direito fundamental em si, porquanto na mesma posição hierárquica da liberdade individual e dignidade da pessoa humana (Marteletto Filho, 2011).

Neste sentido, considerando que o médico, em qualquer das situações, seja na quebra do sigilo médico ao denunciar a intenção da mulher de abortar, seja na não comunicação do crime em sua modalidade consumada ou tentada, estaria sujeito a um tipo de penalização pelo ordenamento jurídico, poderia invocar o princípio da *nemo tenetur se ipsum*, exercendo seu direito de permanecer em silêncio.

Com isso, infere-se a contenda desse princípio com o crime de omissão. Analisando os elementos da relação, qual seja, o médico em sua posição privilegiada de detentor de informações personalíssimas e no exercício da sua profissão, ele já está investido de um dever legal ético com o seu paciente, conforme já visto.

No entanto, há a presença de um segundo dever legal, que determina que o indivíduo deve agir quando perceber elementos de antijuridicidade em uma conduta alheia. O que aqui se deseja entender é que, por mais que o médico tenha a obrigação e direito de manter o sigilo, a ele também é imputada uma obrigação de revelar uma conduta criminosa por parte do paciente, notadamente acerca de um crime contra a vida.

A omissão imprópria se caracteriza por estar causalmente relacionada com o resultado, ou seja, a escolha do indivíduo de não interferir acabou contribuindo com o resultado (Silva, 2007). No caso, ao decidir não compartilhar as informações a ele confinadas, o médico participa diretamente no resultado do aborto.

Há ainda a previsão, no artigo 66 da Lei nº 3.688/41 (Lei das Contravenções), promulgada logo depois do próprio Código Penal, de multa àqueles que tiverem conhecimento de crime de ação pública incondicionada no caso de exercício da medicina. Sendo o aborto caso de crime contra a vida, se encaixa no tipo penal aqui previsto.

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação; 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: Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis (Brasil, 1941, *on-line*).

Portanto, há de se perceber que, tanto na esfera moral e bioética, quanto na esfera normativa, a questão do abortamento ilegal, mormente no que tange aos denunciante, à validade de seus depoimentos e a quebra ou não do sigilo médico poder trazer repercussões jurídicas e sociais na própria base da comunidade médica.

4. CONCLUSÃO

O embate e a controvérsia entre diversas disposições normativas acerca do aborto e sigilo médico geram uma insegurança jurídica em todas as camadas da sociedade, tanto na médica, quanto na jurídica e na popular. O conflito interno moral e ético enfrentado pelos profissionais de saúde quanto se deparam com um caso de aborto ilegal merece maior atenção no ordenamento jurídico.

A controvérsia do aborto não se limita apenas à discussão do início da vida, sendo que os problemas ético-normativos inerentes do sigilo nesses casos possuem uma natureza muito mais profunda do que a superficialidade demonstrada nos veículos de comunicação populares.

A legislação de um Estado deveria, em tese, garantir uma confiança e estabilidade ao indivíduo para que ele possa ter a certeza de quais as consequências de uma determinada ação que vier a tomar. Como visto no decorrer do artigo, os profissionais de saúde se veem em uma situação de ambiguidade ao se depararem com a difícil escolha advinda do conhecimento que uma de suas pacientes decidiu abortar.

É papel do Estado, tanto do Poder Legislativo, quanto do Executivo e Judiciário, proteger o cidadão de boa-fé, mormente em situações controversas quanto a aqui discutida. De fato, tão importante quanto o debate sobre a descriminalização do aborto em si é aquele sobre garantir uma segurança jurídica ao médico em exercício na situação narrada, até mesmo para questionar a legalidade das denúncias realizadas pelos profissionais em si.

A segurança jurídica garante que os indivíduos possuam conhecimento antecipado sobre as possíveis consequências que irão enfrentar de acordo com a decisão que tomarem em suas vidas pessoais e profissionais. A norma, portanto, deve garantir uma asserção tanto em sua premissa primária, quanto secundária, para que assim o cidadão possa refletir sobre suas ações;

Algumas medidas que são tomadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a uniformização da jurisprudência, que é o instituto utilizado pelos Tribunais, com base no artigo 926 do Código de Processo Civil, determina que as decisões serão fundamentadas através dos mesmos argumentos, para assim evitarem discrepância nas decisões e protegendo os princípios da igualdade e da legalidade.

Em que pese a existência de tal instituto, não se vislumbra na jurisprudência e no ordenamento legal uma solução prática para a situação da quebra ou não do sigilo médico no caso de aborto ilegal, o que acaba gerando essa insegurança e maximizando o limbo jurídico-normativo.

O conflito entre as determinações que englobam o aborto ilegal deveria ser analisado com maior profundidade, adequando-se a situação em uma regra específica, geral e única. O problema está na conciliação da relação de confiança entre médico e paciente e o dever do profissional de saúde para com a população no geral.

Uma nova legislação, definindo de forma concreta e científica de quando o profissional da saúde pode manter seu sigilo profissional, e quando deve relatar às autoridades acerca de possível aborto, poderia resolver grandes conflitos éticos, normativos e morais acerca do assunto.

Longe de nós fazer uma suposição concreta. Porém, possível determinação temporal poderia ser uma medida razoável de base para nova legislação. Como por exemplo: até o terceiro mês de gestação, deverá o médico manter o sigilo e encaminhar a paciente a tratamento psicológico. A partir do quarto mês, poderá relatar a tentativa, para alertar outros estabelecimentos. É um assunto que deve ser pensado de forma minuciosa e que garanta uma segurança a todas as partes envolvidas.

Por mais que seja uma matéria difícil a ser analisada e de se chegar a um consenso, o instituto do sigilo médico deve adentrar nas discussões do aborto por ser parte essencial na estrutura do tipo penal, uma vez que sua quebra é responsável pela maioria das denúncias envolvendo o crime.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal [on-line]. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mai. 2020.

_____. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal [on-line]. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Código Criminal [on-line]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. 1830 Acesso em: 24 abr. 2019.

BOURDIEU, Pierre; MICELI, Sergio. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Código de Ética Médica 1998** [on-line]. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/index.asp?opcao=codigoetica&portal>. Acesso em: 18

fev. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM nº 1.605/2000** [on-line]. O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica, 2000. Disponível em: <https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=96997>. Acesso em: 05 abril. 2024.

COSTA, Raphael Mendonça. **Tipos de aborto legal**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 12, n. 1, p. 243-264, 2017. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/332> Acesso em 31 ago. 2020

_____; JÚNIOR, Cildo Giolo. **Teorias jurídicas acerca do início da vida humana**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/291/266> Acesso em: 11 ago. 2020.

DANTAS, Bruno. **Concretizar o princípio da segurança jurídica**: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto no novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

DE AZAMBUJA LOCH, Jussara. **Confidencialidade**: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. Revista Bioética, v. 11, n. 1, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/149. Acesso em: 12 abr. 2020.

DE SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. **O médico e o dever legal de cuidar**: algumas considerações jurídico-penais. Revista Bioética, v. 14, n. 2, 2009.

DEZA, Soledad. **Violación de secreto médico y denuncia de aborto**. Perspectivas bioéticas, n. 34, p. 41-63, 2015. Disponível em: <http://ojsbioetica.flacso.org.ar/index.php/pb/article/view/93/92>. Acesso em: 12 abr. 2020.

DINIZ, Debora. **Objecção de consciência e aborto**: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. Revista de Saúde Pública, v. 45, p. 981-985, 2011.

DO BRASIL, Ordem dos Advogados. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil** [on-line]. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacao_oab, 1995. Acesso em 05 abr. 2024.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

DUARTE, Constância Lima. **Feminismo e literatura no Brasil**. Estud. av., São Paulo, v. 17, n. 49, p. 151-172, Dec. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300010&lng=en&nrm=iso. Acesso em 24 Out. 2019.

FAUSTO, Boris; FAUSTO, Sergio. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1994.

KOTTOW, Miguel. **A bioética do início da vida**. Schramm FR, Braz M, organizadores. Bioética e saúde: novos tempos para mulheres e crianças, p. 19-38, 2005. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/wnz6g/epub/schramm-9788575415405.epub>. Acesso em: 26 mai. 2020.

MARTELETO FILHO, Wagner et al. **O princípio e a regra da não autoincriminação**: os limites do Nemo Tenetur Se Detegere. 2011.

MONTE, Fernando Q. **A ética na prática médica**. Revista Bioética, v. 10, n. 2, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/212. Acesso em: 12 abr. 2020.

RAMIREZ-GALVEZ, Martha Celia; et al. **Os impasses do corpo**: ausências e preeminências de homens e mulheres no caso do aborto voluntário. 1999. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/279553/1/Ramirez-Galvez_MarthaCelia_M.pdf. Acesso em: 21 de ago. 2019.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza; DO SOCORRO DUTRA, Elza Maria. **Não nascer**: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. Psicologia em Estudo, v. 16, n. 3, p. 419-428, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pe/v16n3/v16n3a09>. Acesso em 28 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Millenium, v. 3, 2007.

SILVA, Manuel Domingos Menezes da. **Mediações éticas na prática quotidiana dos assistentes sociais**. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 92, p. 97-117, nov. 2007. Disponível em: <http://dspace.ismt.pt/handle/123456789/540>. Acesso em: 11 ago. 2020.

SILVA, Marinete dos Santos. **Reprodução, sexualidade e poder**: as lutas e disputas em torno do aborto e da contracepção no Rio de Janeiro, 1890-1930. História, Ciências, Saúde-Manguinhos, v. 19, n. 4, p. 1241-1254, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702012000400008&script=sci_arttext. Acesso em 11 out. 2019

VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011.

COMO CITAR ESSE ARTIGO

ASSIS, Ana Elisa Spaoloni Queiroz; MELO, Cíntia Carvalho de. Aspectos Gerais da Relação entre o Aborto Provocado e o Sigilo Médico Profissional. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, v.21, n.1, p.04-10, COMO jan./jun.2021 (publicada em 2024). DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.12167835>

Ana Elisa Spaoloni Queiroz Assis
anaelisasqa@gmail.com

Unicamp

Currículo lattes:

<http://lattes.cnpq.br/9527743086394186>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3759-4845>

Cíntia Carvalho de Melo
cynthiamelo.adv@hotmail.com

FDSM

Currículo lattes:

<http://lattes.cnpq.br/6573118371777391>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8774-1367>