

TESE 132

Proponente(s):

Ana Rita Souza Prata

Nálida Coelho Monte

Paula Sant'Anna Machado de Souza

Ana Paula de Oliveira Meirelles Lewin

Mônica de Melo

Viviane Gramulha

Claudia Aoun Tannuri

Ana Carvalho Ferreira Bueno de Moraes

Eleonora Nanni Lucenti

Fernanda Costa Hueso

Priscila Domiciano da Silva

Rita de Cássia Gandolpho

Tatiana Campos Bias Fortes

Anderson Almeida da Silva

Rodrigo Ferreira dos Santos Ruiz Calejon

Área: Criminal

I. SÚMULA

Não são suficientes para caracterizar a justa causa nas ações penais em que há a imputação da prática de auto aborto, a referência ao desejo de abortar, o uso de métodos supostamente abortivos e o uso de provas ilícitas obtidas em violação do sigilo profissional, sem prejuízo da aceitação da suspensão condicional do processo.

II. ASSUNTO

Crime de Aborto – Justa Causa – Falta de Materialidade – Prova Ilícita.

III. ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A defesa desta tese visa garantir direito das mulheres acusadas da prática do crime de aborto, previsto no artigo 124, do Código Penal.

Sabe-se que a Defensoria Pública é "instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal" (art. 134, CF).

A defesa das pessoas mais pobres, grupos vulneráveis e dos direitos humanos deve estar presente em toda sua atuação, também na área criminal, talvez aquela considerada como originária da Defensoria Pública de São Paulo (artigos 3º-A e 4º, da Lei Complementar 80/90 e artigos 3º e 5º, da Lei Complementar Estadual 988/2006).

Ainda, impetrar habeas corpus é considerada função institucional das Defensorias Públicas, nos termos do previsto no artigo 4º, IX, da Lei Complementar 80/90, sendo direito das pessoas atendidas pela Defensoria Pública de São Paulo, que as funções sejam exercidas com qualidade pelos seus integrantes.

Assim, a Defensoria Pública é um espaço de defesa dos direitos das mulheres mais vulneráveis dentre as vulneráveis, parcela da população que enfrenta cotidianamente violações de toda ordem: são as piores remuneradas, são vítimas preferenciais de violência doméstica, de racismo, de misoginia, realizam trabalhos em condições precárias, são menos educadas e têm pior acesso à saúde.

Quando interrompem a gravidez e realizam um aborto, essas mulheres o fazem de forma insegura e se tornam alvos preferenciais do sistema de justiça, enfrentando a quebra de confiança nos serviços de saúde, a exposição pública, a perseguição criminal, um julgamento e eventual encarceramento.

Deste modo, a defesa desta tese, como tese institucional perante os órgãos do Poder Judiciário, buscando sua adoção pelos tribunais, contribuirá para a efetivação e concretização dos direitos de inúmeras usuárias da Defensoria Pública.

IV. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O crime de aborto ocorre quando há abortamento provocado. Assim, claramente, não há materialidade quando há um aborto, contudo não há qualquer elemento que demonstre ter sido o mesmo provocado, ou mesmo, o método supostamente utilizado com determinado fim era apto a causa-lo.

De acordo com as estatísticas, até a 22ª semana de gestação, o índice de abortos espontâneos é de 20%, aumentando um pouco quando não é mais primigesta.

Deve-se ter em conta que a confissão pela mulher do desejo de abortar, ou mesmo o uso de método supostamente abortivo, não são suficientes para comprovar a materialidade do crime.

O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu pelo trancamento da ação penal nessas hipóteses: Recurso em Sentido Estrito n. 0533388-85.2010.8.26.0000; HC n. 0296145-57.2011.8.26.0000.

"Recurso em Sentido Estrito – Recorrente que não se conforma com a pronúncia – Ausência de prova mínima da materialidade e falta de indícios do caráter criminoso do fato – Decisão de pronúncia que se impõe – Exegese do art. 414, CPP – Recurso

provido (voto n. 12698) (...) (TJSP. Recurso em Sentido Estrito n. 0533388-85.2010.8.26.0000, relatado pelo Des. Newton Neves, 16ªC. j. 12/07/2011).

“Recurso em sentido estrito – Decisão que rejeitou a denúncia – Aborto – Falta de Justa para a ação penal, ante a não comprovação do nexos causal entre a conduta do agente e o aborto e divergências entre os depoimentos testemunhais colhidos em sede policial – Sentença mantida – Recurso improvido” (Recurso em Sentido estrito n. 993.09.036148-4, Des. Borges Pereira, j. 15/12/09).

Sobre a exigência de materialidade como justa causa para ação penal.

“Assim, a materialidade deve ser certa e precisa, pois a tipificação depende de demonstração da conduta do agente e do resultado produzido. Necessariamente não se demanda certeza, mas que sejam suficientes para gerar dúvida razoável, porém se, como no presente caso, a própria existência for questionável, já na fase de admissibilidade da acusação, o melhor caminho a seguir é impronunciar o réu, ao invés de remeter o processo a julgamento pelo Júri. (Nucci, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Revista dos Tribunais. 9ª ed. 2009, p. 758)” (Recurso em Sentido Estrito n. 0005788.2003.8.26.0428, 13ª C. Des. René Ricupero. j. 13.01.2011).

Tem sido comum a falta de laudos básicos na apresentação de denúncias criminais, deixando o órgão ministerial de exercer a sua função de apresentar o mínimo de lastro probatório para o início das ações penais. Se esta não fosse obrigação ministerial, seria transferir para aos réus o ônus de produzirem prova de sua inocência, subtraindo ao Estado o ônus de provar a conduta ilícita da qual faz partir a imputação criminal.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em *habeas corpus* que versou sobre os mesmos fatos, decidiu pelo trancamento da ação penal, citando Torquato Castro: “quando se cuida da ação penal, maior peso adquirem esses argumentos, porquanto **a persecutio criminis sempre afeta o status dignitatis do acusado e se transforma em coação ilegal, se inepta a acusação. A falta de justa causa para a coação processual, que se traduz na propositura da ação penal, é motivo, até, para a impetração de ordem de habeas corpus, o que mostra ser inteiramente razoável que o juiz impeça a constituição da relação processual quando a denúncia se apresentar de todo não apta a produzir os efeitos que são pedidos na acusação**” (p. 163 – grifei). Assim, por tudo que ficou exposto, entendo que a denúncia não é viável, pois não há prova da materialidade a sustentar a imputação formulada contra a paciente, por este voto, concedo a ordem para trancar a ação penal movida contra Aline Garcez” (HC n. 0296145-57.2011.8.26.0000. 16ªC. Des. Alberto Mariz de Oliveira. J. 17/07/2012).

Assim, em casos de crime de aborto, se não houver provas de que houve aborto e ele foi provocado, não há materialidade de seu crime, sob pena de se criminalizar abortos espontâneos, mesmo em gravidezes indesejadas.

Lembremos que não se pune pelo desejo.

Com relação à ilicitude das provas, cumpre ressaltar que a Constituição da República de 1988 descreve o direito à intimidade como direito fundamental. Trata-se de direito público subjetivo com dignidade constitucional autônoma.

Uma das manifestações da proteção à vida privada é a tutela normativa a um âmbito mais restrito, um núcleo mínimo de inviolabilidade da discricção em torno do indivíduo

que ganhou denominação de “esfera do segredo”. Paulo José da Costa Junior bem explica a teoria alemã criada por Henkel que traz a ideia da existência de círculos concêntricos da vida privada (ou teoria das três esferas). O indivíduo estaria envolto em três camadas de proteção contra a publicidade, partindo de um núcleo mais rígido do segredo, passando pela esfera da intimidade, com uma limitação de acesso, e com uma camada final, mais flexível, que consistiria na vida privada *strictu sensu*.

O segredo seria um estado de discrição ou reserva quase absoluto, sendo juridicamente relevante em razão de disposições legais que, na análise e aplicação dos valores constitucionais em jogo, conferem tutela jurídica a essa esfera de discrição.

A existência de um círculo nuclear da vida privada é fundamental à ciência processual, já que este se apresenta como esfera de rigorosa tutela jurídica, em relação à qual devem os atos de ingerência estatal, aqui incluída a atividade de persecução penal, obedecer a critérios constitucionais e legais, não se aceitando que esse núcleo seja palco de revelações indevidas nem mesmo em nome da apuração de delitos.

É nesse contexto conceitual de reserva da intimidade que se desenvolve juridicamente o segredo profissional. No âmbito do segredo profissional convergem disposições de direito material e processual, v.g. artigo 229, I, do Código Civil, artigos 347, II e 406, II do Código de Processo Civil, artigo 154 do Código Penal e artigo 207 do Código de Processo Penal, estes últimos melhor analisados abaixo, além de normas deontológicas instituídas por categorias profissionais distintas.

Dentre todas as hipóteses do sigilo profissional, talvez a mais enraizada e relevante à sociedade seja a do segredo médico.

E este verdadeiro ***direito ao segredo***, enquanto ferramenta protetora da intimidade e da dignidade da pessoa humana, foi edificado não apenas como uma referência valorativa de proteção do indivíduo. Ele garante o livre e amplo desenvolvimento da personalidade individual – o que, por si só, já carrega forte relevância social –, mas também funciona como um imprescindível instrumento de garantia do interesse público, em especial interesse na vida e na saúde pública.

Assim, em suma, o médico se encaixa dentre as categorias profissionais que ostentam natureza de confidentes necessários, constituindo o segredo médico matéria de ordem pública.

Isso fica claro ao Estado criar, com vias de proteger esse objeto jurídico, o crime previsto no artigo 154, CP, de violação de segredo.

Especificamente a respeito da manutenção do segredo médico em casos de aborto, *Carlos A. Tozzini* analisou célebres julgados das Cortes argentinas. Desde 1966, no caso “Frías, Natividad”, já se assentou na Argentina que:

“no puede instruírse sumario criminal en contra de una mujer que haya causado su propio aborto o consentido en que outro se lo causare, sobre la base de una denuncia efectuada por un profesional del arte de curar que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo”.

Em outro caso (“Aguirre de Ferreyra, María Ángela y otra”, julgado em 24/12/1979), a Cámara de Acusación da cidade de Córdoba declarou a nulidade absoluta de toda a causa criminal, *ab initio*, porque derivada de *noticia criminis* feita por médico contra sua paciente, em caso de aborto. Pontuou-se nesse julgado que a violação de segredo

profissional jamais poderia significar ato válido de *noticias criminis*, carecendo toda a persecução de validade jurídica.

Este citado julgado argentino também trouxe o tema para outra perspectiva constitucional: para além do direito à intimidade, a preservação do sigilo médico também encontra guarida no privilégio contra a autoincriminação. Isso porque a mulher apenas revela a prática de fato criminoso ao médico diante da necessidade que lhe é colocada de assim agir como condição de receber o tratamento adequado. Não se trata de confissão voluntária, que siga os ditames legais das declarações de pessoa imputada:

“La necesidad de la imputada de preservar su integridad física y hasta su vida le lleva a narrar el hecho al médico, introduciéndose ilegalmente, y por esa vía, la confesión de su delito, sin que al respecto se hayan podido observar ningunas de las formas que la ley ritual, reglamentaria de las garantías constitucionales, impone con respecto a la declaración del imputado”.

Note-se: mesmo que nada diga o paciente ao médico, aquilo que este percebe quando do diagnóstico ou tratamento, deve guardar em sigilo. Sem prejuízo, sendo bastante comum que a formação do diagnóstico se integre por informações íntimas indagadas ao paciente, os relatos orais estabelecidos em função do tratamento devem receber ainda mais especial discricção.

Evidente que esta relação de poder faz nascer um dever ético de guardar discricção sobre o quanto recebido em atendimento a seu paciente. O valor ético é tão forte que recebeu tutela jurídica.

Não obstante, não sendo o sigilo profissional absoluto, cumpre definir em que circunstâncias excepcionais ele pode ceder, diante da existência de uma “justa causa” ou “estado de necessidade”.

O Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução 1.931 de 17 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina, impõe aos profissionais médicos a manutenção do sigilo profissional nos seguintes termos:

Princípios fundamentais. XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

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.

A Corte Constitucional já decidiu sobre o tema no *Habeas Corpus n. 39.308/SP*, julgado em 19/09/1962, cuja ementa se transcreve:

“Segredo profissional. Constitui constrangimento ilegal a exigência da revelação do sigilo e participação de anotações constantes das clínicas e hospitais. Habeas corpus concedido”.

O artigo 207 do Código de Processo Penal afirma, ainda, que *“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”*.

Entender que o sigilo profissional não prevalece diante da persecução penal e que médicos/as têm o dever de noticiar a prática de crimes, mesmo contra paciente, faria ruir por completo as normas constitucionais que protegem o direito à intimidade, o privilégio contra a autoincriminação e o direito à saúde.

Além disso, se o legislador - regulamentando os valores constitucionais em jogo - optou por erigir o sigilo profissional mesmo em relação às testemunhas do processo penal - criando categorias de pessoas proibidas de depor - é evidente que o valor da persecução criminal não prevalece sobre o dever de sigilo. A norma não está prevista somente no Código de Processo Civil, mas igualmente na lei adjetiva penal, voltada à persecução dos crimes!

Note-se que a proibição de servir como testemunha de fato criminoso inscrita no artigo 207 do CPP não traz sequer conceito de *“justa causa”* como autorizador da quebra de sigilo. O sigilo é absoluto, tendo como única causa de exclusão a autorização expressa da parte interessada.

Perceba-se que - na mesma linha do que ora vem exposto - a Lei das Contravenções Penais, quando impõe o dever do médico de comunicação de crime do qual tome ciência, excetua expressamente a situação em que a comunicação gere risco de instalação de procedimento criminal em face do próprio paciente:

*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.*

Sobre o tema (especificamente envolvendo a questão do abortamento), já se debruçou o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, concluindo, em resposta à consulta nº 24.292/00, que ***“diante de um abortamento, seja ele natural ou provocado, não pode o médico comunicar o fato à autoridade policial, ou mesmo judicial, em razão de estar diante de uma situação típica de segredo médico”***.

Depreende-se da consulta nº 24.292/00 que o segredo médico apenas pode ser excepcionado quando houver dever legal, justa causa ou autorização expressa do paciente.

É apontada como justa causa pelo Conselho Regional *“a situação que possa ser utilizada como justificativa para a prática de um ato excepcional, fundamentado em razões legítimas e de interesse coletivo, ou seja, uma razão superior relevante ou um estado de necessidade. Como exemplo de justa causa, para a revelação do segredo médico, a situação de um paciente portador de uma doença contagiosa incurável de transmissão sexual e que se recusa a informar e proteger seu parceiro sexual do risco de transmissão ou ainda pior, que deliberadamente pratica o sexo de forma a contaminar outras pessoas”*.

Extrai-se do corpo do parecer lavrado em referido procedimento que a hipótese de comunicação de abortamento realizado pela própria paciente NÃO se enquadra nas

hipóteses de justa causa ou dever legal. Deste modo, não tendo havido consentimento da paciente na comunicação do fato à Polícia Judiciária, há clara vedação ética e legal na comunicação que ensejou a investigação criminal.

No mesmo sentido, a Resolução n. 1605/2000 do Conselho Federal de Medicina dispõe:

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.

Nelson Hungria escreveu que *"jamais a nossa legislação penal determinou ou autorizou que os médicos se fizessem delatores de crimes"*. A exceção é cabível apenas quando a gravidade da conduta pode trazer consequências sobre terceiros, não abrangendo o interesse na punição de um delito eventualmente já praticado e sob apuração. Leciona Hungria:

"A vontade do segredo deve ser protegida ainda quando corresponda a motivos subalternos ou vise a fins censuráveis. Assim, o médico deve calar o pedido formulado pela cliente para que a faça abortar, do mesmo modo que o advogado deve silenciar o confessado propósito de fraude processual do seu constituinte, embora, num e noutro caso, devam os confidentes recusar sua aprovação ou entendam de desligar-se da relação profissional. Ainda mesmo que o segredo verse sobre fato criminoso, deve ser guardado. Entre dois interesses colidentes – o de assegurar a confiança geral nos confidentes necessários e o da repressão de um criminoso – a lei do Estado prefere resguardar o primeiro, por ser mais relevante. Por outras palavras: entre dois males – o da revelação das confidências necessárias (difundindo o receio geral em torno destas, com grave dano ao funcionamento da vida social) e a impunidade do autor de um crime – o Estado escolhe o último, que é menor".

Desta forma, as únicas causas legítimas para a revelação do quanto recebeu o médico de seu paciente em confiança, durante o tratamento, podem ser a de evitar danos concretos e futuros a terceiros ou mediante o expresso consentimento do próprio paciente. A perseguição penal estatal – voltada naturalmente à apuração de supostos danos pretéritos – não é causa apta, no ordenamento jurídico brasileiro, a anular o dever legal de sigilo.

Na mesma esteira, o sigilo profissional deve ser resguardado por todos aqueles envolvidos no atendimento clínico dos/as pacientes, quais sejam: enfermeiros/as, assistentes sociais, etc. Assim é o entendimento do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, como destaca-se do parecer emitido a partir de consulta do NUDEM sobre a quebra do sigilo profissional em casos de aborto – processo nº 2348/2016:

"Em caso de atendimento às mulheres que supostamente praticaram aborto inseguro, ou ilegal, é quebra de dever ético de sigilo denunciar às autoridades policiais, conforme previsto no Código de Ética do Profissional de Enfermagem, artigo 82 e seus respectivos parágrafos, sendo responsabilidade e dever do profissional

manter segredo sobre fato sigiloso em que tenha conhecimento em razão de sua atividade profissional (...)"

No mesmo sentido é o entendimento do Conselho Regional de Serviço Social de São Paulo, em seu parecer nº 380/, também fornecido a partir de requerimento do NUDEM:

"Art. 16 O sigilo protegerá o/a usuário/a em tudo aquilo de que o/a assistente social tome conhecimento, como decorrência do exercício da atividade profissional.

Parágrafo único Em trabalho multidisciplinar só poderão ser prestadas informações dentro dos limites do estritamente necessário.

Art. 17 É vedado ao/à assistente social revelar sigilo profissional.

Art. 18 A quebra do sigilo só é admissível quando se tratarem de situações cuja gravidade possa, envolvendo ou não fato delituoso, trazer prejuízo aos interesses do/a usuário/a, de terceiros/as e da coletividade.

Parágrafo único A revelação será feita dentro do estritamente necessário, quer em relação ao assunto revelado, quer ao grau e número de pessoas que dele devam tomar conhecimento.

Isto significa que a quebra do sigilo, na hipótese em tela, prejudica deliberada e imediatamente a usuária, já que, em tese, não há fundamento ético plausível de que a denúncia à polícia seja para a 'segurança da coletividade', além da publicização desnecessária do fato."

Em conclusão, **se tais profissionais não podem ser testemunhas de fato criminoso em situação que prejudique seu paciente, é evidente que não podem ceder prontuário médico que guarda qualquer informação que possa dar ensejo à investigação contra paciente.** Nesses termos a decisão proferida em *habeas corpus* manejado pelo NUDEM.

EMENTA: HABEAS CORPUS. Aborto. Trancamento da ação penal.

1. 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).

2. Normativa constitucional de proteção da dignidade humana e intimidade, além do direito à saúde. Legislação infraconstitucional que dá concretude à normativa constitucional.

3. Prova ilícita originária e por derivação. Nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada.

4. 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.

5. Reprovável a ação médica que viola o sigilo, sem o permissivo legal.

6. Constrangimento ilegal configurado.

Ordem concedida. (Habeas Corpus nº 2188896-03.2017.8.26.0000. TJSP. 15ª Câmara de Direito Criminal. Relatora Des. Kenarik Boujikian. julgamento 08.03.2018)

Diante do exposto, aguarda-se o reconhecimento da ilicitude das provas, reconhecendo-se, por conseguinte, a nulidade de todo o feito, com o trancamento da causa penal, pela regra constitucional e legal da inadmissibilidade das provas ilícitas.

V. FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

A Defensoria Pública de São Paulo tem como missão institucional a prestação de assistência jurídica às mulheres necessitadas ou em situação em vulnerabilidade. Na maior parte das vezes, as mulheres que são capturadas pelos filtros do sistema de justiça, acusadas da prática do crime de aborto, são pobres, negras, jovens, que recorreram a métodos de aborto inseguro em função da criminalização.

Isso sem mencionar as mulheres que, recorrendo aos serviços públicos de saúde por complicações decorrentes de aborto inseguro, morrem. Dados oficiais do Sistema de Informação sobre Mortalidade indicam que uma mulher morre a cada dois dias em decorrência de aborto inseguro; dados brutos do Ministério da Saúde, por sua vez, apontam que morrem 4 mulheres por dia nos hospitais públicos em razão de complicações decorrentes do abortamento inseguro.

São capturadas pelo sistema de justiça as sobreviventes. Afetadas fisicamente por práticas inseguras de abortamento, procuram os serviços públicos de saúde, onde invariavelmente são acusadas e condenadas antecipadamente pelos profissionais de saúde que deveriam resguardar sigilo e prestar cuidados essenciais, mas se tornam os primeiros denunciadores algozes.

A partir de então, todo tipo de atrocidade acontece: mulheres são algemadas nos hospitais, levadas coercitivamente a prestar depoimento antes de receber o devido atendimento médico, denunciadas e empurradas para o sistema de justiça.

O diagnóstico sobre as mulheres incriminadas pela prática de aborto no Rio de Janeiro traz uma dimensão bastante próxima à realidade paulista: a principal entrada das mulheres no sistema de justiça pela prática de aborto se dá através da quebra de sigilo dos profissionais de saúde e até que ocorra a suspensão condicional do processo, bastante comum nesses casos, as mulheres são submetidas a toda ordem de violações.

"Daí já seria possível concluir – e os dados coletados nos processos seguem neste sentido – que a principal forma de entrada no sistema de justiça criminal é pelo sistema público de saúde. De fato, em mais de um caso a mulher incriminada foi algemada à maca, e enquanto ainda estava convalescendo, recuperando-se da hemorragia causada pelo processo abortivo, o inquérito estava em curso. Já que incapaz de quitar a fiança arbitrada, a mulher ficou ali detida até que a Defensoria Pública, representando a acusada, conseguiu que ela respondesse ao processo em liberdade. Neste caso, este período entre detenção e liberação durou 3 meses, ou seja, ela ficou 3 meses presa à maca do hospital público".

(IPAS Brasil e UERJ, **Mulheres incriminadas por aborto no Rio de Janeiro: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça**, 2013, p. 29)

Em São Paulo a realidade não é diferente. Em 2017 e 2018, o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres da Defensoria Pública de São Paulo – NUDEM após analisar 55 ações penais às quais teve acesso, acabou por encontrar, impetrando habeas corpus, falta de justa causa, por falta de materialidade e ilicitude de provas, em 20 e 21 casos respectivamente, ou seja, 38% dos casos.

Esses casos e os resultado da atuação estratégica está descrita no relatório “30 habeas corpus: a vida e o processo de mulheres acusadas da prática de aborto em São Paulo”, disponibilizado no portal do NUDEM.

Nesse relatório, mostra e comprova que a criminalização por aborto no Brasil é seletiva, discriminatória e se dá em contexto de profunda e sistemática violação do devido processo legal, do direito à intimidade, ao sigilo médico. É um cenário, sem dúvidas, de violação a direitos humanos e fundamentais das mulheres.

Os dados comprovam que em 70% dos casos analisados e trabalhados pelo NUDEM, quem denunciou essas mulheres foram médicos, enfermeiros e assistentes sociais nos equipamentos do Sistema Único de Saúde, o SUS. Também é relevante afirmar que as ações penais são instruídas com prontuários médicos (mesmo sem qualquer requisição judicial para tanto) e com depoimentos desses profissionais de saúde que falham com seus deveres éticos e promovem uma perseguição a mulheres que buscam exercer o seu direito à saúde assegurado constitucionalmente.

Considerando especificamente as ações penais, o relatório mostra que a materialidade nesses processos é de fácil percepção, chegando a casos em que sequer há prova de gestação, do abortamento ou de método utilizado. Mesmo assim, as profundas deficiências de acesso à justiça para essas mulheres fazem com que tais ações penais tenham desdobramentos e impactos em sua liberdade.

Dos 30 habeas corpus impetrados, cinco foram concedidos. Desses, em quatro oportunidades a concessão da ordem em habeas corpus se baseou na ausência de justa causa por falta de materialidade delitiva e uma se referiu à falta de justa causa por ilegalidade de provas, haja vista a *notitia criminis* partir de profissional de saúde.

A escolha do tema como tese da Defensoria Pública, e sua operacionalização pode mudar essa realidade, aumentando índices de concessão e pacificando a questão, ou mesmo, inspirando outras Instituições, defensores/as na sua adoção.

VI. SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Sugere-se que em ações penais em que mulheres são acusadas da prática de crime previsto no artigo 124, CP, verifique-se a existência de justa causa, impetrando-se habeas corpus nos casos em que não houver. Vale ressaltar que essa ação constitucional pode ser impetrada independentemente da mulher acusada ter sido beneficiada com a suspensão condicional do processo.

Referências:

1. <http://sulla-salute.com/saude/saude-da-mulher/estatisticas-aborto.php>
2. <http://g1.globo.com/sao-paulo/itapetininga-regiao/noticia/2013/05/aborto-espontaneo-atinge-ate-20-das-gestacoes-ate-22-semana.html>
3. Vale lembrar que os tratados internacionais de direitos humanos também conferiram dignidade autônoma ao direito à intimidade: a Declaração Universal dos

Direitos do Homem, em seu art. 12; Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, em seu art. 8; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em seu art. 17, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 11, n. 2.

4. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995, p. 30.

5. La violación del secreto profesional médico en el aborto. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales. 17/20, v. 5, 1982, p. 155.

6. Cam. de Acusación de la ciudad de Córdoba, resolución 162, folio 262, causa "Aguirre de Ferreyra, María Ángela, y otra, s/ aborto", Córdoba, 24 de diciembre de 1979.

Ementa: ABORTO. Nulidad cuando la denuncia proviene del médico en violación del secreto profesional.

Cuando la acción se inicia por denuncia del médico en violación al deber de preservar el secreto de la paciente, y en el que entro por razón de su profesión, debe declararse nulo todo lo actuado, y con respecto a todas las personas incluidas en el hecho, pues tal denuncia compromete seriamente el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar en contra de si mismo.

7. Comentários ao Código Penal. Vol. VI. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 261.