



Universidades Lusíada

Barros, Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de,
1962-

O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes com VIH/SIDA : reforço dos meios de garantia e tutela

<http://hdl.handle.net/11067/528>

Metadados

Data de Publicação	2013-10-23
Resumo	“A dignidade é algo que assiste ao ser humano pelo simples facto de o ser, não dependendo de qualquer situação ou condição humana” (Rueff, 2004: 454). Pode-se dizer, que é o último reduto de protecção dos indivíduos, na sua realização como ser humano contra as arbitrariedades de um poder institucionalizado ou ainda de qualquer grupo dominante. Nasce-se, vive-se e deve morrer-se com dignidade. A doença também faz parte da natureza humana e por isso, a preservação da dignidade no sofrimento, na d...
Palavras Chave	SIDA (Doença) - Pacientes - Estatuto legal, leis, etc, Direito à privacidade, Segredos profissionais - Médicos, Médico e paciente
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-19T02:05:13Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Área Científica de Ciências

Jurídico-Empresariais

O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes com VIH/SIDA: reforço dos meios de garantia e tutela

Realizado por:

Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de Barros

Orientado por:

Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Artur Anes Duarte Nogueira
Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão
Arguente: Prof. Doutor Pedro João Fialho da Costa Cordeiro

Dissertação aprovada em: 15 de Março de 2012

Lisboa

2011



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes com
VIH/SIDA: reforço dos meios de garantia e tutela**

Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de Barros

Lisboa
Março 2011



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes com
VIH/SIDA: reforço dos meios de garantia e tutela**

Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de Barros

Lisboa
Março 2011

Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de Barros

**O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes
com VIH/SIDA: reforço dos meios de garantia e tutela**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Área científica:
Jurídico-empresariais

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro
Negrão

Lisboa
Março 2011

Ficha Técnica

Autora Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de Barros
Orientadora Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão
Título O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes com VIH/SIDA: reforço dos meios de garantia e tutela
Local Lisboa
Ano 2011

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

BARROS, Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de, 1962-

O direito à reserva da intimidade da vida privada nos doentes com VIH/SIDA : reforço dos meios de garantia e tutela / Rosa Maria de Jesus Taborda Félix de Barros ; orientado por Maria do Céu Rueff de Saro Negrão. - Lisboa : [s.n.], 2011. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I – NEGRÃO, Maria do Céu Rueff de Saro, 1959-

LCSH

1. SIDA (Doença) - Pacientes - Estatuto Legal, Leis, etc.
2. Direito à Privacidade
3. Segredos Profissionais - Médicos
4. Médico e Paciente
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
6. Teses – Portugal - Lisboa

1. AIDS (Disease) - Patients - Legal Status, Laws, etc.
2. Privacy, Right of
3. Confidential Communications - Physicians
4. Physician and Patient
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
6. Dissertations, Academic – Portugal - Lisbon

LCC - KKQ3082.A53 B37 2011

AGRADECIMENTOS

Um muito obrigado

Ao meu marido e aos meus filhos por terem pacientemente abdicado, durante esta caminhada, da minha presença, companhia e tarefas de mãe e esposa.

À Senhora Professora Doutora Maria do Céu Rueff, orientadora deste trabalho pela disponibilidade, ideias, conselhos e sobretudo pela inspiração que o seu artigo “Segredo Médico e VIH/SIDA - Perspectiva Ético-Jurídica” despoletou em mim colocando o fermento que a materialização deste trabalho, desejado há muito, precisava.

Aos meus professores Dr. Pedro Salreu e Dr. João Raposo pelo carinho, paciência, motivação, leitura deste trabalho e sugestões sempre assíduas.

Aos meus amigos em especial à Ana, Leonor e Irina pelo incentivo, apoio e carinho.

Aos profissionais que prestam cuidados de saúde e o fazem com o maior sentido de responsabilidade e humanidade.

Finalmente a todos os doentes seropositivos a minha solidariedade nesta sua caminhada difícil, convidando-os a não desistir, mesmo quando parece que o futuro já não existe.

RESUMO

“A dignidade é algo que assiste ao ser humano pelo simples facto de o ser, não dependendo de qualquer situação ou condição humana” (Rueff, 2004: 454)¹. Pode-se dizer, que é o último reduto de protecção dos indivíduos, na sua realização como ser humano contra as arbitrariedades de um poder institucionalizado ou ainda de qualquer grupo dominante.

Nasce-se, vive-se e deve morrer-se com dignidade. A doença também faz parte da natureza humana e por isso, a preservação da dignidade no sofrimento, na doença e na morte, também deve constituir um imperativo social.

A par de valores como o direito à vida, à integridade pessoal (física e moral) o *direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar* é reconhecido como direito inerente à própria condição humana, enquanto necessário para exprimir e assegurar a dignidade e a realização ética do homem, cabendo-lhe, pelo seu carácter essencial, uma tutela superior face às demais categorias de direitos.

Pertencendo ao catálogo dos Direitos Liberdades e Garantias, mesmo, não sendo um direito absoluto, só pode ser restringido por lei, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Qualquer limitação deve respeitar os princípios da *necessidade, proporcionalidade e adequação*, contrapondo sempre a gravidade do facto humano penalmente ilícito e doloso com a intensidade ou gravidade da ingerência.

Não obstante esta consagração, são constantes as violações do direito à intimidade da vida privada, encapotadas e justificadas com a preservação de outros direitos e interesses superiores da comunidade, nomeadamente, a preservação da saúde comunitária, a ordem pública, a ética ou a moral social, a autoridade do estado, a segurança nacional, a aplicação da boa justiça etc.

A insegurança, o medo, a desorientação, face à pandemia VIH/SIDA, fruto de alguma desinformação relativamente à doença, propriamente dita, e ao modo de transmissão do vírus, têm criado um quadro de alarme sem fundamento e motivado formas de discriminação arbitrárias, decretando, em muitos casos, a morte social dos

¹ RUEFF, Maria do Céu (2004), “O Segredo Médico e VIH/SIDA- Perspectiva Ético-Jurídica”, in *Acta Médica Portuguesa*, II Série, volume 17, n.º 6, Nov./Dez. 2004, p.454

doentes infectados com VIH/SIDA, muito antes da sua morte física (Susan Sontag, 1998: 127)².

O estigma, a culpabilidade do portador, que apesar de todas as evidências científicas, continua a ser, frequentemente, associado a comportamentos de riscos e transgressão, a morte como fim anunciado, tornam, de facto, o Síndrome da Imunodeficiência Adquirida- SIDA uma patologia especial. Descurar esta realidade é, a nosso ver, negar aos doentes portadores do VIH/SIDA a própria realização da justiça.

“O perigo de contágio pode, efectivamente, pôr em causa o direito à vida e à integridade física das pessoas em geral, contudo, não se pode descurar que a pessoa de *per se* também tem direito à sua integridade física, à honra, à liberdade individual e à dignidade. É preciso, pois, compatibilizar os interesses da sociedade com os interesses da pessoa considerada individualmente e a questão subjaz a uma das áreas mais nobres da ordem jurídica – os direitos humanos” (Rueff, 2009: 26)³.

“Ao contrário do que aconteceu com a lepra e com a peste, hoje, não é possível enclausurar estes doentes em círculos absolutamente fechados nem decretar a sua morte civil. A estratégia passa, sim, pelo acolhimento total dos portadores do vírus na sociedade e no sistema de saúde, bem como o respeito absoluto pela sua dignidade, através da garantia do segredo médico, respeito pelo princípio da igualdade e tratamento não discriminatório em função da doença” (Rueff, 2009: 15).

Para alguns autores o “paradoxo da Sida” é definido da seguinte maneira: o respeito pelos direitos Humanos das pessoas infectadas ou em alto risco de infecção é necessário para reduzir a vulnerabilidade à infecção das pessoas não infectadas (MacNaughton, 2004/ Kirby)⁴.

Uma eventual violação do sigilo e a consequente perda de confiança no sistema pode determinar o abandono do sistema de saúde, comprometendo não só o estado de saúde do lesado, como o próprio exercício da actividade médica, inexistente sem o

² SONTAG, Susan (1998), *A Doença como Metáfora e A Sida e as suas Metáforas*, Lisboa, Quetzal Editores, *apud* RUEFF, Maria do Céu (2004), *op. cit.* p. 455

³ RUEFF, Maria do Céu (2009), *O Segredo Médico Como Garantia de Não-Discriminação - Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 26

⁴ MACNAUGHTON, Gillian (2004), *Women's Human Rights related to Health-Care Services in the Context of HIV/AIDS*, London, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, *apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) *op. cit.* p. 641.

princípio da confiança, bem como a própria política oficial de controlo da pandemia (Rueff, 2009: 457- 458).

Numa era apelidada de Direitos Humanos, a pandemia VIH/SIDA coloca a humanidade perante um verdadeiro exercício de respeito dos direitos humanos. Restamos demonstrar que estamos à altura do desafio perante o qual somos colocados, redimindo-nos das posições pouco dignas que assumimos no passado perante doenças como a lepra ou a sífilis.

Não faltam, nos vários locais da lei positiva, meios de acção e garantias cautelares ou sancionatórias do direito à reserva da vida privada e familiar. Desde a própria CRP, à Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de dados Pessoais), ao Código Civil, Código Penal, e demais legislação em vigor, são vários os exemplos de protecção do direito à reserva da vida privada e familiar.

Os meios de acção estão consagrados, falta aferir, e é este o exercício a que nos propusemos, se, em situações tão especiais como é o caso dos doentes portadores de VIH/SIDA, esses meios são suficientes para acautelar a protecção do direito preconizado.

Não se pode descurar a realidade. Em regra, os doentes vítimas de violação do direito à reserva da vida privada e familiar não apresentam queixa contra os eventuais violadores da sua intimidade. Por um lado, porque essa queixa contribuiria para expor/devassar, ainda mais, a sua intimidade, e por outro porque se encontram, na grande maioria dos casos, numa situação de dependência face aos autores da lesão, que em regra, são profissionais de quem dependem para a prática de cuidados de saúde. Fazer depender **exclusivamente** o impulso processual de queixa formulada pelo ofendido, como acontece no nosso ordenamento, compromete, certamente, no caso dos doentes portadores de VIH/SIDA, a eficácia dos meios de tutela existentes.

Palavras-chave

Privacidade

Dignidade

Inviolabilidade da pessoa humana

Confiança

Verdade do doente

Violação de segredo

Traição

VIH/SIDA

Discriminação

Interesse do doente

Reforço dos meios de tutela

ABSTRACT

“Dignity is inherent to every human being and does not rely on any human situation or condition.” (Rueff, 2004: 454)⁵. We can see it as the individual’s last stronghold of protection against arbitrary institutional power or any other dominant group.

Everyone is born, lives and shall die with dignity. Diseases too are part of the human condition, therefore, society must promote dignity to those who are suffering, who are ill and dying.

Alongside values like the right to life and personal integrity (both physical and moral), the right to the reservation of the intimacy of private and family life is recognized as a right inherent to the human condition, and necessary to express and ensure men’s dignity and ethical realization, thereby it shall be given a superior protection over other rights.

Belonging to the catalog of Freedom and Guarantees Rights, even though it is not an absolute right, it can only be restricted by law when necessary to safeguard other rights or interests protected by the constitution. Any limitation must respect the principles of necessity, proportionality and appropriateness, always opposing the seriousness of criminally elicited and intentional human acts with to the intensity or severity of the interference.

Notwithstanding this consecration, violation of the right to private life, cloaked and justified by higher community reasons such as the preservation of community health, public order, moral and social ethics, state authority, national security, the application of good justice, etc.

Insecurity, fear, disorientation in the face of HIV/AIDS, due to lack of information about the disease and to the virus mode of transmission , have created a scenario of unfounded alarm which, motivated by means of arbitrary discrimination, leads, in some cases, to social death of individuals long before their physical death (Susan Sontag, 1998: 127)⁶.

⁵ RUEFF, Maria do Céu (2004), “O Segredo Médico e VIH/SIDA- Perspectiva Ético-Jurídica”, in *Acta Médica Portuguesa*, II Série, volume 17, n.º 6, Nov./Dez. 2004, p.454

⁶ SONTAG, Susan (1998), *A Doença como Metáfora e A Sida e as suas Metáforas*, Lisboa, Quetzal Editores, *apud* RUEFF, Maria do Céu (2004), *op. cit.* p. 455.

Stigma and guilt of the carrier of the disease, who despite all the scientific evidence is still frequently associated with risky behavior and transgression, and foretold death make AIDS such a peculiar pathology. To ignore this reality is, in our point of view, to deny justice to those who carry HIV/AIDS.

“The danger of contagion may actually jeopardize the right to life and physical integrity of people in general, however, we can not overlook the fact that the person per se too owns the right to physical integrity, honor, individual freedom and dignity.

Therefore, it is necessary to reconcile the interests of society with the individuals’, this issue underlies one of the noblest areas in law– the human rights” (Rueff, 2009: 26)⁷.

“Unlike what happened with leprosy and the plague, nowadays, it is not possible to enclose these patients in absolutely closed circles without declaring their civil death. The right strategy is to welcome all the carriers of the virus in society and in the health system, as well as absolutely respecting their right to dignity, ensuring them medical confidentiality, respecting the principle of equality and non-discriminatory treatment against the disease” (Rueff, 2009: 15).

Some authors define the “paradox of AIDS” as follows: it is necessary to respect the Human rights of those who are infected or at high risk of infection so we can reduce vulnerability to infection of not infected individuals (MacNaughton, 2004/ Kirby)⁸.

A possible violation of confidentiality and the consequent loss of trust in the system may lead patients to abandon the health system, compromising not only their own health but also medical activity, which can not exist without trust as well as the official policy to control the pandemic (Rueff, 2009: 457- 458).

In a so called Human Rights era, HIV/AIDS pandemic confronts humanity with a true exercise of human rights. It behooves us to show that we are up for the challenge we are facing, redeeming ourselves from the unworthy decisions made in the past before diseases like the leprosy or syphilis.

⁷ RUEFF, Maria do Céu (2009), *O Segredo Médico Como Garantia de Não-Discriminação - Estudo de Caso:HIV/SIDA*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 26

⁸ MACNAUGHTON, Gillian (2004), *Women’s Human Rights related to Health-Care Services in the Context of HIV/AIDS*, London, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, *apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) *op. cit.* p. 641

There are, in several positive laws, many means of action and precautionary safeguards or penalties imposed to the right for private and family life. From CRP, to Law n.º 67/98 of 26 October (Personal Data), to Civil Code, Criminal Code and other legislation in force, there are many examples of protection of the right for private and family life.

The means of action are already consecrated, know, it is our goal to assess if, in such special situations as those with HIV/AIDS patients, these means are sufficient to safeguard the advocated law.

Reality must not be ignored. Normally, patients that have their right for private and family life violated don't file a complaint against their potential violators. On the one hand, because filing a complaint would expose them even more and, on the other hand, because, in most cases, the patient depends on the violator to obtain health care. When filing a complaint is a dependent measure, as in our legal system, the effectiveness of the existent means of protection is, indeed, undermined for HIV/AIDS patients.

Keywords

Privacy

Dignity

Inviolability of the person

Trust

Patient's truth

HIV/AIDS

Violation of secrecy

Betrayal

Discrimination

Interest of the patient

Reinforcement of protection

1-INTRODUÇÃO

Sob pena de estarmos numa inversão completa do sentido da vida, não podemos deixar de partir de uma noção essencial de pessoa como fim do direito. Como defende Paulo Mota Pinto “a pessoa humana deve ser o centro das preocupações dos juristas, e o apelo que a estes é dirigido para a sua tutela emana do mais fundo substrato axiológico que constitui o Direito como tal” (Pinto, 1993: 480)⁹.

O direito existe para as pessoas e pelas pessoas e, mesmo que a lei não o proclamasse, não deixaria de ser assim. Porém, não é demais, assinalar que esta precedência é reconhecida e assegurada pelo direito positivo. A nossa constituição proclama desde logo, no seu artigo 1º, que a dignidade humana é a sua base¹⁰. Trata-se de um pressuposto e não de uma criação da constituição. Está bem patente na nossa lei fundamental o carácter precedente da pessoa humana face à lei. É óbvio que não precisava de o fazer, contudo, não deixa de ser uma referência importante.

Utilizando as palavras de Oliveira Ascensão podemos dizer que “a prioridade da pessoa humana encontra, nos dias de hoje, a sua expressão, de modo praticamente universal, na categoria dos direitos de personalidade, direitos do Homem ou direitos humanos. O fim destes é assegurar a realização ética do homem. Por isso, mesmo aspectos não previstos na lei são englobados nos direitos da personalidade, enquanto necessários para exprimir e assegurar a dignidade da pessoa” (Ascensão,2002:10)¹¹.

Certamente, que o reconhecimento do direito à reserva da intimidade da vida privada, como direito inerente à própria condição humana, necessário para exprimir e assegurar a dignidade e a realização ética do homem, constitui uma conquista. Contudo, mais do que a sua invocação, importa que se estabeleçam garantias para a sua efectivação.

Como refere Jorge Miranda (1977: 49), “um dos fenómenos culturais mais característicos da nossa época, tem sido, inquestionavelmente, a *invocação dos direitos*

⁹ PINTO, Paulo Mota (1993), “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra)*, Vol. LXIX, p. 480

¹⁰ Cfr. O art.º1º da CRP Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira (2002), “A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 43, n.º 1, 2002, p.10.

do homem, o apelo regular à sua consagração em textos de Direito internacional e interno e a alusão quotidiana aos tratados e convenções que têm como objecto a respectiva tutela”¹². Na opinião de Rita Amaral Cabral (1988: 373), “a repetição de tais apelos e a invocação de tais direitos só é excedida, pela frequência com que esses direitos são violados, denegados e sistematicamente postos em causa”¹³.

Entre nós, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar encontra consagração, na Lei Fundamental (CRP), na Lei nº 67/ 98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais), no Código Civil, no Código Penal e em demais legislação nacional em vigor, consubstanciando, não só um direito de personalidade¹⁴, mas também, um direito fundamental pertencente ao elenco dos Direitos Liberdades e Garantias como já se referiu.

Reflectir sobre o tão falado e consagrado direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é, a nosso ver, no caso particular dos doentes portadores de VIH/SIDA, uma necessidade premente, até porque, ao contrário do que acontece na maioria das outras situações de violação destes direitos, no caso dos doentes com VIH/SIDA, as consequências de uma eventual violação tem implicações, não só, na esfera individual do lesado, mas, essencialmente, na comunidade em geral.

A particularidade e a especificidade da realidade dos estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde, e a situação particular dos doentes portadores de VIH/SIDA, justificam em nossa opinião, uma reflexão séria, sobre *se*, e *como*, é acautelado o direito à reserva da vida privada e familiar nas instituições em apreço, e

¹² MIRANDA, Jorge (1977), “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, I.º Vol., Lisboa, 1977, p. 49.

¹³ CABRAL, Rita Amaral (1988), “O Direito à Intimidade da Vida Privada”, (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil), in *separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: Faculdade Direito de Lisboa, 1988, p. 373.

¹⁴ Os direitos de personalidade, entre os quais se insere o direito à intimidade da vida privada, exprimem na conhecida fórmula de Adriano de Cupis, “o «minimum» necessário e imprescindível do conteúdo da personalidade”. Podem ser definidos como direitos *subjectivos, privados, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, inatos perpétuos, intransmissíveis, relativamente indisponíveis*, tendo por objecto os bens e as manifestações interiores da pessoa humana, visando tutelar a integridade e o desenvolvimento físico e moral dos indivíduos e obrigando todos os sujeitos de direito a absterem-se de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender a personalidade alheia sem que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida. Cf. CUPIS, Adriano de (1961), *Os Direitos de Personalidade* (tradução do original italiano por Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro, Lisboa: Morais Editora, p. 17

quais as consequências das eventuais violações, quer para os doentes lesados, quer para a sociedade em geral.

A escolha deste tema para dissertação de mestrado, nasceu, acima de tudo, de uma necessidade pessoal. A experiência vivenciada pela autora, durante a sua passagem pela realidade hospitalar¹⁵, testemunhando a falta de discrição (indiscrição) com que os dados clínicos dos pacientes são tratados, associada ao falecimento de um familiar, seropositivo, com 50 anos de idade, cuja morte poderia ter sido adiada/ evitada, se a mesma não tivesse abandonado o “sistema”, em virtude de se ter sentido vítima de exposição e consequente discriminação, encontraram, nos conhecimentos adquiridos na licenciatura em direito, designadamente, na unidade curricular de direito da medicina, fermento para fazer crescer o sentimento que inspirou este trabalho de investigação.

Tratando-se o crime de violação de segredo (profissional) de um crime semi-público, cujo impulso processual depende de queixa, a efectivação das garantias de tutela vêm-se, a nosso ver, seriamente, comprometidas, não só pelo facto dos doentes lesados se encontrarem, na maior parte dos casos, numa situação de dependência face aos cuidados a prestar pelos profissionais/ potenciais autores da lesão, mas também, pelo facto de, uma eventual queixa contribuir para agravar ainda mais a exposição da sua privacidade e o estado de fragilidade em que a doença em si, já os coloca.

É nossa firme convicção que a situação, de dupla limitação, em que se encontram os doentes lesados, compromete seriamente a eficácia dos meios de protecção colocados ao seu dispor, pelo que importa reforçá-los, adoptando novas estratégias.

Parece-nos, e pretendemos demonstra-lo com este trabalho, que uma das soluções para contornar a situação de limitação em que se encontram os doentes portadores de VIH/SIDA poderá ser, o **Estado chamar também a si** a competência para desencadear os processos crimes em caso de uma eventual violação, como aliás já acontece nas situações referidas no n.º 5 do artigo 113.º do Código Penal.

Chegamos a ponderar, de entre as soluções a adoptar, a alteração da natureza do crime de violação de segredo para crime público, como aconteceu com o crime de violência doméstica, contornando, dessa forma a situação de dependência/ limitação em que se encontram os doentes com VIH/SIDA face aos potenciais autores da lesão,

¹⁵ Trabalhou como Técnica de Análises Clínicas e Saúde Pública, durante, sensivelmente, 12 anos, em várias instituições prestadoras de cuidados de saúde.

contudo, acabamos por abandonar essa solução na medida em que acabava por ficar desprotegida a vida privada daqueles doentes que, de todo/ em absoluto pretendessem evitar um eventual procedimento com vista a punição do violador, pagando o preço da exposição da sua doença. É que não se pode descurar que se, por um lado estão em causa interesses supra individuais da manutenção da confiança necessariamente depositada em certos profissionais (funcionalidade sistémico-social), por outro, está também em causa a protecção da vida privada do doente, que em situações como a SIDA, podem ter efeitos catastróficos na vida do indivíduo.

Partimos para este trabalho tentando encontrar respostas para as seguintes questões:

Questão principal: Como é acautelado o direito à reserva sobre a da intimidade vida privada nas instituições prestadoras de cuidados de saúde, em especial nos doentes com VIH/SIDA?

- A informação confiada ao médico e às instituições de saúde, partilhada entre os diferentes profissionais envolvidos na prestação de cuidados de saúde, respeita o dever de segredo a que está obrigado?
- Como reagem os doentes perante a violação do seu direito à reserva da intimidade sobre a vida privada? Apresentam queixa ou por medo de represálias e de mais discriminação não o fazem?
- Que garantias de tutela existem- Instrumentos Nacionais e Internacionais- São suficientes para acautelar a protecção do direito no caso especial em que se encontram os doentes com VIH/SIDA?
- Quais são as soluções alternativas para contornar a situação?

O palco utilizado para encontrar as respostas a estas interrogações foi a realidade vivenciada nas instituições prestadoras de cuidados de saúde. Quando nos lançamos neste desafio, pretendíamos, para fundamentar as posições que assumíssemos no âmbito do trabalho, obter, junto dos Conselhos de Administrações de alguns hospitais, autorização para consultar processos clínicos tentando descortinar, dos registos aí efectuados práticas que consubstanciassem condutas ilícitas, violadoras do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada dos pacientes. Paralelamente, e com o intuito de desvendar qual o comportamento, em regra, adoptado pelo doente, perante a violação do seu direito à intimidade da vida privada e familiar e avaliar, até que ponto, podem,

ou não, o medo e a discriminação, impedir a denúncia da situação, iríamos analisar as queixas dirigidas aos gabinetes de utente, medindo, do universo das queixas apresentadas, a relevância percentual das queixas motivadas por razões relacionadas com a violação da intimidade da vida privada e familiar, comparativamente às demais.

Porém, não obstante a nobreza dos nossos desígnios, não foi possível concretizá-los, na medida em que, tratando-se de “dados sensíveis”- dados relativos à saúde- e nos termos do preceituado no artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, seria necessário não só, uma autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados, como também o consentimento expresso, por parte dos titulares dos referidos dados, para o efeito, o que era incomportável¹⁶.

De facto, movidos pela ânsia de defender/provar que, dada a situação em que se encontram os doentes com VIH/SIDA, a protecção do seu direito à privacidade carece de um reforço dos meios de garantia e tutela existentes, deixamo-nos levar por algum impulso de ingenuidade. Amadurecendo a questão e tendo em conta a realidade das nossas instituições, apercebemo-nos, desde logo, da sua inexequibilidade. Era caso para se dizer que o feitiço se virou contra o feiticeiro- esbarrávamos contra a própria magnitude do direito à intimidade da vida privada.

Efectivamente, como resulta do preceituado, tanto na Constituição como na Lei de Protecção de Dados Pessoais, o tratamento dos dados sensíveis é, regra geral, proibido, estando devidamente estipuladas, as situações especiais em que poderão ocorrer excepções a essa proibição (v. g., artigo 35.º n.º 3 da CRP e artigo 7.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro).

A lei estipula como requisitos para justificar a excepção à proibição de tratamento- o *consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei* ou quando for para *processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis* (no texto da CRP) e na letra da Lei da Protecção de Dados Pessoais- mediante *disposição legal* ou *autorização da CNPD*, quando por motivo de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o *titular dos dados tiver dado o seu consentimento* expresso

¹⁶ Em rigor, as nossas pretensões não eram, de todo, desprovidas de sentido, isto, se a realidade das nossas instituições prestadoras de cuidados de saúde fosse diferente, ou seja, se em vez de processos clínicos em suporte de papel, tivéssemos já “dossier clínicos informatizados” que, de entre outras vantagens, permitisse e facilitasse a obtenção e disponibilização de dados não nominativos destinados à investigação científica.

para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º.

A intervenção da CNPD referida na Lei n.67/98 não pode ser interpretada no sentido de fonte legitimadora, mas sim como órgão fiscalizador do fundamento do consentimento a atribuir pelo titular dos dados, que de acordo com o estipulado (artigo 3.º alínea h) “deve corresponder a uma manifestação de vontade, livre e esclarecida, nos termos do qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento”.

No n.º 4, do citado artigo 7.º a Lei da Protecção de Dados Pessoais refere-se expressamente, às situações, excepcionais, em que o tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os genéticos, poderá ocorrer, impondo, em qualquer das situações referidas, a exigência para que o tratamento seja efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, sempre com a obrigatoriedade de notificação a CNPD, nos termos do artigo 27.º, e com a garantia de medidas adequadas de segurança da informação.

Da leitura deste preceito resulta claro que as finalidades a prosseguir admitidas põem a tónica nos interesses do doente e não propriamente nos interesses da entidade que pretende proceder ao tratamento. Também é claro que a investigação científica (mesmo a médica) não está incluída no leque dos requisitos para a licitude do tratamento de dados relativos à saúde, à vida sexual e dados genéticos, podendo fazer-se apenas, com recurso a informações anonimizadas.

Perante a impossibilidade de analisarmos os processos clínicos dos pacientes recorreremos, em alternativa, para suportar as posições defendidas no âmbito do presente trabalho, aos resultados do relatório de Auditoria ao Tratamento de Informações de Saúde nos Hospitais, realizado pela Comissão Nacional de Protecção de Dados a 38 hospitais portugueses, aprovado na sessão plenária de 9 de Novembro de 2004, e a um inquérito realizado por nós, a 200 profissionais envolvidos na prestação de cuidados, designadamente, Médicos (50), Enfermeiros (50), Técnicos de Diagnóstico e Terapêutica (50), Auxiliares de Acção Médica (30) e Psicólogos (20), com vista a aferir a sensibilidade destes profissionais à valência “segredo profissional”.

O inquérito envolveu 5 questões de resposta simples- Sim ou Não – e em caso de resposta afirmativa facultamos três hipóteses de resposta para graduação/ valoração da posição perfilhada pelo inquirido.

Questão 1- Considera o segredo profissional importante na prestação de cuidados de saúde? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1-Muito Importante; 2- Importante; 3- Razoavelmente Importante;

Questão 2- Considera que, em doenças como o VIH/SIDA, os profissionais que prestam cuidados ao doente devem conhecer o diagnóstico? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1- Todos os profissionais da equipa multidisciplinar devem conhecer o diagnóstico;

2-Só aqueles que estiverem directamente envolvidos na prestação de cuidados;

3-Só aqueles, para quem essa informação for indispensável para exercer as suas funções;

Questão 3 – Considera que as regras de higiene e segurança são importantes? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1- Indispensáveis; 2 – Importante; 3 – Razoavelmente importante;

Questão 4 – Considera que no caso de doenças como o VIH/SIDA, os profissionais devem reforçar as regras de higiene e segurança? Responda sim ou não conforme a opção em que mais se enquadra:

1-Sim porque as possibilidades de contágio são maiores;

2-Não, porque se devem cumprir as regras de higiene e segurança em todas as situações, mesmo quando não se conhece o diagnóstico.

Questão 5 - Admite que já violou as “guidelines” de actuação? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1-Algumas vezes; 2- Poucas vezes; 3- Raras vezes

Perante a nova realidade de prestação de cuidados de saúde- Trabalho em equipa- tentamos perceber como é acautelado o direito à intimidade da vida privada na modalidade de segredo partilhado. Analisamos a sensibilidade dos dados de saúde, o modo e o processo como a informação, *confiada* às instituições e aos profissionais de saúde, em particular ao médico, circula, e é partilhada, entre os vários intervenientes no processo, o tipo de informações registadas, o modo como é feito o registo, etc.

Tendo presente que, a cada um dos grupos profissionais envolvidos, correspondem, diferentes exigências de ordem deontológica, em matéria de segredo

profissional, tentamos aferir, se, e em que medida, essas diferenças se reflectem no *modus operandi* de cada grupo profissional, relativamente à valência “segredo”.

Também foi abordada a latente conflitualidade que existe entre o *direito à reserva da intimidade da vida privada*, o *direito à informação* e o *direito a ser informado* desmistificando o fundamento muitas vezes invocado, para a limitação do direito à reserva da intimidade da vida privada, da necessidade de protecção de interesses superiores da comunidade.

Procedeu-se à análise dos meios de tutela e garantia existentes - instrumentos nacionais e internacionais – ajuizando sobre a suficiência dos mesmos e a conseqüente necessidade do seu reforço.

É dentro do enquadramento traçado que tentaremos fornecer algum contributo para um debate sério e uma reflexão lúcida e responsável da comunidade jurídica portuguesa sobre os problemas levantados neste domínio, os quais, obviamente, terão que ser equacionados em paralelo com os não menos importantes direitos de informação e direito a informar a que a comunidade também tem direito.

2- DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR

2.1- A Privacidade na Sociedade Técnico-científica

O Homem é, sem dúvida alguma, um animal social e apenas no sentido abstracto é possível concebê-lo de forma isolada. Sendo, por excelência, um ser de relação, e numa perspectiva personalista dir-se-á que a “categoria da relação não é extrínseca à pessoa, mas é o seu primeiro constitutivo existencial” (Frattalone, 2001:840),¹⁷ a pessoa não pode alhear-se do seu sentido relacional e dimensão comunitária.

O Homem tem necessidade de se relacionar, tem necessidade de ser bem visto em sociedade, de ser aceite e respeitado pelos outros. É, muito importante a ideia que o outro tem e faz dele. Esta necessidade de afirmação, aceitação e respeito pelos outros

¹⁷ FRATTALONE, R (2001), *Dicionário de Bioética* (coord: Salvino Leone e Salvatore Privitera e trad. do original Italiano por A. Maria da Rocha), Vila Nova de Gaia: Editorial Perpétuo Socorro 2001, p. 840.

pode levar à ocultação do convívio social de factos ou circunstâncias que possam pôr em causa esses objectivos.

A constatação e revelação de imperfeições, de diferenças ou de determinados acontecimentos atinentes à vida da pessoa, poderão conduzir a um potencial dano social, sobretudo se atendermos que a integridade do Homem é essencial à sua sobrevivência no colectivo.

Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007:472) referem, a propósito, que “certas informações relativas às pessoas e famílias podem despersonalizar, degradar, des-individualizar os seres humanos”¹⁸.

São inúmeras as razões que podem levar à vontade e até necessidade de ocultar do convívio social determinadas circunstâncias. Desde logo, a devassa sobre o facto de doença, nomeadamente, doenças como a SIDA, comumente associadas à transgressão, a “grupos de risco”, “comportamentos de risco” etc., passíveis de conduzir a situações de estigmatização e discriminação¹⁹. Existem factos e circunstâncias que se reveladas podem desencadear uma série de infortúnios, não só a nível social, mas também, a nível pessoal, laboral, e até material. Veja-se, a título de exemplo, as consequências que o conhecimento de factos passados de ordem criminal pode ter ao nível da estabilidade de um emprego ou o conhecimento de uma orientação sexual diferente na assumpção de certos cargos.

Os receios aumentam quando se pensa nas possibilidades ao dispor dos actuais meios informáticos, nomeadamente, no que se refere à capacidade de recolha, armazenamento e tratamento de dados de natureza pessoal, na subsequente divulgação dessa informação e nos perigos que daí advêm, tornando-se a informação “numa mercadoria” susceptível de ser transferida sem constrangimentos de tempo ou espaço (Gonçalves, 2003: 8)²⁰.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora 2007, I vol., 4^a Edição Revista, p. 472.

¹⁹ A este propósito Manuel da Costa Andrade refere que “(...) de forma mais ou menos indirecta o conhecimento da doença abre a porta à indiscrição sobre topoi de irrecusável valência na perspectiva da privacidade/ intimidade: espaços e companhias frequentadas; condutas e modos de vida adoptados, opções existenciais assumidas, etc. Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa (2004), *Direito Penal Médico – SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004 p. 27.

²⁰ GONÇALVES, Maria Eduarda (2003), *Direito da Informação*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 8.

Numa sociedade marcada pelo progresso da técnica, em que o Homem é “obrigado” a conviver com instrumentos técnicos capazes de o reduzir à condição de simples peça de um mecanismo técnico- social, a privacidade, conceito de difícil abordagem como se demonstrará, avesso, a consensos desde a sua fundamentação etimológica, é cada vez mais reclamado.

As novas tecnologias, nomeadamente a revolução da informação e a massificação do acesso a meios electrónicos, abrem caminho a uma nova forma de estar em sociedade, que se revela no modo de ser de cada pessoa.

Como escreve Cunha Rodrigues (1994: 44) “o volume e, por vezes o excesso de informação modificaram a vida das pessoas, a hierarquia das suas motivações e as suas formas de relacionamento, conferindo um novo significado a factores como o desejo de consideração social e o sucesso pessoal”²¹.

Esses desejos e necessidades aliados à complexidade da vida social, à constante inovação em termos tecnológicos e à necessária intervenção do Estado, de forma a garantir a segurança e liberdades individuais, tornam a privacidade da pessoa, outrora privilégio de uma classe social -a burguesia-, um direito vulnerável e facilmente ofendido”.

Considerada de forma genérica, por possuir “um valor constitutivo para a identidade e liberdade das pessoas”²², a privacidade individual assume, cada vez mais, um papel preponderante nos vários domínios da vida de cada um de nós, em especial, nos momentos de maior fragilidade e vulnerabilidade, que acompanham o processo de doença.

O sucesso na saúde está, de um modo geral, associado ao progresso técnico, às novas soluções da ciência, aos novos meios de diagnóstico, à terapêutica inovadora, à competência na rapidez do acto tecnicamente perfeito etc.

As descobertas científicas, nomeadamente, as do domínio biomédico, foram, sem dúvida, postas ao serviço do homem, permitindo salvar, melhorar, prolongar e manter a vida. Contudo, não se pode ignorar o outro lado da moeda- a tecnicidade

²¹ RODRIGUES, Cunha (1994), “Perspectiva Jurídica da Intimidade da Pessoa”, in *Cadernos de Bioética, Dez 1994*, Coimbra: Centros de Estudos de Bioética, p. 44.

²² ENCICLOPÉDIA LUSO-BRASILEIRA DE CULTURA, Vol.23, Edição Século XXI, Lisboa: Editorial Verbo- S. Paulo, 1997, p. 1276.

extrema, aliada à indiferença da pessoa, à sua fragmentação, como se o todo, numa simples lógica matemática, se tornasse igual à soma das partes.

Não está em causa a utilidade e necessidade de muitos dos meios que a técnica coloca ao nosso dispor, mas sim a importância ética que a tecnologia assume, uma vez que ocupa uma posição central na vida humana, sobretudo quando se reporta a áreas tão sensíveis como a saúde, onde poderão ser colocados em causa direitos fundamentais.

A incidência do progresso tecnológico na tutela da vida privada é tão evidente que a doutrina norte-americana costuma distinguir três fases na evolução histórica conducente às actuais soluções da lei: a era pré-tecnológica (1780 a 1880); a era do primeiro desafio tecnológico (1880 a 1950) - marcada pela descoberta do microfone, da fotografia instantânea, do telefone e da gravação de sons; e finalmente, a era do segundo desafio tecnológico (1950 aos nossos dias) em que se salientam os procedimentos electrónicos de detecção, reprodução e informatização (Rita Cabral, 1988: 382).

De facto, as potencialidades de intromissão na vida privada são hoje espantosas. Os meios informáticos potenciam de tal forma os perigos de intromissão na vida privada que põem em causa o próprio desenvolvimento da personalidade humana. A capacidade de cruzamento de informações disponibilizadas pela técnica, permitindo a reconstituição nos aspectos mais relevantes socialmente da vida de cada um, cria uma vulnerabilidade quase total. Chegamos ao ponto de poder aceder à intimidade de uma pessoa, mediante o conhecimento de dados que, não sendo íntimos, em conexão com outros, podem revelar a sua intimidade.

A situação é, de facto, preocupante. É como se cada um de nós vivesse numa espécie de liberdade condicional. Estamos constantemente expostos ou dependentes de quem nos pode expor. A todo o momento podemos ser liquidados com factos tirados do nosso passado, revelados na medida do necessário e no momento que se entender oportuno. Nunca, como até agora, a pessoa na sua privacidade esteve tão ameaçada.

Encontramo-nos, perante um cenário que outrora não passaria de ficção, mas que hoje ameaça gravemente o desenvolvimento da personalidade humana. É, pois, facilmente compreensível, face ao quadro actual, a acentuada preocupação das pessoas em geral, com a questão da preservação da privacidade e até mesmo com a insistência na criação de meios eficazes de defesa deste aspecto, que a todos toca, e que se assume como um problema de uma sociedade que depreciativamente é apelidada “técnico-científica”.

O progresso técnico-científico é irreprimível. Contudo, como nem sempre contempla a dimensão moral da pessoa é preciso estabelecer limites e a dignidade da pessoa humana deve ser o limite.

Já no século XVIII, Kant dizia que a pessoa, como um ser racional, tem um valor autónomo e não apenas um valor como meio, sendo, por isso, portadora de uma dignidade que lhe é inerente.

A técnica é, com certeza, um destino. Um destino que teve desenvolvimentos extraordinários após a II Guerra Mundial, mas não pode, de forma alguma, fazer-se a qualquer custo, com desrespeito pela “humanidade” do ser Humano.

É preciso não esquecer que foi a busca do inimaginável e a dinâmica do poder que estiveram na base de feitos vergonhosos como a detonação das bombas atómicas de Hiroxima e Nagasáqui ou os horrores e atrocidades cometidos pelos nazis nos campos de concentração.

2.2-Conceito, Conteúdo e Extensão

2.2.1- Definição do conceito- Privacidade/ Intimidade / Confidencialidade

Definir o conceito privacidade não é tarefa fácil. Entre nós, Paulo Mota Pinto (1993: 504) considera mesmo que “chega a raiar os limites do impossível”.

Não obstante a obscuridade que alguns autores associam ao conceito que, por ser necessariamente indeterminado, acaba por se revelar imprestável, como um verdadeiro conceito elástico, Paulo Mota Pinto (1993:504) defende que, “em vez de renunciarmos, de todo, a apresentar uma definição de privacidade, deveremos, estando já de sobreaviso sobre a sua possível extensão desmensurada, tentar delimitar o conceito procurando distinguir os interesses em presença”. Para este autor o melhor caminho para abordar com segurança a questão da tutela da privacidade será o de primeiro extremarmos o interesse que lhe corresponde, como ideia geral que subjaz à lei, e depois então passarmos ao terreno do direito positivo, já munidos de um instrumento que nos permita resolver os casos duvidosos com que nos deparemos. A este respeito o autor esclarece: *a)* “...quando abordarmos o problema da privacidade estamos a tratar de *informação* (num sentido lato)”; *b)* “...poderíamos dizer que esse interesse é o de evitar ou de

controlar a tomada de conhecimentos ou a revelação de *informação pessoal*”; c) “Para lá disso (...) o interesse na *subtracção à atenção* dos outros (anonimato num sentido lato) e o interesse em excluir o acesso físico dos outros a si próprio” (Pinto, 1993:508).

Voltando à dificuldade de definição do termo cabe referir que a mesma se prende com várias questões. Desde logo, com a própria natureza do termo- Trata-se de um conceito multiforme, variável, e influenciado por situações contingentes da vida social.

De facto, sendo as necessidades de privacidade pessoais, torna-se incomportável a sua definição em termos genéricos - A importância, que cada um atribui ao que é “só seu”, ao que é “íntimo”, varia de pessoa para pessoa, sendo essa importância, na opinião de Sally Glen e Sheila Jownally (1995: 35), quase sempre afectada pela socialização e pelas experiências de vida de cada um²³.

Para desmistificar o conceito sugerimos uma pequena pesquisa/reflexão sobre a origem do termo e respectivos significados a ele imputados.

A grande maioria dos autores consultados situa a origem do termo “privacidade” na palavra latina *privatus*, que significa literalmente “pertence a alguém”, remetendo, desde logo, para uma noção de que se refere a algo que tem “dono”, que “não nos pertence”, havendo, pois, uma necessidade de tratar com cuidado.

No Dicionário Etimológico de Língua Portuguesa é o vocábulo “privado” que aparece referenciado, estabelecendo-se a sua origem na palavra latina *privātu*, que se reporta à vida, ao recesso do lar, longe dos negócios públicos.

À semelhança do Dicionário Etimológico de Língua Portuguesa, outros dicionários de referência (Silva, 1996: 2075)²⁴, também não fazem qualquer alusão ao termo “privacidade”, mas apenas ao vocábulo “privado”, aparecendo este definido como o “que não é público”, o que é “particular”, o que é “íntimo”.

A concepção de íntimo (quase sinónimo de interior) surge na filosofia (Durozoi/Roussel, 2000: 214)²⁵ associado a algo que é estranho à multidão ou ao colectivo, aquilo que é individual e que existe de profundo no ser.

²³ GLENN, Sally e JOWNALLY, Sheila (1995) “Privacidade: Um Conceito-Chave em Enfermagem”, *Nursing*, Novembro de 1995 n° 94, Lisboa, p. 35.

²⁴ SILVA, António de Moraes (1992), *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, Vol. IV, 10ª Edição Revista. Lisboa: Editorial Confluência. p. 372 e FIGUEIREDO, Cândido (1996), *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol III, 25ª ed., Venda Nova: Bertrand Editora, 1996, p. 2075.

Dando uma olhadela pelo *The New Oxford Dictionary of English*, verificamos que originalmente o conceito de *privacy* é enunciado como: “o estado ou condição de estar livre de ser observado ou perturbado por outra pessoa”; “o estado de ser livre da atenção pública”.²⁶

A falta de consenso quanto à definição do termo é manifesta e poderíamos continuar a citar autores com tentativas de definições mais ou menos próximas, que isso não aliviaria a polémica acerca da objectivação do termo.

Sem ter a veleidade de poder agradar a todos arriscamo-nos a avançar um conjunto de noções frequentemente associadas à privacidade, designadamente, a noção de reserva social, solidão, exclusão, segredo, anonimato, confidência, subtracção da atenção pública etc. Como ponto de convergência, pode-se dizer que quase todas as definições, senão mesmo todas, deixam transparecer uma preocupação de separar o que é público do que é privado. É como se houvesse uma separação demarcada entre esses dois ambientes. A grande questão está na definição genérica do que é que pertence a cada ambiente, já que é ao próprio indivíduo que cabe decidir e estipular as suas necessidades de privacidade. As mudanças de contexto, de espaço, de tempo enquadram valorizações distintas da privacidade a que acresce a própria subjectividade do conceito.

Para Manuel da Costa Andrade (1999: 731) a privacidade é “um conceito marcadamente proteico e mimético”²⁷ uma vez que, as notas de relatividade e variabilidade fazem parte da sua caracterização.

Para a polémica instalada acerca da objectivação do termo privacidade contribui, seguramente, a confusão, frequentemente efectuada, entre os vocábulos privacidade, intimidade e confidencialidade, talvez porque se considera que têm o mesmo objecto.

Existe, de facto, uma real proximidade e relação entre os diferentes conceitos, contudo, não se pode entender que os mesmos sejam coincidentes.

Se do núcleo da privacidade fazem parte todo um conjunto de aspectos do âmbito da pessoa, que não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à

²⁵ DUROZOI, G. e ROUSSEL, A (2000), *Dicionário de Filosofia*, (trad. do original francês por Maria de Fátima de Sá Correia), Porto: Porto Editora, 2000, p. 214.

²⁶ OXFORD UNIVERSITY PRESS, *The New Oxford Dictionary of English*, 1ª edição, Oxford: Oxford University Press, p. 1475 (a tradução é nossa).

²⁷ ANDRADE, Manuel Costa (1999), “Devassa da Vida Privada”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (coord: Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 731.

curiosidade pública por razões de resguardo, melindre e pudor individual, como sejam os aspectos da sua vida familiar, os seus afectos, os seus bens particulares, as suas actividades pessoais, separados da sua faceta profissional ou pública, do núcleo da intimidade fazem parte um reduto mais interior - a intimidade comporta o conjunto de sentimentos, pensamentos, e inclinações mais internos, como sejam a religião, as crenças, a orientação sexual, os problemas de saúde, que pretendemos manter secretos-corresponde ao modo de ser mais interior da pessoa que se quer excluir do conhecimento alheio.

Podemos dizer, em termos comparativos, que a privacidade é um conceito mais amplo, mais genérico, que engloba tudo aquilo que não queremos que seja do conhecimento geral. Dentro desse conceito temos um núcleo de menor dimensão. Um núcleo que protegemos com mais intensidade, com mais vigor, porque, efectivamente, o entendemos como essencial para a configuração da nossa pessoa. A esse núcleo chamamos “intimidade”.

Se o privado se refere ao pessoal e ao particular, àquilo que se mantém afastado do público e que deve estar livre de intromissão, o íntimo refere-se às coisas profundas da alma humana. Ambos fazem parte de um todo, com a diferença do privado ser mais amplo que o íntimo. Como sublinha Carmem Sánchez Carazo (2000: 18) “todo o íntimo está dentro da privacidade de uma pessoa, no entanto, nem todo o privado é íntimo”²⁸.

Pode-se dizer que a delimitação conceptual em essência até é fácil de compreender. A dificuldade na demarcação dos conceitos provém da liberdade que a pessoa tem na sua configuração. Se cada indivíduo estabelece a sua privacidade ou intimidade de acordo com as suas convicções, o que para um é objecto de protecção mais apertada, pode, não o ser para outro. Na verdade, o objecto até pode ser o mesmo, mas a percepção que se tem dele pode ser diferente. Assim sendo, é “tão válida uma concepção ampla de privacidade como uma reduzida de privacidade ou de intimidade, dependendo de ser esse o desejo do sujeito e o resultado obedeça à sua liberdade” (Delgado, 2000: 51)²⁹.

²⁸ CARAZO, Carmen Sánchez (2000), *La Intimidad y el Secreto Médico*, Madrid: Ediciones Díaz de Santos, 2000, p. 18 (A tradução é nossa).

²⁹ DELGADO, Lucrécio Rebollo (2000), *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Madrid: Dykinson 2000, pp.50-51. (A tradução é nossa).

A dificultar a caracterização temos ainda o facto de tanto a privacidade como a intimidade possuírem elementos comuns, nomeadamente, a liberdade, a consciência social de restrição ou a não intromissão. As diferenças objectivas e concretas não obedecem a normas, e é o indivíduo, e só ele, quem estabelece os limites da intimidade e privacidade.

É consensual que na perspectiva da intimidade o que está em causa é o radicalmente interdito enquanto na privacidade é o genericamente reservado. Ambos os conceitos representam a pessoa e a personalidade do sujeito. Quando eliminamos o exterior, o conhecido, fica o mais interno, sem o qual a personalidade fica desfigurada e o ser humano irreconhecível como ser singular e único (Delgado, 2000: 51).

A intimidade singulariza a pessoa, fazendo parte da sua essência, do seu interior. Para Carmem Carazo o íntimo é a parte da vida privada que cada ser humano – seja por motivos sociais, educacionais ou pela própria natureza humana – quer guardar para si de forma muito especial, só a dando a conhecer, autonomamente, a um círculo reduzido de pessoas com as quais tenha confiança e, por isso, num ambiente de confidencialidade.

Na confidencialidade as diferenças são a outro nível. Aí para além de estarmos perante informações secretas, íntimas, reservadas, privadas, pressupõe-se também uma relação de confiança. (Rueff, 2009:642).

Se para se violar a privacidade de alguém basta que, por exemplo se obtenha, sem autorização informações sobre essa pessoa, numa base de dados ou num arquivo, para violar a confidencialidade é preciso mais.- É preciso que alguém, a quem se confiaram as informações, as transmita, sem o consentimento.

A confidencialidade representa uma manifestação de confiança entre, aquele que confia o segredo e aquele a quem se confiam os segredos e de quem se espera confidencialidade.

A palavra confidencial envolve duas acepções. Uma relativa ao que é secreto, reservado, privado, íntimo, que não deve ser difundido/ divulgado (veja-se, por exemplo a utilização do termo a documentos e informações que não se devem divulgar) e outra relativa a uma relação de confiança com a pessoa a quem se confiam os segredos (Rueff, 2009: 642). A confidencialidade pressupõe a existência de segredos. Algo que eu “ponho à parte”, que eu “guardo”, que eu “oculto”.

Comparando os dois conceitos em termos de amplitude e extensão podemos dizer, que o conceito de privacidade é definitivamente mais amplo que o de confidencialidade, sendo que, este último pressupõe sempre uma relação de confiança enquanto o primeiro não o pressupõe necessariamente (Rueff, 2009: 642).

No plano filosófico, o respeito pelo segredo baseia-se, precisamente, num direito natural à intimidade que faz parte do desenvolvimento da pessoa. O segredo identifica-se com uma condição necessária para o desenvolvimento de determinados tipos de relações interpessoais onde a intimidade assume relevância como sejam: o respeito, o amor, a amizade, a confiança etc. Nesta linha, “o segredo concorre para o estatuto da pessoa humana, na medida em que visa proteger a intimidade e autodeterminação do Ser Humano” (Morais, 2003: 586)³⁰.

Importa registar que do âmbito do segredo, não fazem parte, exclusivamente os aspectos relativos à esfera interior do indivíduo, ao seu íntimo. Podem ser dignos de segredo quaisquer actos, condutas ou sentimentos que a pessoa deseje preservar do conhecimento alheio. Nem sempre o que é secreto coincide com o que é íntimo, pese embora o facto, pacificamente aceite, de que a maior parte do íntimo é secreto, pela sua correlação com a carga emocional. O dever de ocultar não se reporta exclusivamente à esfera interior da pessoa, mas àquilo, que a pessoa deseja ver protegido do conhecimento alheio, pode muito bem referir-se aos negócios.

2.2.2- Delimitação do Objecto / Conteúdo do Direito - Limites intrínsecos e extrínsecos.

Conforme ficou demonstrado no capítulo anterior, não é, efectivamente, fácil definir aquilo que existe, na intimidade, de valor imanente da pessoa humana e essa dificuldade estende-se, obviamente, à determinação do seu conteúdo.

Os constrangimentos encontrados na definição do conceito repetem-se, ou até, se agravam, na delimitação do objecto e conteúdo deste direito, bem como no estabelecimento dos seus limites - intrínsecos (os que resultam da própria natureza do

³⁰ MORAIS, Yvan (2003), “Segredo Médico”, in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa; trad. do original francês por Maria Carvalho), Lisboa: Instituto Piaget, 2003 p. 586.

bem tutelado) e extrínsecos (os que decorrem do confronto com o objecto de outros direitos)³¹.

Da mesma forma como não é fácil determinar o que é que se pode considerar “verdadeira exigência ontológica do homem”, desde logo, porque se trata de algo multiforme, variável, e influenciado por situações contingentes da vida social, também não é fácil, se não mesmo impossível, a determinação objectiva do que se pode entender como intimidade da vida privada ou seja, qual o seu conteúdo, quer na aplicação ao plano da realidade concreta, quer na justaposição com os outros atributos de personalidade.

Estas dificuldades explicam bem porque é que as legislações que não proíbem determinados aspectos de invasão da intimidade, se tenham ficado pela proclamação do direito à privacidade, deixando o preenchimento concreto do seu objecto à apreciação casuística da jurisprudência. A função jurisprudencial permite, por natureza, a adaptação da norma genérica à idiosincrasia do caso concreto.

Entre nós, a situação não é muito diferente. Não obstante o legislador nacional ter adiantado dois critérios norteadores, a lei não dá nenhuma definição clara do conceito, deixando a precisão para a doutrina e a jurisprudência, que refira-se, também o fazem de forma muito ténues³².

Seguindo as sugestões dadas por Mota Pinto (1993: 506), de que para abordar com segurança a questão da privacidade, devemos começar por distinguir quais os interesses em causa, parece-nos útil, na determinação do conteúdo, deixar-nos conduzir pelo interesse que o direito em causa procura proteger.

³¹ Como é sabido, os limites do direito, que provêm do respectivo objecto e do seu conteúdo, não devem ser confundidos com limites impostos ao exercício do direito. A dogmática jurídica proíbe actos de exercício de um direito quando este esteja em colisão com um direito perante o qual tenha que ceder; quando não respeite ordens normativas, primariamente não jurídicas mas recebidas pelo direito; e finalmente quando não se ajuste ao fim para o qual o direito foi concedido.

³² O Tribunal Constitucional (TC) formulou, pela primeira vez, uma definição do conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, no Acórdão nº 128/92, de 1 de Abril de 1992, declarando que se trata “do direito de cada um ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a *privacy* do direito anglo-saxónico. (...) Este direito à intimidade ou à vida privada – este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado”, cfr. Acórdão nº 128/92, de 1 de Abril, publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, Vol. 21, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 481-494.

Começamos pelas expressões utilizadas pelo texto da lei – O Código civil, no seu artigo 80.º apelida-o de Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada- não se limita a referir a *intimidade* mas antes a reporta à *vida privada*- este facto, que à partida, até poderia parecer uma dificuldade, acabou por se traduzir em alguma vantagem, uma vez que, a alusão feita à vida privada acaba por facilitar a tarefa, na medida em que exclui, desde logo, do âmbito da tutela, tudo o que se possa considerar pertencente ao domínio da participação do cidadão na vida da *cives*- A expressão utilizada pelo legislador deixa claro que, à partida, o que se quis manter reservado são *os factos e manifestações da vida privada e não os da vida pública*.

Concordando com Paulo Mota Pinto (1993: 524) entendemos, que no caso em apreço, mais que estar a distinguir “esferas” de vida correspondentes a uma natureza das coisas” que pode até vir a revelar-se contingente, torna-se mais útil, começar por analisar o que é a “vida privada”, descortinando, de seguida, em que medida, o vocábulo “intimidade” traz alguma achega ao conceito.

À partida, como já se referiu, a vida privada parece contrapor-se à vida pública. Porém, importa aferir se o critério adoptado nessa diferenciação é exclusivamente o espacial/o do lugar, o que não nos parece.

Se, por um lado, o critério do lugar é importante, tanto é, que a vida do lar e os factos que aí decorrem são, por regra, tidos por vida privada, salvo prova em contrário, por outro, não pode ser considerado como único critério. Existem, obviamente, episódios de vida privada desenrolados em lugares públicos (por exemplo conversas particulares em restaurantes) que podem ser de âmbito privado sendo, por isso, objecto de tutela por parte do direito em apreço.

Em geral, pode-se dizer que a vida pública é a vida social/vida mundana do indivíduo, enquanto a vida privada é a sua vida particular. Não pode é, de forma alguma, o conceito ser apenas função de cada pessoa. É óbvio, que se deverá reconhecer uma certa variação em relação a cada indivíduo e em cada caso, mas não se pode admitir uma relatividade absoluta, sob pena de ficarmos sem um padrão comum pelo qual possamos medir novas hipóteses ou até avaliar se estamos perante a vida privada de outrem. Como defende Paulo Mota Pinto (1993: 527) é preciso estabelecer uma directriz geral e ela deve ser determinada segundo critérios objectivos. Segundo o mesmo autor, esses critérios só podem ser os que resultam das “valorações sociais correntes sobre a questão, harmonizados com os princípios gerais do ordenamento

jurídico nesta matéria. Portanto, apesar da noção de vida privada ser, em certa medida, dependente do indivíduo, é também função das valorações de cada formação social”. Esse deve ser o critério geral.

Para clarificar os contornos do direito, ora em apreço, o legislador constitucional deu o seu contributo ao explicitar a ideia preconizada, mencionando, a par da vida privada, a *vida familiar*, o que acaba por limitar e circunscrever um pouco mais o círculo- *reserva da vida privada e familiar*. A ajuda dada pelo legislador constitucional revela-se de grande utilidade, contudo, a tarefa fica longe de ser concluída. É preciso determinar que actos, que acontecimentos, que aspectos pertencem ao núcleo da intimidade da *vida privada e familiar*.

Na opinião de Canotilho e Moreira (2007: 486)³³, “não é fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada e familiar que goza de reserva de intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade”. Várias teorias têm tentado fornecer critérios para a sua distinção, nomeadamente, a teoria das três esferas ou três graus.

De acordo com a “teoria das três esferas”, elaborada sobretudo por mérito da doutrina alemã, podem diferenciar-se três domínios ou esferas - *O da vida íntima*, que corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade da vida privada e que abrange os gestos e factos relativos ao estado do sujeito, enquanto separado do grupo e a certas relações sociais, e que devem, em absoluto, ser subtraídos ao conhecimento de outrem; *o da vida privada*, que admite ponderações de proporcionalidade e da qual fazem parte os acontecimentos partilhados com um número restrito de pessoas e *o da vida social* que se estende aos eventos respeitantes à participação de cada um na vida da colectividade e por isso susceptíveis de ser conhecidos por todos e onde, para alguns autores já não estaremos no âmbito do direito à intimidade mais propriamente no âmbito do direito à imagem e à palavra.

Como tem vindo a ser demonstrado, a tutela da privacidade pode abarcar um sem número de situações às quais, pela sua rigidez conceptual, a teoria das três esferas não consegue, efectivamente, responder. Comungamos a opinião defendida por alguns autores, nomeadamente, Canotilho e Miranda (2005. 290) de que ela não pode ser

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 4^a Edição Revista, 2007, p. 468.

aplicada ao caso português³⁴. Há porém na doutrina autores que são a favor da sua aplicação.³⁵

Paulo Mota Pinto (1993: 545) reconhece-lhe alguma utilidade mas acompanha a posição assumida por Canotilho e Moreira. Na sua opinião a teoria tem o mérito de excluir do núcleo a considerar aspectos como o da vida profissional e outros, que sendo embora susceptíveis de integrar a vida privada, a pessoa não as resguarda dos outros, deixando, portanto de ser íntimos ou até privados: Entende contudo, que, pelo menos, de forma clara, o legislador nacional não adoptou a diferenciação preconizada pela teoria das três esferas.

Exemplificando, Mota Pinto refere que o núcleo da privacidade engloba aspectos como a identidade (nome e outras marcas ou sinais de identidade), estado de saúde, vida conjugal, amorosa e afectiva do indivíduo, vida do lar, incluindo nesta factos que aí decorram ou noutros locais privados, desde que com ela relacionados, comunicações por carta ou telecomunicações, o passado da pessoa, a sua situação patrimonial e financeira, alguns eventos da vida da pessoa como sejam passatempos com amigos ou outros relativamente às quais tenha interesse de privacidade e o mesmo se pode dizer em relação a atributos pessoais como deformações físicas, hábitos sexuais, qualidades ou dotes artísticos.

No que concerne ao termo “intimidade” que o legislador associou à “vida privada”, o autor entende e nós somos da mesma opinião, que o mesmo tem a função de delinear melhor os interesses em causa. Com essa associação fica claro que só estão tutelados no âmbito do direito em apreço os aspectos da vida privada que forem “íntimos”, ficando de fora os aspectos não íntimos, como sejam os relativos à vida profissional ou o chamado “segredo nos negócios”.

³⁴ Em anotação ao artigo 26º, da CRP, Miranda/ Medeiros (anotação Rui Medeiros / António Cortês (2005: 290) afirmam o seguinte (... na sua rigidez conceptual, ela não permite responder à extensa diversidade de casos que a tutela da privacidade pode levantar: só permite conceptualizar *a posteriori* os resultados a que por outras vias argumentativas se chegou. A verdade porém é que esta teoria pouco mais será do que uma aplicação à reserva da vida privada do entendimento geral do regime das restrições aos direitos, liberdades e garantias previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da constituição. E, assim a rejeição desta teoria não é mais do que a rejeição de um entendimento essencialista ou meramente conceptual do regime do artigo 18.º, cuja inadequação fica particularmente patente no direito à reserva da intimidade da vida privada.” in MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2005) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 290.

³⁵ Rita Cabral e Costa Andrade são a favor da sua aplicação, parecendo, na opinião da primeira, que o núcleo da intimidade da vida privada, objecto de tutela, corresponde à esfera da vida íntima. Ver a propósito CABRAL, Rita (1988: 398) e PINTO, Paulo Mota (1993: 531).

Apesar de não ter dado nenhuma definição clara do conceito, o legislador português deixou, ao aplicador do direito, dois critérios de que se deverá socorrer na determinação dos contornos do bem tutelado - O artigo 80º, nº1 do Código Civil determina que "todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem" e o nº 2 do mesmo artigo estipula que "a extensão da reserva é definida conforme a *natureza do caso* e a *condição das pessoas*".

Apesar da valoração última do que é o conteúdo reservado, ter que ser feita à luz do circunstancialismo do caso concreto, isso não significa que nos tenhamos que remeter ao casuísmo. O que a lei faz é traçar orientações gerais estipulando os critérios que deverão nortear essa valoração.

Com a "condição das pessoas" o legislador não pretende uma apreciação individual, mas sim a posição social/ estatuto social das pessoas. Entende, pois, que o diâmetro da vida particular depende do modo de ser do indivíduo e varia com a forma pela qual ele se insere na sociedade. Se nos encontrarmos perante uma pessoa célebre ou uma figura pública, faz todo o sentido que o seu núcleo de reserva de vida privada seja mais reduzido, tendo em conta o interesse que a colectividade tem em conhecer certas peculiaridades que esta apresenta. O legislador entende que a notoriedade que envolve a sua personagem justifica o interesse que a colectividade tem em conhecer a sua vida privada (Cabral, 1988: 394-395).

Se considerarmos, por exemplo, um candidato à eleição de um cargo político compreenderemos, certamente, que os eleitores possam ter acesso a factos da sua vida privada, na medida em que esses factos podem pesar e ser determinantes na formulação das suas escolhas.

O legislador considera, e bem, legítimo o interesse da colectividade, em virtude de se tratar de personagens que, consciente ou inconscientemente se expõem à publicidade.

Algumas vezes é o próprio estatuto dessas pessoas que exige que elas exibam a sua vida privada e sobre elas se concentre a atenção popular. Noutras, é o modo particular de viver ou é a profissão que exercem, que exige que façam da sua intimidade a sua imagem de marca. Foi por atender a estes propósitos que a *Court de Paris* declarou improcedente o pedido de apreensão do livro escrito por uma mulher que vivera maritalmente com Picasso, decidindo, nomeadamente que "os limites do domínio da vida privada são completamente diferentes consoante se trate de um sujeito qualquer

ou se esteja perante um artista de renome mundial, que nunca temeu, se é que deliberadamente não o procurou, afrontar as exigências imperiosas e indiscretas da imprensa escrita e falada”³⁶.

É lógico, que em casos como este, o núcleo da intimidade da vida privada deve abranger menos aspectos e ser mais limitado do que aqueles que escolhem não se expor e vêm no anonimato e na conservação de uma esfera de isolamento condições indispensáveis para a sua felicidade. Esta delimitação é essencial, principalmente, nas situações em que é preciso determinar se estamos perante uma colisão de direitos- direito à privacidade e o direito à informação- ou se estamos apenas perante um direito à informação (Cabral, 1988: 395).

Para além dos exemplos assinalados – pessoas que são de interesse público em razão do cargo que ocupam, profissão que exercem, influência que detêm, proeminência social que atingiram- podemos ter também outras, que são objecto de interesse público apenas por um breve período, em razão de algum acontecimento. Tanto num caso como no outro o que se verifica é uma redução da esfera/ núcleo da intimidade e não uma supressão. Todas as manifestações de intimidade que não tenham nada a ver com actividade em virtude da qual a pessoa se tornou notória mantêm-se. Por outro lado, importa referir, que as pessoas cuja condição faz estreitar o núcleo de intimidade, podem, a qualquer momento, abdicando da respectiva condição, voltar à categoria de homens comuns, passando, à semelhança desses a beneficiar da tutela que recai, normalmente sobre qualquer outra pessoa.

Como se referiu, o outro critério ao qual o legislador manda atender para determinar a amplitude da intimidade é a “natureza do caso”. Contrariamente ao primeiro, este não depende do sujeito, é exterior ao sujeito. São traços específicos e objectivos, caracterizadores de uma situação concreta, como sejam, a localização no espaço ou o carácter histórico do acontecimento.

O espaço em que determinado facto ocorre é determinante para aferir o seu carácter reservado ou não. Se determinado facto é praticado em público não poderá ser reivindicado como pertencente à esfera da intimidade da vida privada. Da mesma forma

³⁶ Cfr. A Sentença da Cour de Paris de 6 de Julho de 1965 in *Gazette du Palais*”, n.º I, Paris: 1966, p. 37 *apud* Cabral, Rita, op.cit. pp. 394-395.

que, não se poderá admitir que determinado facto histórico pertença à intimidade de alguém em particular, na medida em que a todos diz respeito.

Importa também registar que, contrariamente ao que acontece com a construção dogmática do direito à intimidade da vida privada pela doutrina estrangeira, o legislador português parece não ter aceiteado a ideia de que, a elasticidade dos limites da intimidade tem subjacente uma renúncia tácita por parte do respectivo titular. Na verdade, o que está consagrado na lei portuguesa é que em certos casos, e para certas pessoas, o objecto do direito é diferente. Reduz-se ou amplia-se. É o objecto de direito que varia (Cabral, 1988: 399).

Ainda no âmbito da delimitação do objecto e conteúdo deste direito importa esclarecer uma outra questão- saber se o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar compreende, tão, somente, o direito de oposição à divulgação da vida privada, ou se também compreende o direito de não intromissão.

A proibição de informações relativas às pessoas e à família abrange não só as abusivas (não autorizadas) mas também as contrárias à dignidade humana. Pretende-se, pois, desta forma, reforçar a ideia de que certas informações relativas às pessoas e às famílias podem despersonalizar, degradar, des-individualizar os seres humanos (é o que acontece por exemplo com a divulgação de informações de um registo hospitalar revelando que uma pessoa é portador de uma doença humilhante como é o caso SIDA) (Canotilho; Moreira, 2007: 472)³⁷.

Com a redacção do n.º2 do artigo 26.º o legislador pretendeu deixar claro não só a ligação da privacidade aos direitos humanos como também à dignidade humana e à inviolabilidade da pessoa humana. Não obstem quaisquer dúvidas de que o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o direito de oposição à divulgação de factos integrantes da intimidade da vida privada, quer o direito de não intromissão.

A este propósito, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 468) referem que “(...) O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26º, nº 1, in fine, e nº 2) analisa-se principalmente em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem (cf. Código Civil, artigo 80º), funcionando outros direitos fundamentais, como é o caso

³⁷ *Apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) op. cit. p. 447

do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34º) como garantias deste.

A inviolabilidade do domicílio e da correspondência está relacionada com o direito à intimidade pessoal (esfera privada especial), previsto no artigo 26º, considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa e a correspondência como extensão da própria pessoa [...].

Antes de passar à questão dos limites extrínsecos importa esclarecer uma outra questão- Saber se a veracidade das informações tem alguma relevância na tutela da reserva.

No que se refere ao direito à reserva sobre a vida privada cabe esclarecer, desde logo, que a reserva estende-se tanto aos factos verdadeiros como aos factos falsos. O que está em causa, no âmbito deste direito, não é a protecção da reputação ou da honra mas sim a da privacidade. Estão, pois, abrangidos no âmbito da tutela em apreço todos os “factos” pertencentes à vida privada, incluindo os eventuais aspectos desonrosos que dela façam parte. Não se admite a prova da verdade dos factos imputados para justificar a ofensa³⁸.

Se, como ficou demonstrado, estabelecer os limites intrínsecos não é tarefa fácil, no que concerne aos limites extrínsecos, a tarefa não é menos delicada. É, efectivamente, um exercício complexo, delimitar o que é intimidade da vida privada enquanto objecto próprio de um direito de personalidade, face aos demais modos de ser físicos e morais do ser humano.

Consciente desta dificuldade e certamente para afastar eventuais dúvidas sobre a sua consagração no âmbito da tutela geral da personalidade, operada pelo artigo 70.º do Código Civil, o legislador português previu, expressamente, no artigo 80.º do C.C., o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada (*dirritto alla riservatezza* na expressão italiana e direito a uma esfera de segredo na teoria germânica). Portanto, se dúvidas existissem sobre a imprescindibilidade do direito à reserva da vida privada para a realização e caracterização da personalidade, a sua consagração expressa, operada pelo artigo 80.º do C.C, a par da consagração genérica, no âmbito da tutela geral da personalidade, através do artigo 70.º C.C., deixam clara a intenção do legislador - a

³⁸ O entendimento perfilhado faz todo o sentido, da mesma forma como não seria aceitável que a prova da verdade fosse admitida para justificar um crime. Diferente solução terá o enquadramento da questão em termos civis onde a não existência de dano exclui a responsabilidade civil.

natural aspiração da pessoa ao resguardo da sua vida privada merece tutela não só em termos gerais como em termos específicos.

É frequente estabelecer alguma confusão entre o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e as chamadas “figuras afins” nomeadamente, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o direito à honra ou reputação, direito à imagem, direito à identidade pessoal, direito ao segredo etc., uma vez que, na maior parte dos casos, estes direitos encontram-se em paredes sendo, por vezes, difícil descortinar quando se está na presença de um ou de outro, podendo inclusive o mesmo facto consubstanciar violações de vários direitos em simultâneo.

Deixando a caracterização e conseqüente diferenciação das figuras afins para sede própria, faremos, apenas algumas considerações breves, referindo-nos àquelas que podem ser passíveis de confundibilidade com o direito à reserva da intimidade da vida privada, no âmbito da temática objecto do presente trabalho – a situação particular da violação do direito à intimidade da vida privada dos doentes portadores de VIH/SIDA, nas instituições prestadoras de cuidados de saúde- Abordaremos, pois, a confundibilidade do direito à reserva da vida privada com o direito à *honra* ou *reputação*, direito ao *segredo* (segredo profissional), direito à *inviolabilidade do domicílio e da correspondência*, direito à *imagem* e direito à *identidade pessoal*.

Reportando-nos ao direito à honra, cabe referir que, apesar do mesmo não estar expressamente tipificado no Código Civil, resulta, claramente, da tutela geral da personalidade, prevista no artigo 70.º, n.º 1, do C.C., tendo a sua ofensa merecido tipificação nos crimes de difamação e no crime de injúria previstos nos artigos 180.º e 181.º ambos do Código Penal.

Comparando-o com o direito à reserva da intimidade da vida privada, pode-se dizer que a distinção resulta, desde logo, do próprio bem protegido. O objecto da tutela no âmbito do direito à honra é a *honra* ou a *reputação* enquanto no direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é a *privacidade* (o direito a estar só).

Aspectos que integram a vida privada como por exemplo factos respeitantes à vida familiar de alguém (casamentos, divórcios), os seus afectos e sentimentos, os seus valores ideológicos, as acomodações da vida quotidiana “podem nada ter a nada ver com a honra e o decoro, e não ser apreciados desfavoravelmente no ambiente externo, mas há neles algo de íntimo e privado que basta, para considerar lesiva qualquer forma de publicidade. Pode, contudo, acontecer, quando factos desonrosos disserem respeito à

vida privada, a honra e a reputação acabarem, também, por ficar a salvo, pela mesma via, não se podendo entender contudo que elas eram os bens objecto da tutela.

A distinção, muitas vezes pensada, baseada na veracidade ou não dos factos, para excluir/distinguir se se está perante a violação do direito à honra ou do direito à reserva da vida privada- factos falsos para a violação do direito à honra e factos verdadeiros para o direito à reserva da vida privada- não é correcta. É certo que, em regra, parte-se do princípio que a violação do direito à reserva da vida privada pressupõe a verdade da informação em causa, uma vez que, só a informação verdadeira pode dizer-se atinente à vida privada da pessoa. Da mesma forma, também se entende que para haver violação do direito à honra é suposto que os factos imputados ou os juízos formulados sejam falsos. Definitivamente não é essa a opção do legislador. Quer numa situação, quer noutra, é possível violar o direito em causa tanto com informações verdadeiras como com informações falsas. Desde logo porque, o artigo 192.º, n.º 1, alínea d) do Código Penal (relativo à divulgação dos factos referentes à vida privada) não faz qualquer referência à veracidade ou falsidade dos factos exigindo, como única condição, para que se consuma a violação do direito à reserva da vida privada que *a informação em causa seja relativa à vida privada*, excepcionando-se da punição as situações em que a divulgação tenha sido praticada como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante. Por outro lado, no que concerne às normas incriminadoras da violação do direito à honra (artigos 180.º e 181.º do C. Penal, relativos ao crime de Difamação e crime de Injúria, respectivamente) também deixam claro que operam mesmo contra imputações verídicas, sendo a *exceptio veritatis* admitida apenas para excluir a lesão ilícita se se verificar o pressuposto complementar de que a afirmação tenha sido feita “como meio adequado para realizar interesses legítimos”.

Temos pois, vários cenários possíveis: situações de concurso entre a violação do direito à honra e o direito à reserva da intimidade da vida privada, podendo pois, ambos os direitos serem invocados em juízo; a violação apenas de um dos direitos; ou ainda situação em que ambos os direitos sejam violados mas a lesão de um deles esteja

justificada (variando as possibilidades conforme os factos sejam verdadeiros ou falsos)³⁹.

Também em estreita relação como o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, está aquilo que em Itália se designa por “direito ao segredo” e que para muitos, não é mais do que um instrumento para tutela e garantia do próprio direito à reserva da intimidade da vida privada ou seja uma manifestação do direito à reserva não podendo entender-se como um direito autónomo.

De facto a situação não é pacífica, podendo encontrar-se argumentos para fundamentar ambas as posições. Poderá sempre defender-se que, estando consagrado na lei o “dever de segredo”, pelo menos para os chamados “confidentes necessários”- referidos no artigo 135.º do CPP, e para as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que garantam segredo, ou até, ainda, um núcleo mais alargado previsto no artigo 195.º do Código Penal- aqueles que em razão do seu ofício, profissão ou arte tenham tomado conhecimento de determinadas informações- haverá contrapostos a este dever de segredo um “direito ao segredo” pelo menos por parte daqueles que confiam os segredos aos profissionais referidos. Poder-se-á, inclusive, para reforçar este entendimento defender que o próprio “direito ao silêncio” está consagrado na lei- artigo 135.º, n.º 1 do CPP-, na medida em que o legislador admite que os profissionais referidos no artigo 135.º do CPP possam escusar-se a depor sobre factos abrangidos pelo segredo, não obstante o mesmo artigo deixar claro que a legitimidade dessa manutenção / não quebra do segredo pode ser averiguada e confirmada pela autoridade judiciária.

É certo e não pode, efectivamente, ser ignorado que o direito ao silêncio supra referido não é reconhecido a todos, sendo de salientar que, inclusive, o elenco a quem a lei reconhece a possibilidade de escusar-se a depor (quebra do dever de segredo) nos

³⁹ Para saber se as causas que justificam a ofensa à honra justificarão também a intromissão na vida privada (ou vice versa) e aceitando a ideia de que a falsidade não exclui a violação da reserva da vida privada, será necessário, como refere Paulo Mota Pinto (1993:544), ainda assim, distinguir consoante os factos sejam verdadeiros ou falsos. Na hipóteses de factos verdadeiros pode levantar-se a questão de saber se a expressão “interesse legítimo” deve ser entendida identicamente para os dois direitos (honra e reserva da vida privada), ou se, violando-se a reserva da vida privada não deverão ser mais intensos os interesses ou as causas invocadas. No caso da resposta à questão levantada ser positiva, dar-se-á o caso de estar justificada violação do direito à honra, mas não estará justificada a lesão do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e vice-versa. Se a informação for falsa, em princípio não estará justificad a lesão do direito à honra, a não ser que o agente tivesse fundamentos sérios para a reputar como verdadeira.

termos do artigo 135.º do CPP é muito menos abrangente do que o referido no artigo 195.º do Código Penal. Impõe-se desde logo uma questão: Poder-se-á falar-se num direito geral de segredo?⁴⁰ Se relativamente aos sujeitos acima referidos e nas matérias objecto de segredo não há dúvidas de que pode admitir um direito ao segredo relativamente aos demais sujeitos e situações fundamentar uma resposta positiva não se revela uma tarefa fácil.

Não nos parece que o obstáculo para o reconhecimento do direito ao segredo como direito autónomo seja o seu carácter instrumental (instrumento de garantia e tutela) face ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada até porque, o mesmo se passa relativamente ao direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (também reconhecidos como instrumentos de tutela e garantia do direito à reserva da vida privada) e no entanto os mesmos são reconhecidos como direitos autónomos, tendo mesmo consagração constitucional expressa no artigo 34.º da CRP.

A CRP não se refere de forma expressa ao direito ao segredo mas não é difícil encontrar, mesmo que de forma subtil, em várias disposições constitucionais, a consagração da protecção do segredo. O direito à vida é reconhecida pela CRP (art. 24.º) como “um prius relativamente aos outros direitos pessoais elencados em seguida” (Rueff, 2004: 454) mas poderá o direito à vida realizar-se na sua plenitude sem a completa integridade moral e física? Não será indispensável para a vivência humana a reserva da verdade de cada um? Poder-se-á falar de dignidade da pessoa humana sem que lhe seja garantida a possibilidade de ser dona da “sua verdade” (sem poder ter

⁴⁰ Pronunciando-se sobre a existência de um direito geral ao segredo que se estenda para além de certos domínios com o lar, Adriano de Cupis entende que não, e apoia-se nos argumentos de que a protecção jurídica do segredo é rigorosa e que esse rigor da tutela jurídica, na medida em que limite fortemente a liberdade alheia é incompatível com uma excessiva extensão do direito ao segredo (Cupis, 1961: 121-127). O autor entende que sendo mais gravoso para terceiros do que a mera proibição de divulgação, só existirá nos casos especialmente previstos pelo ordenamento jurídico. Reconhece contudo que nesses casos existe um direito ao segredo. A questão que se coloca é saber se, para além destes casos, haverá direito ao segredo? Mota Pinto (1993: 537) refere que não obstante os argumentos de Adriano de Cupis, não lhe repugna admitir “um dever de não tomar conhecimento (de evitar portanto, “meter o nariz onde não se é chamado”) em relação às matérias, em geral abrangidas pela reserva”. O autor entende que “interpretando o artigo 80.º do Código Civil de modo a proscriver também a tomada de conhecimento, fornece o apoio legal que parece faltar no direito italiano”. Contrariamente ao que defende o autor italiano, Mota Pinto refere que não lhe parece que do direito ao segredo possa resultar uma restrição insuportável à liberdade das pessoas, até porque, nos casos em que o acesso à informação não for lícito estaremos ou perante um consentimento da pessoa (como na maioria dos casos) ou perante outras situações atendíveis (necessidade de tomar conhecimento, por força da actividade profissional, o conhecimento acidental ou involuntário etc.). O autor português conclui no entanto que, em princípio o dever de reserva abrange igualmente o segredo, ou seja a proibição de acções dirigidas à tomada de conhecimento da intimidade da vida privada das outras pessoas (PINTO, 1993: 538).

aspectos e /ou informações que reserva para si ou que partilha com um número controlável de pessoas e pretende manter reservado)? Poder-se-á defender que este direito de ser “dono da verdade sobre si próprio” está abrangido no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar? E nos casos em que os segredos não forem necessariamente aspectos íntimos? Como já se referiu o segredo pode ser sobre os negócios. Será a violação, nesses casos, uma violação da reserva da intimidade da vida privada ou simplesmente uma violação do direito de segredo?

Como dissemos oportunamente, a propósito da definição do conceito- o conceito de privacidade é definitivamente mais amplo que o de confidencialidade, sendo certo que a confidencialidade pressupõe sempre uma relação de confiança ao passo que a privacidade não” (Rueff, 2009: 478). Para se consumar uma violação de segredo é preciso que alguma das pessoas que teve acesso a informação de forma lícita (por exemplo de forma involuntária ou acidental ou até por via do desempenho de uma profissão) a divulgue a outrem não autorizado. Por seu lado, a reserva da vida privada e familiar é violada pela invasão de outros no domínio particular da pessoa, quer pela tomada de conhecimento desse domínio quer pela divulgação / revelação de informações respeitantes ao mesmo. É possível ocorrer a violação da privacidade sem que haja violação de segredo. Tal como já se referiu a prossecução dos interesses em presença não são necessariamente coincidentes.

Mesmo que não se reconheça “um direito geral de segredo” parece-nos inegável que, pelo menos, para os confidentes necessários e para os profissionais referidos no artigo 135.º do CPP existe um direito ao segredo- Apesar do legislador ter previsto no mesmo dispositivo legal várias condicionantes a que o direito ao silêncio se poderá subordinar, o certo é que o mesmo é reconhecido como uma possibilidade efectiva.

Para além do artigo 25.º da CRP, onde, concordando com Rueff (2004: 454) entendemos poder “ancorar-se a protecção do segredo”, podemos encontrar a tutela de segredo em vários outros dispositivos, designadamente, no artigo 26º da CRP⁴¹.

No âmbito da temática objecto do presente trabalho “o segredo” vai interessar-nos de modo muito particular, pelo que deixaremos o seu tratamento para mais tarde,

⁴¹ Na opinião de RUEFF (2004: 454) o artigo 26.º, n.º 1 “não esvazia, minimamente, a previsão normativa do artigo 25.º mas estende sim a tutela jurídico-constitucional à reserva da intimidade da vida privada e familiar”. De entre as garantias referidas pelo legislador constituinte no artigo 26.º, n.º 2 encontra-se seguramente a tutela penal do segredo profissional (artigo 195º do CP).

referindo agora apenas, que são várias as modalidades de segredo que se encontram tuteladas na lei - o segredo de Estado, o segredo diplomático, o segredo profissional, o segredo de justiça ou o segredo das audiências processuais.

Será ao segredo profissional que nos vamos efectivamente dedicar. Para evitar o risco de nos tornarmos repetitivos iremos por agora tecer apenas algumas considerações que nos parecem pertinentes para uma melhor compreensão das posições que iremos assumir ao longo do trabalho.

Efectivamente, de entre as garantias efectivas, contra as utilizações abusivas de informações contrárias à dignidade humana a que o legislador se refere no n.º2 do artigo 26.º da CRP, encontra-se, seguramente a tutela penal do segredo profissional⁴², incluída desde 1982, no código penal, na secção dos crimes contra a reserva da vida privada.

Apesar de, com a reforma de 1995, o legislador ter retirado da epígrafe da norma incriminadora o adjectivo “profissional”, passando a constar apenas “violação de segredo” não restam quaisquer dúvidas que o delito tipificado no artigo 195.º do C. refere-se a informações confiadas a certos profissionais, que em razão da profissão tomam conhecimento de segredos alheios. Tutelam-se obviamente informações, mas são informações a que se tem acesso em razão da profissão e tendo sempre por base uma relação de confiança entre o titular da informação e aquele profissional a quem se confiam as ditas informações. O texto da lei é claro- “segredo alheio de que se tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte”. Existem, efectivamente certas profissões como é o caso da medicina, advocacia, ministros da religião etc., para cujo exercício é imprescindível a abertura/ acesso ao conhecimento de informações relativas ao cliente/ utente. Este precisa confiar os seus segredos ao profissional sob pena dos serviços que aquele lhe prestar ficarem seriamente comprometidos. A autorização concedida pelo titular a alguém, até aí, um estranho, para penetrar naquilo que à partida deveria ser só seu, é movida por uma questão de necessidade. A confiança depositada nesses profissionais nasce e assenta na *necessidade* que o titular da informação tem de abrir / permitir o acesso de outrem, a aspectos que deveriam ser só seus. Esse, outrem, detém competências profissionais de que o titular das informações necessita e ele tem consciência, que o êxito dos serviços,

⁴² Em anotação ao artigo 26.º da CRP, Vital Moreira e Gomes Canotilho (2007: 468) referem o sigilo profissional e o dever de reserva das cartas confidenciais e demais papéis pessoais como instrumentos jurídicos privilegiados de garantia do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

que o mesmo lhe deverá prestar (desempenho eficaz), depende da partilha ou não da sua verdade. Sendo que, hipoteticamente, todos nós precisaremos, um dia, de recorrer aos serviços desses profissionais, importa acautelar a sua continuidade e permanência. Mais do que o interesse pessoal-individual da privacidade daquele que confia os segredos que, obviamente importa proteger, estão em causa interesses supra-individuais, institucionais, interesses na funcionalidade sistémico-social de determinadas profissões ou ofícios. Para reforçar esta posição veja-se a síntese convergente de Lencker “o bem jurídico é em primeira linha a confiança colectiva no silêncio dos membros de determinadas profissões como pressuposto de que estas possam cumprir as suas tarefas no interesse da comunidade. Por exemplo, a tutela penal do segredo profissional do médico está em última instância, preordenada ao interesse geral de um sistema médico de promoção da saúde eficaz, que não é possível sem uma relação entre médico e paciente plena de confiança” (Andrade, 1999: 775)⁴³.

A nossa posição, à semelhança de outros autores é de que, com o crime de violação de segredo previsto, no artigo 195.º do Código Penal, o que o legislador português quis acautelar foi a relação de confiança que está subjacente à transmissão da informação entre o titular do segredo e aquele a quem o confia⁴⁴. Não defendemos posições extremadas, contudo, não obstante reconhecermos que a vida privada também é objecto de protecção na norma incriminadora, entendemos que não é, efectivamente, ela que tem o primado.

Concordamos com a posição assumida por Maria do Céu Rueff (2009: 451) que entende que, neste caso, dois bens em simultâneo encontram protecção: a reserva da vida privada por um lado, e a inviolabilidade da pessoa humana ou protecção da sua dignidade, através da confiança, necessariamente, depositada em certos profissionais, por outro.

⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa (1999), “Comentário aos artigos 190.º a 199.º do Cód. Penal”, in Dias (1999): Tomo I, p. 775

⁴⁴ Relativamente ao segredo profissional A. De Cupis refere que “certas pessoas devido à sua particular competência encontram-se em condições de exercer funções no interesse de outrem e em razão de tais funções, de tomar conhecimento de notícias de carácter reservado, relativas à pessoa com quem estão em imediatas relações profissionais ou em relação a terceiros. Ora, sendo a distribuição das competências uma característica da sociedade humana e tendo o recurso ao trabalho do profissional carácter de necessidade, o legislador quis proteger o segredo confiado por necessidade, punindo a sua revelação”. Cfr. CUPIS, Adriano de (1961), *Os Direitos de Personalidade* (trad. do original italiano por Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro), Lisboa: Morais Editora, p. 17.

Para justificar a protecção da reserva da vida privada a autora apresenta como argumento, a integração sistemática que o delito de segredo profissional veio a ter na tipologia do Código Penal desde 1982- integrado no capítulo relativo à violação da esfera pessoal e da vida privada. Para a protecção da dignidade da pessoa humana a autora apresenta como argumentos não só o disposto no n.º 2 do artigo 26º da CRP- garantias efectivas contra a utilização de informações de forma abusiva e contrária à dignidade humana- como também os elementos histórico⁴⁵ e literal da própria norma incriminadora onde é bem patente a intenção do legislador- proteger uma informação que chega ao conhecimento do outro *em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte*. Como já tivemos ocasião de referir apesar de ter retirado da designação do crime o adjectivo “profissional”, a sequência das palavras utilizadas pelo legislador não deixam dúvidas sobre o seu alcance e sentido exacto. “Trata-se efectivamente de um delito que protege informação, mas esta protecção é dirigida à confiança depositada em certos profissionais como garante da inviolabilidade da pessoa humana, ou seja da sua dignidade” (Rueff, 2009: 452).

No mesmo sentido vai Helena Moniz (2004: 224) que, a propósito do crime de violação de segredo profissional, refere que “o bem jurídico protegido por esse tipo legal do crime é, não só, o interesse individual de protecção da reserva da vida privada, mas também o interesse comunitário da confiança na discricção e reserva de determinados grupos profissionais (função colectiva de silêncio).” Para esta autora a manutenção do sigilo médico constitui não só a protecção de um interesse privado, como também um interesse colectivo⁴⁶.

Os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira também perfilham a mesma ideia. Em anotação ao artigo 26.º da CRP afirmam que o conceito de segredo pode adquirir relevo autónomo no sentido de valor pessoal estritamente ligado à privacidade (segredo de confissão, segredo médico, segredo testamentário) que tem como principais destinatários todos aqueles que em razão do seu estatuto, ofício,

⁴⁵ No anteprojecto da parte especial do Cód. Penal, Eduardo Correia, refere a propósito que “A punição da violação do segredo profissional (...) é o correlativo indispensável de todas as profissões que assentam numa relação de confiança (AAVV, 1979, *Actas das secções da Comissão Revisão do Código Penal – Parte Especial*: 112).

⁴⁶ MONIZ, Helena (2004), “Privacidade e Comunicação Intrafamiliar de Informação Genética”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14-N.ºs1 e 2- Janeiro- Junho 2004, pp. 224.

emprego, profissão ou arte têm o dever de não revelar segredos alheios (cf. Cód. Penal, art. 195.º). A conexão do segredo com deveres de sigilo profissional aponta também para a dimensão objectiva do segredo (bem jurídico supra-individual).

A convicção que nos move no âmbito do presente trabalho é a mesma dos autores citados. De facto, não obstante o crime de violação de segredo estar enquadrado no capítulo dos crimes contra a reserva da vida privada, parece-nos, que o que o legislador quis acautelar com a tipificação do crime de violação de segredo não é propriamente, a protecção da intimidade da vida privada mas sim a relação de confiança que está na base da cedência de informações a certos profissionais. Nas palavras de Manuel da Costa Andrade (1999: 771) no crime do 192.º pune-se a “espionagem” enquanto no crime de violação de segredo se pune a “traição”.

Pode-se dizer que, a protecção da privacidade, nomeadamente, no que se refere à intimidade da vida privada familiar, incluindo as informações relativas a doença, já se encontra acautelada noutros tipos legais de crime, designadamente, no crime previsto pelo artigo 192.º, epígrafado “devassa da vida privada”, onde o legislador contempla na alínea d) a divulgação de factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa. É certo que a situação não é propriamente a mesma, uma vez que, neste crime (devassa da vida privada) exige-se como elemento do tipo, que tenha havido intenção de devassar e não, que o conhecimento dessas informações tenha sido obtido tendo por base uma relação de confiança. No crime tipificado no artigo 195.º o tipo basta-se com a revelação, não se exigindo qualquer intenção mas é fundamental que as informações em causa tenham sido obtidas em razão da profissão, arte, ofício, etc. ou seja informações adquiridas no âmbito de uma relação (profissional) de confiança⁴⁷.

Correndo o risco de nos tornarmos repetitivos, queremos reafirmar que, em nossa opinião, com a tipificação do crime de violação de segredo do artigo 195º do Código Penal, o legislador quis tutelar, obviamente, a vida privada (enquanto valor pessoal-individual) mas mais do que isso e principalmente, é a tutela da confiança (punir a traição), tutela da funcionalidade sistémico-social de determinadas profissões ou ofícios 1999: 771) que se pretende acautelar. No mesmo sentido se pronunciou a PGR, nos seus pareceres n.ºs 110/56 e 49/91, referindo que o que se pretende acautelar “é o *interesse público na manutenção da confiança* depositada em “certos

⁴⁷ Para mais desenvolvimentos ver RUEFF (2009: 475-478)

profissionais”. Como já referimos aquele que recorre aos serviços não tem escolha - a prestação de serviços por parte de certos profissionais (médicos, advogados, jornalistas, membros de instituições de crédito, ministros da religião) pressupõe da parte daqueles que recorrem aos seus serviços a revelação de factos que interessam à sua esfera íntima, factos que, não fosse essa necessidade, não a partilhariam com terceiros. Faz, pois, todo o sentido que esta confiança seja preservada. Há um interesse público de que ela se mantenha, até porque, virtualmente todos os cidadãos carecem de os utilizar. O segredo é uma “condição necessária da confiança dos doentes: é importante que todo o ser humano necessitado de socorro saiba que pode dirigir-se ao médico sem risco de ser traído.”⁴⁸

A ordem pública, em nome do interesse social, com vista à tranquilidade das famílias, ao exercício de certas profissões e ao decoro de que deve revestir-se a defesa dos interesses privados e públicos exige que se mantenham secretos factos cuja divulgação poderia causar graves prejuízos materiais e morais àqueles a quem pertencem. Portanto concordando com António Sousa Pinto (1959: 46)⁴⁹, a teoria do segredo profissional como instituição de direito público é a mais razoável para explicar o seu fundamento.

Estamos certos que, de facto, se os portadores de VIH/ SIDA perderem a confiança no sistema médico, por saberem que não podem contar com a sua discrição, abandoná-lo-ão em consequência dessa falta de garantia de confidencialidade e os danos daí resultantes serão, não só na sua esfera pessoal (ao nível da sua saúde e da sua dignidade) mas também, ao nível da própria comunidade em geral, pondo em causa não só a manutenção/continuidade do sistema médico, que, como já foi sobejamente referido, se baseia na relação de confiança médico-doente, como também a própria política de controlo da pandemia- com os potenciais portadores e transmissores fora do sistema e contra o sistema, os perigos de propagação da doença serão muito maiores (Rueff, 2009: 571-572).

⁴⁸ Neste sentido ver o parecer da PGR de 12 de Março de 1992, in DR II.^a S. de 16/3/95, pág. 2937.

⁴⁹ PINTO, António de Sousa Madeira (1959), “O segredo Profissional”, in *Revista da Ordem dos advogados*, Ano 19, 1º trimestre (1959), p.46.

Paula Lobato Faria (1999: 363),⁵⁰ manifesta as mesmas preocupações quando refere que “uma falta de confiança na descrição dos médicos conduzirá os doentes a evitar uma narração completa sobre o seu estado, situação que impedirá, logicamente, um bom diagnóstico, ou mesmo evitar completamente qualquer consulta, em caso de doença estigmatizante como a SIDA, outras doenças sexualmente transmissíveis ou doenças mentais; se estas faltas de confiança se generalizarem levam ao colapso da realização do interesse público e da protecção da saúde pública”.

Tal como referimos retomaremos este tema ao longo do trabalho, tendo optado por deixar aqui apenas algumas considerações introdutórias que espelham a nossa posição e que pensamos serem úteis para um melhor entendimento das posições que iremos assumir.

Reportando-nos ao direito à inviolabilidade de domicílio e da correspondência, consagrado expressamente, no artigo 34º da CRP⁵¹ e nos artigos 190.º e 194.º do Código Penal, cabe referir que apesar destes direitos terem afinidades com a tutela da vida privada, funcionando, em muitos casos, como instrumentos da sua garantia são direitos autónomos não podendo com ele ser confundidos.⁵²

De facto, o resultado da garantia do direito à inviolabilidade do domicílio coincide, em parte, com o do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar. Não se pode descurar que o domicílio é o espaço/ lugar por excelência onde se desenrola a vida familiar, mas nem tudo o que se passa no domicílio é privado.

A ligação da privacidade ao domicílio é tão óbvia, que, não obstante, poder admitir-se prova em contrário, para fundar a licitude da divulgação de determinada informação, em regra, o simples facto de “algo” se desenrolar no domicílio faz com que seja tido como privado. No entanto, é sabido, e as considerações já tecidas a respeito do conceito de vida privada e familiar também o demonstram, que nem tudo o que se

⁵⁰ FARIA, Paula Lobato (1999), “Données Génétiques Informatisées - Un nouveau défi a la protection du droit a la confidentialité des données personnelles de santé,” ed. Septentrion, Março de 1999, pág. 363, apud Deliberação 51/2001 da CNPD.

⁵¹ O direito à inviolabilidade da correspondência, anteriormente, tinha consagração constitucional num artigo autónomo (artigo 36.º).

⁵² CANOTILHO E MOREIRA referem que o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34º) funcionam como garantias do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar. Para estes autores o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência está relacionada com o direito à intimidade pessoal (esfera privada especial), previsto no artigo 26º, considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa e a correspondência como extensão da própria pessoa.

desenrola no domicílio é privado (vejam-se os factos relativos à actividade profissional ou negócios), pelo que, numa eventual violação do domicílio, os factos que não se incluírem na vida privada serão objecto de tutela no âmbito do direito à inviolabilidade de domicílio. Por outro lado, como já se referiu supra, a tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar não contempla apenas a intromissão mas também a divulgação.

No que concerne à inviolabilidade da correspondência cabe referir que as considerações tecidas a respeito da inviolabilidade do domicílio se lhe aplicam, sendo que nesta, a garantia não se refere ao lugar, mas sim ao meio de circulação da informação. Portanto, apesar de reconhecer o carácter de essencialidade que os aspectos tutelados pelos direitos em causa- domicílio e correspondência- têm na intimidade da vida privada, não se pode entender que estejamos perante direitos coincidentes, até porque como já se referiu, a vida privada não se restringe à vida no domicílio e muito menos ao limitado aspecto da vida privada consistente na correspondência ou outros meios de comunicação. Estamos perante direitos que vivem em paredes-meias com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada mas têm conteúdos e extensões distintos.

O Acórdão nº 507/94, de 14 de Julho refere-se ao domicílio, como projecção espacial da pessoa que reside em certa habitação e como tal, uma forma da pessoa afirmar a sua dignidade. Considera o mesmo tribunal, que “a inviolabilidade do domicílio exprime, numa área muito particular, a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”⁵³ argumentando, ainda, que essa garantia ultrapassa a protecção da residência habitual – conceito civilística de domicílio, alcançando uma dimensão mais ampla, ou seja, a habitação humana como “aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatadamente e livremente se desenvolvem, toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar (...).”⁵⁴ Nesta perspectiva, vida do lar e consequentemente, os factos que lá tenham lugar, fazem parte da vida privada, tal como evidencia Paulo Mota Pinto (sendo o caso, por exemplo, da intimidade maternal). O mesmo sucede com outros locais considerados

⁵³ Acórdão nº 507/94, de 14 de Julho, publ. in *Acórdãos do tribunal Constitucional*, Vol 28, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 442-443

⁵⁴ Acórdão nº 507/94, *ibidem*

privados, como um carro ou uma caravana (Pinto, 2000: 168).⁵⁵ A jurisprudência portuguesa tem reconhecido que o local reservado à vida íntima do indivíduo, tanto pode ser a casa de habitação, como a tenda de campismo, o quarto de hotel etc., desde que estes sejam utilizados para habitação.

Em estreita relação com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada temos também o direito à imagem.

A relação/ distinção entre estes dois direitos tem suscitado muita polémica, tanto na doutrina como na jurisprudência, principalmente, no que se refere aos interesses por eles acautelados, havendo quem entenda que o direito à imagem é uma aplicação do direito à reserva da intimidade da vida privada.

Na ordem jurídica portuguesa, o direito à imagem constitui um direito autónomo, distinto da privacidade, protegido constitucionalmente, a par de outros direitos de personalidade, no citado n.º 1 do artigo 26.º da Constituição.

À semelhança do direito à reserva da intimidade da vida privada, também o direito à imagem goza, entre nós, de consagração autónoma no regime jus civilista (artigo 79.º do Código Civil).

Por força do disposto no n.º 1 do artigo 79.º do Código Civil, o retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou publicado sem o seu consentimento⁵⁶.

Atenta à letra da lei, o ordenamento jus civilista apenas considera ilegítima a exposição, reprodução ou comercialização do retrato, mas não a simples fixação da imagem num retrato. No n.º 2 do referido artigo o legislador elenca situações em que na vida pública não é necessário o consentimento, o que significa, obviamente que as restantes situações carecem de consentimento.

⁵⁵ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota (2000a), “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVI, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 168.

⁵⁶ O citado artigo 79.º estabelece: “1 - O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicado; 2- Não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifique a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente; 3 - O retrato não pode, porém, ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada”.

O cargo público exercido é incluído pela lei entre os casos de limitação legal do direito à imagem, já que o interesse público em conhecer a imagem dos respectivos titulares sobrepõe, nessas hipóteses, o interesse privado.

O interesse da sociedade estende-se sobre todos os que desempenham uma função pública de notável importância e que são rodeados, a tal título, de notoriedade. As necessidades da justiça ou de polícia, os fins científicos, didáticos ou culturais, constituem outras tantas hipóteses especificamente determinadas, nas quais o sentido da individualidade deve ceder em face de exigências opostas de carácter geral. O mesmo sentido da individualidade deve, do mesmo modo, ceder quando a reprodução esteja ligada a factos, acontecimentos ou cerimónias de interesse público ou realizadas em público.

No que respeita a pessoas revestidas de notoriedade, a lei entendeu satisfazer o interesse do público em conhecer a sua imagem. A exigência social, dirigida ao conhecimento da imagem da pessoa, é particularmente sensível, devendo, em tais casos, o direito à imagem ceder em face dela. Porém, importa referir que conservam o direito à imagem relativamente à esfera íntima da sua vida privada, em face da qual as exigências de curiosidade pública têm que se deter.

De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 224) o direito à imagem abrange não só o direito de cada um de não ser fotografado nem ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento, mas também o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel.

O direito à imagem é o mais exterior e público dos direitos da pessoa (física), sendo por isso, o mais susceptível de ser ofendido- Fora da esfera íntima da sua vida privada, a pessoa física encontra-se permanentemente exposta ao exame do público. Nas lições de Adriano de Cupis ele considera que “a necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão da sua imagem, deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução das suas próprias feições: o sentido cioso da própria individualidade cria uma exigência de circunspeção, de reserva” (Cupis, 1961: 132).

Com os progressos técnicos, que permitiram o emprego do processo fotográfico à reprodução, as necessidades de protecção da pessoa contra a difusão arbitrária da sua

imagem tornaram-se mais prementes, justificando, da parte do legislador, medidas cautelares e sancionatórias mais acentuadas.

À semelhança dos demais direitos referidos também o direito à imagem está penalmente tutelada de forma autónoma - capítulo VIII (Dos crimes contra outros bens jurídicos) do título I (Dos crimes contra as pessoas) do livro II (Parte especial) do Código Penal, artigo 199.º do Código Penal.

Tal como tem sido referido a propósito dos direitos já abordados, neste, também existem muitas “áreas” de coincidência com o direito à reserva da intimidade da vida privada, não se podendo, contudo, falar em identidade total. É possível ofender o direito à imagem fora da vida privada.

O disposto no nº2 do artigo 79.º do C.C. comprovam-no - ao referir as situações em que na “vida pública”, é desnecessário o consentimento, fica claro, que as restantes situações carecem de consentimento, constituindo, pois, sua falta uma violação.

A questão que se impõe é a de saber o que é que acontece quando se viola o direito à imagem reproduzindo cenas da vida privada? Será que o facto de uma violação consumir a outra, faz com que estejamos perante a violação de apenas um dos direitos? Não! Como refere Paulo Mota Pinto essa situação “constitui um meio gravoso de desrespeito pela privacidade, sendo violado, nesses casos, simultaneamente, os dois direitos. Não há dúvidas que estamos perante direitos autónomos.

Por último, falta-nos referir o direito à identidade pessoal. “Distinto do direito ao nome, este direito tutela o interesse no conhecimento da ‘verdade pessoal’, incluindo essa verdade aspectos como a história da própria vida ou a própria imagem histórica, pelo qual se proscrevem relatos ou informações deformadores de acontecimentos ou actos da própria vida do indivíduo” (Pinto, 1993: 552). Toda a pessoa tem direito a que a sua história de vida, quando apresentada aos olhos do público seja apresentada com verdade. A sua adulteração põe em causa a sua identidade pessoal.

À semelhança dos demais direitos referidos, também o direito à identidade pessoal não se confunde com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Se por um lado, se pode considerar mais amplo, na medida em que abarca factos que não se refiram à vida privada, por outro é mais restrito uma vez que não engloba aspectos da vida privada que não constituam essa identidade.

2.3- A protecção jurídica da privacidade – origem e consagração

Historicamente, o Direito à privacidade está ligado à evolução do Direito à expressão da Comunicação social, mais concretamente, ao artigo publicado na revista *Harvard Law Review*, da autoria do advogado *Samuel Warren* e do seu colega de escritório *Louis Brandeis*⁵⁷.

Embora alguns autores apontem, como seu mais remoto precedente, uma sentença francesa de 1384, referente ao caso de *I. de S. et uxor v. De S.*, e outros o caso do *Prince Albert v. Strange*, a verdade é que, quer num caso, quer no outro, as decisões fundaram-se unicamente na violação do direito de propriedade e não do direito à privacidade.

O 1º caso reporta-se a um caso em que o réu foi condenado a pagar uma indemnização pelos “males causados” aos autores, quando, pretendendo comprar vinho, numa madrugada, se dirigiu à taberna, propriedade destes e como não o atendessem, golpeará o batente da casa deles. Embora no processo não se tivesse provado qualquer dano a não ser o resultante do batente o réu foi condenado.

O 2º refere-se ao caso *Prince Albert v. Strange*, em que o marido da Rainha Vitória obteve uma *injunction* contra o Strange, por este ter adquirido cópias de desenhos e gravuras que a Rainha e o príncipe tinham feito para seu exclusivo divertimento e tencionava expô-los ao público e vender um catálogo com a respectiva impressão e descrição.

Embora se continue sistematicamente a procurar reconduzir o direito à intimidade da vida privada a textos anteriores ao século XIX, parece indiscutível que, de facto, a sua origem se situa em 1890, nos EUA.

Foi num artigo da autoria de *Samuel Warren* e *Louis Brandeis*, incluído na *Harvard Law Review*, que se abordaram pela primeira vez as questões da privacidade. A imprensa sensacionalista de Boston publicou factos relativos à vida privada de *Samuel Warren*- lista de convidados e outros pormenores acerca da cerimónia de casamento da filha de *Samuel Warren*- e este, juntamente com o seu colega de escritório publicou um artigo⁵⁸, onde abordava a questão da intimidade privada, defendendo o chamado “right

⁵⁷ Louis Brandeis viria mais tarde a ser juiz do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁸ O artigo intitula-se *The right to privacy/ The implicit made explicit* e pode consultar-se na *Harvard Law Review* nº 4, Cambridge, 1890 p. 191 e ss. Trata-se de uma das prosas mais célebres da literatura jurídica

to be let alone”, expressão que ganhou corpo na doutrina jurídica norte-americana e ainda hoje é entendida como direito à privacidade⁵⁹.

Contudo, a tese de *Warrem e Brandeis* não teve impacto imediato. Só decorridos doze anos, em 1902, na sequência do caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* é que surge uma lei, no Estado de Nova York, que sancionava a utilização, não consentida e para fins publicitários, da imagem ou nome de uma pessoa.⁶⁰ Em 1905, após o caso da *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, o Supremo Tribunal do Estado da Geórgia reconhece por fim o direito à privacidade⁶¹.

Todavia, importa salientar que a razão pela qual se debateram *Warrem e Brandeis* parecia radicar apenas na intrusão na esfera da intimidade que o juiz Cooley anteriormente denominara “The right to be alone” e não propriamente uma nova categoria de direitos. Tratava-se sim de uma situação que justificava protecção autónoma (Rodrigues, 1994: 39)⁶².

A *privacy* surgiu primariamente como o direito de impedir a intromissão e a divulgação de factos da vida privada de uma pessoa, materializando a famosa expressão do “direito a ser deixado só ou em paz”.

Desde 1890 até à actualidade, o direito à privacidade foi continuamente reafirmado. Nos Estados Unidos da América – a pátria por excelência do direito à privacidade – a jurisprudência, com o decorrer dos anos, alargou muito o âmbito da *privacy*, chegando tal direito a consubstanciar algo apelidado por alguns de “perverso”.

norte-americana, não só por constituir o alicerce da edificação do direito à privacidade mas também por ser o exemplo destacado da influência das revistas jurídicas sobre o direito americano.

⁵⁹ MENDES, Vitor (1996), *Casos e Temas de Direito da Comunicação*, Legis Editora, 1996, p. 144.

⁶⁰ Relativamente ao caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, está descrito que a Sr.^a Roberson levantou um processo a uma companhia de moagem, por esta utilizar a sua imagem, sem a sua autorização, em campanhas publicitárias. A queixosa terá solicitado uma indemnização pelo acto, tendo o referido pedido sido indeferido pelo Court of Appeals. Esta postura, duramente criticada pela opinião pública, chamou a atenção da imprensa, tendo levado ao aparecimento da referida lei no Estado de Nova York.

⁶¹ No que diz respeito ao caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* é do conhecimento público que a companhia de seguros *New England Life Insurance*, foi condenada a pagar uma indemnização ao Sr. Pavesich por ter publicado a sua fotografia e um falso testemunho numa folha publicitária, incentivando, desta forma, o público a celebrar um contrato de seguro com a mesma. Cf. CABRAL, Rita Amaral (1988: 385) e RODRIGUES, Cunha “Perspectiva Jurídica da Intimidade da Pessoa”, *Cadernos de Bioética*, n.º 7, Dezembro de 1994, Coimbra: Centro de Estudos de Bioética, pp. 38.

⁶² RODRIGUES, Cunha (1994), “Perspectiva Jurídica da Intimidade da Pessoa”, in *Cadernos de Bioética*, n.º 7, Dez. 1994, Coimbra: Centros de Estudos de Bioética, p. 39.

A privacidade passou a tratar uma série de interesses tão díspares entre si, como o direito à autodeterminação sexual, o direito a abortar, o direito à eutanásia, o direito à escolha do aspecto físico (a usar o cabelo comprido), entre outros aspectos, que a prática judiciária americana passou a incluir na tutela do direito à privacidade (Cabral, 1988: 390) e (Pinto, 1993: 514).

Assumindo um carácter evolutivo, que se estende às novas realidades, o direito a privacidade tem, cada vez mais, uma importância basilar. Na denominada “sociedade de informação”, é fácil compreender o poder da informação e a ânsia de tal poder. Restamos, pois, redobrar os meios de defesa e garantia de protecção da privacidade e intimidade não só a nível interno, nos ordenamentos jurídicos dos vários países como também a nível internacional.

Realçada, expressamente, no artigo 12º da declaração Universal dos Direitos do Homem, reafirmada no art. 17º do Pacto das Nações Unidas relativo aos direitos Civis e Políticos do Homem e objecto da previsão do art. 8º da Convenção Europeia de salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a tutela da intimidade da vida privada “ultrapassou o plano das puras declarações programáticas” podendo dizer-se que são, hoje, raros os países que não concedem à privacidade, no mínimo, a protecção criminal expressa (Cabral, 1988: 386)⁶³.

Em Portugal, até se pode dizer que a intervenção do legislador foi precursora⁶⁴. Portugal foi um dos primeiros países a conceder tutela civil expressa e directa a este direito⁶⁵. No seu artigo 80º o C.C estipula que "todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem", sendo "a extensão da reserva definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas".

Passados alguns anos, através da Lei nº 3/73, de 5 de Abril, foram incriminadas as ofensas à intimidade da vida privada. Em 1976 a Constituição, no seu artigo 33º deu

⁶³ Uma enumeração actualizada da legislação estrangeira, neste domínio pode encontrar-se em Luis Farinhas Matoni (1983), “El derecho a la Intimidad”, Madrid, 1983, p. 144 e ss. Para uma perspectiva comparatista pode ler-se Guido Alfa (1979), “Privacy e sattutto dell’ informazione”, in Rivista di Diritto Civiles, Ano XXV, nº I, Padova, 1979, pp. 68 e ss. A propósito da situação do Reino Unido ver Rueff (2009: 300 e ss).

⁶⁴ Para além das formas indirectas de protecção à intimidade da vida privada já existentes antes de 1966, como por exemplo, o reconhecimento legal da inviolabilidade do domicílio, a consagração do direito ao segredo profissional e ao sigilo da correspondência, a tutela do direito à intimidade da vida privada recebeu consagração legislativa expressa no artigo 80º do C.C.

⁶⁵ O direito à reserva da intimidade da vida privada foi, expressamente, consagrado em Portugal, pela 1ª vez, no Código de 1966.

novo impulso a este movimento legislativo, mencionando no Capítulo dos Direitos, Liberdades e Garantias o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e proibindo no artigo 35º a utilização da informática no tratamento dos dados referentes à vida privada.⁶⁶

2.3.1- Consagração em Instrumentos Nacionais e Internacionais

2.3.1.1– Direito Internacional

Desde o termo da II guerra mundial, período em que os direitos humanos foram bastante subalternizados, que se assiste, na maior parte dos Estados, a uma afirmação destes direitos, não constituindo, porém, essa afirmação uma garantia efectiva da sua não violação.

A nível regional e internacional são vários os instrumentos legais onde os direitos humanos aparecem consagrados, nomeadamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos, a Convenção dos Direitos da Criança, a Carta dos Direitos Fundamentais, a Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina e outros mais. Todos esses instrumentos visam proporcionar a cada homem, a defesa dos seus direitos essenciais contra qualquer arbitrariedade e conferir-lhe condições para uma vida digna.

Não obstante não pertencer à categoria dos direitos absolutos⁶⁷ o direito à privacidade também teve acolhimento nos reconhecidos instrumentos internacionais de Direitos do Homem.

⁶⁶ Com a Lei I/82, que aprovou a primeira revisão constitucional, o direito à intimidade da vida privada e familiar passou a constar do artigo 26º epígrafado “Outros direitos pessoais”.

⁶⁷ A CEDH prevê diferentes categorias de direitos. Os “absolutos”, como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura e a tratamentos desumanos e degradantes e, na opinião de Spencer & Spencer (2004: 13-14), também a proibição da escravatura do trabalho forçado, o direito a um recurso efectivo, a proibição da discriminação, referidos nos artigos 2.º, 3.º, 4.º, 13.º e 14.º da CEDH -, que não comportam limites ou restrições; os “limitados”, na designação de Spencer & Spencer (2004: 13-14) e que abrangem os referidos nos artigos 5.º, 7.º, e 12.º, ou seja, o direito à liberdade e à segurança, o princípio da legalidade e o direito ao casamento, que podem ser limitados em situações de guerra e/ou emergência e os “qualificados” que se encontram elencados entre os artigos 8.º a 11.º da CEDH, e respeitam, respectivamente, ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, à liberdade de consciência,

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) estabelece no seu artigo 12º, que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família⁶⁸, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à protecção da lei”.

Por seu lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) reitera a formulação, dispondo no artigo 8º que “1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”⁶⁹.

Não se pode dizer que o artigo 8º prevê propriamente um direito à privacidade, mas sim, literalmente, como refere Rueff (2009: 191) o direito a que cada pessoa veja respeitada a sua vida privada e familiar, casa e correspondência e que, de facto, não é a mesma coisa.

No caso *Niemietz y Germany*, a propósito do âmbito de aplicação do artigo 8º da CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem entendeu que não era possível ou necessária a definição exaustiva da noção de “Vida Privada”. Na opinião desse tribunal, até seria demasiado restritivo limitar a noção a um círculo íntimo onde o indivíduo

pensamento e religião, ao direito à liberdade de expressão e à liberdade de associação e reunião, *apud* RUEFF, Maria do Céu (2009), *op. cit.* p.187-188).

⁶⁸ Consciente destes problemas (mesmo sem a amplitude actual), a secção sueca da Comissão Internacional de Juristas, em colaboração com a Secretaria Internacional da Comissão, organizou em Estocolmo, nos dias 22 e 23 de Maio de 1967, a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade, com a participação de juristas de distintas regiões do mundo. Nesta conferência o direito à intimidade foi tratado de forma exclusiva, tendo-se definido aspectos como a sua natureza e limitações, as diferentes formas de protecção, realçando-se a necessidade de regras jurídicas específicas. Definido como “o direito a viver de forma independente a própria vida, com o mínimo de ingerência alheia” o direito à intimidade foi considerado, de acordo com o texto da referida conferência, como “essencial para a felicidade humana”, devendo ser reconhecido como um “direito fundamental da humanidade” que “proteja o indivíduo das autoridades, do público em geral e dos demais indivíduos”. Cf. CONFERÊNCIA NÓRDICA SOBRE O DIREITO À INTIMIDADE, realizada em Estocolmo em 22 e 23 de Maio de 1967, disponível em <http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/1967/octubre-diciembre/conferencia.html>.

⁶⁹ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, adoptada em Roma, a 4 de Novembro 1950, aprovada, para ratificação, pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro.

pudesse viver a sua própria vida pessoal de acordo com a sua escolha, excluindo daí, completamente, o mundo exterior que não coubesse dentro desse círculo. Para o tribunal o respeito pela vida privada tem que abranger, até certo ponto, o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos.

É certo que não foi, propriamente, para proteger as pessoas em termos de relações individuais que o artigo 8º da CEDH foi pensado. Foi para as proteger das interferências das autoridades públicas, que se devem abster de intervir excessivamente na área dos direitos protegidos. Porém, seguindo a lógica de que a CEDH é instrumento vivo e que deve ser interpretado acompanhando as mudanças de condições ou alterações, o próprio TEDH deixou claro que tais obrigações podem vir a envolver a adopção de medidas desenhadas para assegurar o respeito pela vida privada, até mesmo na esfera das próprias relações individuais.

Uma leitura atenta do artigo 8º da CEDH demonstra claramente que uma qualquer ingerência da autoridade está condicionada aos princípios da legalidade e da proporcionalidade englobando, por sua vez, este último os princípios da necessidade e adequação.

Resulta claro que qualquer ingerência deverá balizar-se por três requisitos- A restrição tem que ser ditada por uma lei estadual, acessível à pessoa a quem é infligida a restrição e suficientemente precisa para ter consequências previsíveis; é necessário que a restrição imposta seja adequada à prossecução de um objectivo legítimo sendo, em caso afirmativo, necessário aferir se foi efectuado um justo equilíbrio entre os direitos da pessoa e da comunidade. Para que não restem quaisquer dúvidas o próprio preceito elenca, expressamente, quais os interesses protegidos em função dos quais as restrições podem ser ditadas. No caso do artigo 8º são a segurança pública, o bem-estar económico, do país, a prevenção de desordem ou crime, a protecção da saúde ou dos princípios e a protecção dos direitos e liberdades de terceiros. Como explica Rueff (2009: 190) será necessário responder a várias questões, nomeadamente: saber se o interesse que ditou a restrição corresponde a uma necessidade de pressão social; se, de facto, a interferência em causa se justifica e é proporcional aos interesses em jogo e, se as razões apresentadas pelas autoridades estaduais são suficientes e cabais.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) prevê no seu artigo 17º que: 1- “Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de

atentados ilegais à sua honra e à sua reputação; 2- Toda e qualquer pessoa têm direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados”⁷⁰.

Mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) determina no seu artigo 16º, que “1 - Nenhuma criança pode ser sujeita a intromissões arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação; 2 – A criança tem direito à protecção da lei contra tais intromissões ou ofensas”⁷¹.

Ao reconhecer a diversidade de culturas e de tradições dos povos da Europa, bem como a identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), baseia a sua formulação nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Estabelece, no artigo 7º, do seu Capítulo II, referente às Liberdades, o “respeito pela vida privada e familiar”, no sentido de que “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e das suas comunicações”⁷².

A crescente evolução da investigação científica, da própria Medicina e da Biologia, as consequentes alterações na forma de abordar a saúde e a doença e as relações médico-doente fizeram surgir novas questões éticas. Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁷³ foi um marco importantíssimo na história universal dos Direitos Humanos, na medida em que, pela primeira vez se conseguiu reunir, num texto consensual, princípios gerais e disposições

⁷⁰ PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, assinado sob a égide da ONU, em 16 de Dezembro de 1966, aprovado, para ratificação, pela Lei nº 29/78, de 12 de Junho.

⁷¹ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989 e assinada sob a égide da ONU, em Nova Iorque, a 26 de Janeiro de 1990, aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República nº 20/90, de 8 de Junho, publicada no Diário da República – I Série, nº 211, de 12 de Setembro de 1990, pp. 3738 - (11) – 3738 - (20).

⁷² CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2000/C), proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, em Nice, em 7 de Dezembro de 2000. Integrada (como Parte II) no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma, pelos Chefes de Estado e de Governo da União Europeia, em 29 de Outubro de 2004. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 18 de Dezembro de 2000, pp. 364/1-22, disponível em www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_pt.

⁷³ Também conhecida como a Convenção de Oviedo foi aberta à assinatura dos Estados Membros da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997. Entre nós foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 1/2001, de 3 de Janeiro.

específicas relativas à protecção do ser humano face à possível utilização indevida da Biologia e da Medicina.

Pode-se dizer, concordando com o CNECV, que pela primeira vez, num texto de uma Convenção, se tentou estabelecer os equilíbrios justos entre os direitos e os interesses do indivíduo, da sociedade, da ciência e da espécie humana.

O respeito devido ao ser humano tanto como indivíduo como pertencente à comunidade humana ou como membro da sociedade, e que entre eles se estabelece uma teia de direitos e deveres com hierarquias distintas está bem patente na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina - O artigo 2º da referida convenção dispõe que “o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

Consciente dos rápidos desenvolvimentos da biologia e da medicina, convencida da necessidade de respeitar o ser humano, simultaneamente como indivíduo e membro pertencente à espécie humana e reconhecendo a importância de assegurar a sua dignidade a convenção estabeleceu no seu artigo 10.º que: “1- Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde; 2- Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada; 3- A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no nº 2”.

No seu artigo 26º a convenção determina que não são admitidas restrições deixando claramente expressas as circunstâncias em que poderão ocorrer excepções- apenas quando previstas na lei e apenas quando estas constituam providências necessárias, numa sociedade democrática para a segurança pública, a prevenção de infracções penais, a protecção da saúde pública ou a salvaguarda dos direitos e liberdades de terceiros.

A propósito da recepção do Direito Internacional no nosso ordenamento jurídico, cabe referir que o nosso sistema é monista com primado do Direito internacional (Martins, 2006: 110)⁷⁴. De acordo com o preceituado no nº 2 do artigo 8º da CRP, as normas convencionais de Direitos Humanos, regularmente ratificadas ou aprovadas,

⁷⁴ MARTINS, Ana Guerra (2006), *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, p. 110.

vigoram na ordem jurídica portuguesa, após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português

2.3.1.2- Direito interno

2.3.1.2.1- Tutela Constitucional

A nível interno, como já se tem vindo a referir, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, encontra consagração em vários instrumentos legais. Desde logo, na própria lei fundamental (CRP), no Código Civil, no Código Penal, na Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais), e em demais legislação nacional em vigor.

Começando pela lei fundamental, podemos dizer que a privacidade, entre nós, é tutelada a nível constitucional desde 1976. No capítulo intitulado “Direitos, Liberdades e Garantias” a CRP consagrava inicialmente, no artigo 33º, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e proibia, no artigo 35º, a utilização da informática no tratamento de dados referentes à vida privada. Após a primeira revisão constitucional, não se verificou alteração na substância, passando este direito a ser reconhecido no artigo 26º.

Com a quinta revisão constitucional, aprovada pela Lei Constitucional nº 1/2001, de 12 de Dezembro, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, passou a encontrar tutela no artigo 26º, epígrafado como “Outros direitos pessoais”.

Logo a seguir ao direito à vida (artigo 24.º) e ao direito à integridade pessoal (artigo 25.º) aparece consagrado, no artigo 26.º da CRP, o direito à reserva da vida privada e familiar, ao lado do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação e à imagem. Estão consagrados no mesmo artigo um conjunto de direitos qualificados como “direitos pessoais”, por se encontrarem estritamente ligados à protecção do núcleo essencial da pessoa humana, não obstante terem conteúdos diversos.

O facto do direito à vida privada e familiar aparecer imediatamente a seguir ao direito à vida e à integridade pessoal e com a epígrafe de “outros direitos pessoais” demonstra, por um lado, a sua importância na esfera nuclear das pessoas e da sua vida e

por outro, que integra a mesma categoria específica dos direitos atrás referidos, ou seja trata-se também de um direito pessoal⁷⁵.

A CRP consagra no seu artigo 26.º, que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. No n.º 2 do mesmo artigo estipula-se que “a lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Como já foi referido no capítulo referente à delimitação do objecto, não obstante a redacção do preceito (art. 26.º da CRP) poder suscitar alguma confusão quanto à extensão do direito preconizado, estão tuteladas tanto a proibição da intromissão como a utilização e divulgação.

A expressão “intimidade da vida privada” tem, pois, um duplo sentido- um sentido negativo, na medida em que pressupõe o direito de excluir do conhecimento alheio tudo aquilo que faz referencia à própria pessoa (o direito a estar só), e um sentido positivo, uma vez que, cabe ao titular o direito de controlo activo, acerca dos dados e informações relativas a si próprio (direito de ser dono das informações que lhe dizem respeito e poder controlar o uso que os outros fazem delas).

Um conceito de intimidade da vida privada, construído exclusivamente no direito à não ingerência por parte de terceiros, seria manifestamente insuficiente. Não se pode configurar o direito à privacidade apenas como o direito a ser deixado em paz, mas também como o direito a poder controlar o uso que outros fazem das informações relativas a determinado sujeito e, neste sentido, como evidência de afirmação da liberdade e da dignidade da pessoa. Este controlo assume especial relevância no acesso

⁷⁵ Nas anotações ao artigo 26.º da CRP, Canotilho e Moreira (2007: 461) referem que: “ao reunir no mesmo artigo nada menos do que *nove* direitos distintos, a CRP sublinha aquilo que, para além da sua diversidade, lhes confere carácter comum e que consiste em todos eles estarem directamente ao serviço da protecção da esfera nuclear das pessoas e da sua vida, abarcando fundamentalmente aquilo que a literatura jus civilista designa por direitos de personalidade (cfr. AcTCnº 110/05). Não é por acaso que este preceito surge imediatamente a seguir ao direito à vida e à integridade pessoal (artigo 24.º e 25.º) e que a sua epígrafe refere outros direitos pessoais, o que quer dizer: outros para além da vida e da integridade pessoal, mas integrantes da mesma categoria específica. Daí que, tal como esses, alguns destes direitos de personalidade gozem de protecção penal, e que eles constituam igualmente limite de outros direitos fundamentais que com eles possam conflitar (v. g. , limite à liberdade de informação e de imprensa).

aos cuidados de saúde, onde poderá ser colocada em causa a confidencialidade de informações relativas à saúde individual e familiar.

Tal como já foi referido, oportunamente, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 467) entendem que o artigo (26.º, nº1 in fine e nº 2) se analisa, principalmente, em dois direitos menores: (a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem (cf. Código Civil, artigo 80º), funcionando outros direitos fundamentais, como é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34º) como garantias deste. A inviolabilidade do domicílio e da correspondência está relacionada com o direito à intimidade pessoal (esfera privada especial), previsto no artigo 26º, considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa e a correspondência como extensão da própria pessoa [...].

Na verdade, estes dois direitos menores subjacentes à privacidade conduzem-nos ao interesse implícito na mesma, ou seja, ao interesse do indivíduo na sua privacidade. Por um lado, há a preocupação de subtracção da atenção dos outros e impedir o acesso a si próprio- o direito a estar só. Por outro, há o interesse em impedir ou controlar, a tomada de conhecimento, a divulgação ou até mesmo a circulação de informação acerca de si. Trata-se, como evidencia Mota Pinto (2000a: 164) do “interesse na autodeterminação informativa, entendida como controlo sobre a informação relativa à pessoa”. Note-se que, paralelamente a estes interesses existem outros caracterizados por uma evidente contraposição, ou seja, o interesse em conhecer e até em divulgar informação, provavelmente veiculada na vontade em controlar a pessoa e que se tornam notórios, quando transformados em interesses públicos.

A reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar é violada pela invasão de outros no domínio particular da pessoa, quer pela tomada de conhecimento desse domínio, quer pela divulgação/revelação de informações respeitantes ao mesmo. Veja-se por exemplo a violação da intimidade da vida privada por invasão no domicílio para busca ou apreensão não autorizada, ou mesmo situações não raras de voyeurismo (utilizando-se, por vezes, instrumentos sofisticados e com grande capacidade de alcance). Na mesma perspectiva, a perseguição de pessoas, a utilização de detectives privados, as escutas telefónicas, a violação da correspondência, a publicação em jornais e revistas de aspectos íntimos/privados de outrem sem a respectiva autorização, a publicação de biografias sem consentimento ou até, a simples divulgação de um número

de telefone sem o assentimento do respectivo titular, constituem exemplos de atentados à privacidade da pessoa.

Convém, contudo, especificar que há casos em que a tomada de conhecimento acerca de informações de âmbito privado é lícita e até necessária, muito embora, a sua divulgação não o seja. Veja-se por exemplo a tomada de conhecimento involuntária, acidental ou até mesmo, no decurso de exercício profissional (como por exemplo no caso médico).

Importa ainda ter presente que a Constituição não se reporta em exclusivo à intimidade da vida privada da pessoa, mas igualmente à da família, o que evidencia a importância da mesma na tutela da privacidade. O direito à privacidade compreende não só elementos da vida pessoal de cada indivíduo, mas também determinados aspectos atinentes à vida de outras pessoas com as quais se mantem, à partida, laços de estreita relação, como é o caso da vida familiar.

Ainda no âmbito da consagração constitucional do direito à reserva sobre a intimidade vida privada cabe referir que, para além da consagração expressa e directa, feita através do artigo 26.º da CRP, a que fizemos alusão, o mesmo direito encontra protecção na CRP através de outros direitos fundamentais com ele relacionados, e que nalguns casos, tal como já foi referido, funcionam como verdadeiros instrumentos jurídicos para a sua tutela, como é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (previsto no artigo 34.º da CRP) e o da protecção de tratamento informático de dados referentes à vida privada (artigo 35.º n.º3 da CRP)⁷⁶.

⁷⁶ Relativamente à proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada, em anotação ao artigo 35da CRP Canotilho e Moreira afirmam o seguinte: “1. Reconhecem-se e garantem-se aqui um conjunto de direitos fundamentais em matéria de defesa contra o tratamento informático de dados pessoais. Essa protecção analisa-se em três direitos: a) direito de acesso das pessoas aos registos informáticos para conhecimento dos seus dados pessoais ali constantes (n.º1), bem como a rectificação e complementação dos mesmos; b) direito ao sigilo em relação aos responsáveis de ficheiros automatizados e a terceiros dos dados pessoais informatizados e direito à sua não interconexão (n.º4); c) direito ao não tratamento informático de certos tipos de dados pessoais (n.º3). A proibição do número nacional único (n.º5) funciona como garantia daqueles direitos dificultando o tratamento informático de dados pessoais e a sua interconexão que seria facilitada com um identificador comum. No seu conjunto todo este feixe de direitos tende a densificar o moderno direito à autodeterminação informacional, dando a cada pessoa o direito de controlar a informação disponível a seu respeito impedindo-se que a pessoa se transforme num simples objecto de informações”(Canotilho /Moreira, 2007: 551); Ver também a respeito MONIZ, Helena (1997), “Notas sobre a Protecção de Dados Pessoais Perante a Informática- (O Caso Especial dos Dados Pessoais Relativos à Saúde)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2º - Abril-Junho-1997, p. 240- Nesse texto a autora faz a distinção entre dados pessoais e dados sensíveis, afirmando que” no âmbito do direito à reserva vida privada existe um núcleo do direito à reserva da intimidade da vida privada e será de acordo com esses dois âmbitos que classificaremos os dados como pessoais ou sensíveis- Pessoais quando apenas abrangerem o domínio da reserva da vida privada e dados sensíveis ou

O direito que é consagrado no artigo 35.º da CRP é, segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, um direito de natureza negativa que permite que o indivíduo negue informação pessoal ou que se oponha à sua recolha e tratamento. Está em causa a tutela da reserva da vida privada da pessoa, a tutela do direito de estar só, de não revelar factos relativos a uma esfera íntima de vida, e que só a ela dizem respeito, independentemente dos factos ou elementos em apreço levados à praça pública poderem ser, em concreto, muito bem valorados. Porém, segundo os mesmos autores, “assume-se como um direito a uma acção positiva/prestação normativa por parte do Estado, vinculando-o a tomar medidas legislativas para a realização plena da autodeterminação da pessoa em face do uso da informática” (Miranda / Medeiros, 2005: 290).

Ora, o artigo 35º da CRP, (Utilização da informática), consagra, no seu nº2, que “A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente”.

Conforme referem, Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007: 550) “o enunciado linguístico ‘dados’ é o plural da expressão latina *datum* e está utilizada na Constituição no sentido que hoje lhe empresta a ciência informática: representação convencional de informação, sob a forma analógica ou digital, possibilitadora do seu tratamento automático (introdução, organização, gestão e processamento de dados).”

Uma vez que a informatização dos dados pessoais contende, inquestionavelmente, com a intimidade da vida privada exige-se que a informatização obedeça a um princípio de justificação social, no sentido que a criação e manutenção de ficheiros, bases de dados e bancos de dados deve ter um objectivo geral e usos específicos socialmente aceites; a sua criação deverá ser transparente, quanto à clareza dos registos, quanto às espécies ou categorias de dados recolhidos e tratados, quanto à existência ou não de fluxos de informação, quanto ao tempo de tratamento, e quanto à identificação do responsável do ficheiro, garantindo-se a segurança, e protecção que

também chamados de pessoalíssimos os referentes ao domínio da intimidade da vida privada”. Afirma, pois, em conformidade que “ enquanto o artigo 35.º, nº2constitui uma garantia do direito à reserva da vida privada (dados pessoais) o artigo 35.º, n.º 3 garante o direito à reserva da intimidade da vida privada (dados sensíveis ou pessoalíssimos). Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, a distinção que alguma doutrina faz, relativamente à esfera pessoalíssima (absolutamente protegida) e a esfera simples (relativamente protegida podendo ter que ceder em conflito com outros interesses) parece não ser relevante face a este preceito.

impõem a adopção de medidas tendentes a proteger e garantir os dados contra a perda, destruição e acesso de terceiros e de limitação, devendo ser cancelados, uma vez obtida as finalidades a que se propunham.” Todos estes requisitos permitem o controlo dos fins, impedindo-se, designadamente, que haja tratamento de dados relativos a finalidades não legítimas ou não especificadas (...)” (Canotilho/Moreira, 2007: 553). Requer-se a estrita obediência aos princípios da *necessidade*, da *adequação* e da *proporcionalidade* do tratamento automatizado, conexão e transmissão e utilização de dados pessoais, incumbindo à Comissão Nacional de Protecção de Dados, cuja atribuição principal, como entidade administrativa independente é a de controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos da pessoa e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei.

A este propósito também Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005: 384) alertam para o facto de “ (...) a linearidade com que se deixa tratar a questão da compatibilidade entre o direito de autodeterminação informacional e a necessidade da prevenção de crimes, designadamente crimes violentos, capazes de colocar em perigo da forma mais violenta o Estado e a sobrevivência dos cidadãos, não permite disfarçar um mal-estar evidente com a possibilidade da utilização legítima (pois em causa está a finalidade que se serve) por parte da polícia, de dados informativos que permitem o acesso aos espaços mais privados da vida das pessoas.”

Para além dos instrumentos de garantia de tutela do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada referidos, existem outros concretizados em vários diplomas legais aos quais, oportunamente faremos referência.

Parece-nos importante, ainda no âmbito da tutela constitucional, fazer referência ao artigo 18.º da CRP, na medida em que ele consagra o regime jurídico dos Direitos, Liberdades e Garantias.

No âmbito do referido regime destaca-se, do ponto de vista material ou substancial o carácter de direito directamente aplicável e o facto de tais direitos não poderem ser restringidos senão nos casos expressamente admitidos pela Constituição (art.18.º, n.º 2). Por outro lado, a intervenção restritiva, mesmo que constitucionalmente autorizada, só será legítima se justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental ou de outro interesse constitucionalmente protegido (art.18.º, n.º 2). Finalmente, as leis

restritivas, além do carácter geral e abstracto, têm de respeitar, em qualquer caso, o princípio da proporcionalidade e o conteúdo essencial dos direitos (art.18.º, n.ºs 2 e 3).

Na perspectiva orgânica, cabe salientar que as restrições estão sujeitas a reserva de lei, sendo apenas legítimas as intervenções da autoria da Assembleia da República ou do Governo se munido de credencial parlamentar (art.18.º, n.º 2, da CRP).

Do regime exposto resulta, que os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos expressamente previstos na própria Constituição, compreendendo-se nesta asserção as restrições constitucionalmente expressas, as estabelecidas por lei com autorização da Constituição e o caso dos “limites imanes”.

Finalmente, a medida restritiva estabelecida por lei tem de respeitar o princípio da proporcionalidade⁷⁷ nas suas três dimensões (art. 18.º, n.º 2) - o da conformidade ou adequação, o da exigibilidade ou necessidade e o da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da conformidade ou adequação (idoneidade) impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim público subjacente. Tal imposição exige a investigação e a prova de que o acto do poder público é idóneo para a concretização dos fins justificativos da sua adopção, ou seja, que a medida adoptada se adequa ao fim prosseguido.

O subprincípio da exigibilidade ou necessidade, partindo da ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível, impõe que, na escolha entre os meios abstractamente idóneos à consecução do objectivo prefixado, se opte por aquele cuja adopção implique as consequências menos negativas para os privados. Portanto para além de ser idóneo exige-se que o meio escolhido seja necessário. Para esse efeito, deverá provar-se que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

Por último, o subprincípio da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito postula um juízo de ponderação com vista a impedir a adopção de medidas excessivas ou desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos- ponderar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

⁷⁷ O Princípio da proporcionalidade é conhecido como princípio da proibição do excesso segundo a terminologia da doutrina alemã.

Na verdade, nenhum direito pode ser entendido com um alcance absoluto e o direito à reserva da vida privada não constitui excepção.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido que o respeito pela vida privada (art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) “é um dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária, que comporta o direito das pessoas manterem secreto o estado de saúde e, por outro lado, que podem ser impostas restrições aos direitos fundamentais por ela protegidos desde que correspondam a objectivos de interesse geral e não constituam, relativamente ao fim prosseguido, uma intervenção desproporcionada e intolerável que atente contra a própria essência do direito protegido”⁷⁸.

2.3.1.2.2- Tutela Civil

Passando à tutela civil, cabe referir que a privacidade tem, entre nós, pelo menos desde 1966, consagração explícita na lei civil. Para além de formular uma cláusula geral de protecção da personalidade, prevista no artigo 70.º do C.C. - que permite que sejam contemplados todas as hipóteses em que a tutela se revele justa, prevê medidas concretas para fazer cessar a ofensa ou não deixar mesmo que a ofensa se consuma, bem como atenuar os efeitos da violação cometida -, o legislador português consagrou também uma tutela específica, autonomizando, com a reforma do Código Civil, no artigo 80º, o “direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”⁷⁹.

O direito geral de personalidade, enunciado no artigo 70º do C. C. funciona como “uma espécie de ‘direito-quadro’ ou ‘direito-matriz’⁸⁰, servindo de princípio geral

⁷⁸ Acórdão de 5/10/94 cit. in *Pareceres da PRG*, Vol. VII, p. 40.

⁷⁹ É importante salientar que com o artigo 80.º do Código Civil, Portugal foi um dos primeiros países a conceder tutela expressa e directa ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Pode dizer que, à data, o Código Civil português era, em matéria de protecção dos direitos de personalidade, dos textos civilistas mais avançados face às codificações congéneres. Contrariamente ao que se deveria esperar- ser o direito privado a sede da regulamentação dos direitos da pessoa humana-, a realidade era bem diferente. Se na maioria das Constituições do nosso tempo se inscrevem declarações dos direitos do Homem, na maior parte das leis civis- desde o código Napoleon até ao código Civile, passando pelo Burgerliches Gesetzbuch-pode observar-se uma absoluta omissão sobre o aspecto jus civilista destes direitos ou uma enunciação restritiva dos direitos de personalidade.

⁸⁰ Como “direito quadro” cobre uma série de normas de comportamento que têm que ser encontradas e aplicadas pela jurisprudência para protecção da pessoa, devendo estas normas ser obtidas após a

aos direitos especiais de personalidade. É neste sentido considerado ‘aberto’, sincrónica e diacronicamente” (Pinto, 2000b: 212),⁸¹ permitindo a tutela de novos bens, dado o potencial de ameaças à pessoa humana e consequentemente à sua personalidade, na nossa sociedade.

Os direitos de personalidade, entre os quais se engloba o direito em apreço, não são mais do que “um conjunto de direitos subjectivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais dessa personalidade” (Pinto, 1993: 482). São direitos inerentes à pessoa humana, direitos da pessoa, que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade. Na expressão de Adriano de Cupis (1961: 17) correspondem àqueles “direitos subjectivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o ‘minimum’ necessário e imprescindível ao seu conteúdo”.

Esta categoria de direitos é de tal forma essencial que, nas palavras de Paulo Mota Pinto (1993: 482) “a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a protecção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica”. Sendo bens essenciais à personalidade humana, são reconhecidos e considerados como fundamentais.

Os direitos de personalidade, além de *essenciais*, dado o seu carácter fundamental, são também referidos como *gerais*, *absolutos*, *personais* e *indisponíveis*. Todos os seres humanos são titulares dos direitos de personalidade, não estando por isso, associados a um determinado grupo ou classe de pessoas, sendo neste sentido, direitos gerais. Esta característica decorre, naturalmente, do facto de se reconhecer, por um lado, a qualidade de pessoa a todos e, por outro, pelo facto destes direitos serem essenciais. Constituem direitos absolutos, dado que incidem sobre todas as pessoas, havendo um dever geral de respeito, ou melhor, uma obrigação universal de atenção a comportamentos que os possam lesar. São também, direitos pessoais, visto que não são

valoração e ponderação referidas. Será da sua violação que resultará a ilicitude. Não sendo os bens conflituantes harmonizáveis em concreto, sem prejuízo para qualquer dos interesses terão que ser devidamente consideradas todas as circunstâncias do caso, mobilizando-as numa valoração segundo elementos tanto quanto possível, objectivos. Estabelecer-se-ão relações de preferência entre esses bens e poder-se-á resolver o conflito através do afastamento de cripto-argumentos, da demonstração da maior frequência, maior intensidade ou prioridade dos interesses ou então opela avaliação de factores relacionados com o comportamento do agente e do lesado.

⁸¹ PINTO, Paulo Mota (2000b), “Os direitos de Personalidade no Código Civil de Macau” in *Boletim da Faculdade de direito*, Vol. LXXVI, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 212

patrimoniais, mas sim direitos ligados, “estreita, directa e incindivelmente, à pessoa do seu titular”, não sendo transmissíveis em vida nem após a morte (não são herdáveis).

Importa contudo ter presente que os direitos de personalidade que, de alguma forma, podem ser ofendidos após a morte, têm direito a protecção. O mesmo não sucede, por exemplo, com direito à integridade física que naturalmente pressupõe a vida do seu titular. Não obstante serem referidos como extra patrimoniais, a sua violação pode resultar numa compensação monetária. São indisponíveis na medida em que não podem ser renunciáveis, contudo, é possível ao seu titular, em certa medida, dentro dos limites impostos na lei, consentir na sua limitação (Almeida: 2003: 360)⁸² – veja-se por exemplo o consentimento dado para submissão a actos médicos, nomeadamente à colheita de sangue para análises.

De entre os direitos de personalidade, encontra-se, como tem vindo a ser referido, o direito à reserva da intimidade da vida privada, que, como já mencionados, mereceu entre nós, para além da consagração no âmbito da tutela geral de personalidade (art. 70.º) uma consagração específica (art. 80.º).

Na opinião de Rita Cabral (1988: 381), o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um dos principais, senão mesmo o mais importante, direito autonomamente regulado pelo código Civil⁸³.

Enquanto direito de personalidade que é, possui todas as características enunciadas como inerentes a essa categoria de direitos – *essencial, geral, absoluto, pessoal e indisponível*. É pois, com esta certeza e inspirados na afirmação de Teodoro Almeida (2003: 393) de que “quanto mais débil for a situação em que a pessoa se encontra, mais intensa e eficaz deve ser a tutela que a ordem jurídica lhe dispensa”, que aqui estamos, e pretendemos dar o nosso contributo.

No âmbito da tutela civil ao direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar são de referir vários preceitos. Desde logo, a própria legítima defesa possibilitada ao lesado prevista no artigo 337.º do C, desde que se verifiquem os

⁸² ALMEIDA, Teodoro Bastos de (2003), “O Direito à Privacidade e a Protecção de Dados Genéticos: uma Perspectiva de Direito Comparado”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol LXXIX, Coimbra: Gráfica de Coimbra, pp. 359-362.

⁸³ Se entre nós, a lei consagra expressamente a intimidade da vida privada como objecto de um direito de personalidade, noutros sistemas legais debate-se, comumente de forma inconclusiva, se a intimidade da vida privada é alvo de um verdadeiro direito subjectivo, ou se, inversamente, corresponde a uma simples liberdade ou faculdade, cfr. CABRAL, RITA (1988: 381).

pressupostos estipulados na lei, designadamente, a impossibilidade de recorrer aos meios normais para afastar a agressão e uma certa proporcionalidade entre o prejuízo causado pelo acto de legítima defesa e a agressão.

Por outro lado temos o mecanismo da responsabilidade civil, prevista no artigo 483.º do C.C.⁸⁴. Efectivamente, a violação do direito à reserva da intimidade da vida privada é passível de responsabilidade civil, podendo conduzir a uma obrigação de indemnizar a cargo do autor da lesão. Este mecanismo que refira-se, é dos meios mais importantes e mais eficientes, na medida em que permite ultrapassar não só, os condicionalismos do direito penal no que se refere à tipicidade (rigoroso preenchimento de todos os elementos do tipo legal de crime) como também permite ao lesado obter a compensação monetária pelos danos causados. O ideal- repor a situação anterior à lesão- não é possível nestes casos. Os danos são irreversíveis. Não sendo possível repor a situação, apagando os efeitos da agressão, resta apenas compensá-los economicamente.⁸⁵ De acordo com o preceituado no artigo 496.º do C. C. devem ser atendidos na fixação da indemnização, “aqueles, que pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”.

Convém referir que a tutela civil da reserva sobre a intimidade da vida privada não se fica apenas pelos aspectos indemnizatórios e de legítima defesa, aliás, não sendo possível repor a situação anterior ao dano, como já se referiu, é deveras importante actuar pelo lado preventivo. Sensível a este aspecto o legislador acautelou, devidamente, a situação no n.º 2 do artigo 70.º, prevendo a possibilidade da pessoa ameaçada ou ofendida requerer providências adequadas às circunstâncias do caso, evitando a consumação da ameaça ou atenuando os seus efeitos.

⁸⁴ Estamos a referir-nos à responsabilidade civil extracontratual, uma vez que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada é um direito absoluto. Poderá contudo, haver situações em que também haja lugar à responsabilidade contratual, prevista nos artigos 798 e seguintes. Em caso de responsabilidade extracontratual, incumbirá ao lesado provar a culpa, que diga-se, será apreciada de acordo com o critério geral do artigo 487.º, n.º 2, não sendo necessário o dolo, bastando a negligência.

⁸⁵ A ofensa a direitos de personalidade pode ocasionar danos patrimoniais e não patrimoniais. No caso de um doente seropositivo a comunicação da sua situação clínica, dado a discriminação de que têm sido alvo, pode provocar vários danos na sua vida, desde a perda do emprego à diminuição do seu prestígio social.

2.3.1.2.3- Tutela Penal

Como é sabido o direito penal constitui a última ratio da política criminal do Estado, pelo que, sem descurar os seus objectivos, nomeadamente, o fortalecimento dos bens jurídicos- que integram aquele mínimo ético cuja violação o direito penal deve sancionar - só se deverá recorrer à alternativa penal quando outros mecanismos menos limitadores/ ofensivos da liberdade/ autodeterminação não forem capazes de acautelar a protecção, ou seja só se deverá recorrer ao direito penal quando os outros ramos de direito sancionatório não forem suficientemente eficazes para dissuadir tais comportamentos.

À semelhança do que acontece com a maioria dos bens da personalidade também o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada goza de tutela penal, merecendo na sistematização do código um lugar próprio - Capítulo VII “Dos crimes contra a reserva da vida privada”, do Título I “Dos crimes contra as pessoas”, do Livro II, onde estão tipificados vários crimes relacionados com a violação da vida privada, nomeadamente, a violação do domicílio ou perturbação da vida privada (artigo 190.º); a introdução em lugar vedado ao público (artigo 191.º); a devassa da vida privada, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual (192.º), incluindo este a divulgação de factos relativos a doença grave de outra pessoa (192.º d)); a devassa por meio da informática (artigo 193.º); a violação de correspondência ou de telecomunicações (artigo 194.º); a violação de segredo, particularmente o segredo profissional (artigo 195.º); o aproveitamento indevido de segredo (artigo 196.º) e o crime de violação de segredo por funcionário (artigo 383.º), este último, inserido no capítulo dos crimes no exercício de funções públicas.

No âmbito da temática objecto do presente trabalho será o crime previsto no artigo 195.º- violação do segredo, mais concretamente o segredo profissional- que nos vai ocupar em particular, sem prejuízo de serem feitas referência aos que, pelo menos mais directamente, com ele estão relacionado.

2.3.1.2.4- Tutela em outra legislação/disposições especiais

Como tem vindo a ser demonstrado, a defesa da privacidade é cada mais reclamada, fruto não só da consciência da sua importância na realização e afirmação da própria personalidade como também pelo aumento/sofisticação dos meios para a sua ameaça.

A par dos instrumentos supra referidos, a protecção da privacidade encontra-se consagrada, no nosso ordenamento jurídico, em inúmeros instrumentos legais, nomeadamente, em disposições especiais, como a Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro)⁸⁶, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 95/46/CE306, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação⁸⁷, a Lei Relativa ao Tratamento de Dados Pessoais e à Protecção da Privacidade no Sector das Telecomunicações Electrónicas (Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto)⁸⁸, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa, a Directiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações electrónicas e vários outros dispositivos de protecção da privacidade, nomeadamente a Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90), Código do Trabalho⁸⁹, Lei da Imprensa⁹⁰ e ainda os Códigos Deontológicos dos vários grupos de profissionais em que a valência do segredo assume relevância particular, designadamente o Código

⁸⁶ A Lei de Protecção de dados pessoais - Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, publ. in Diário da República, I Série-A, n.º 247, pp. 5536-5546. Esta lei veio revogar a Lei n.º 10/91 de 29 de Abri, relativa a protecção de dados pessoais face à informática.

⁸⁷ Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, disponível in http://www.cnpd.pt/leis/directiva_95.htm.

⁸⁸ Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, sobre o tratamento de dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, publ. in Diário da República, I Série-A, n.º 194, pp. 5241-5245.

⁸⁹ O código de Trabalho aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, publ. in Diário da República – I Série, n.º 30, pp. 926-1029 .

⁹⁰ A Lei de Imprensa aprovada pela Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, publicado no Diário da República – I Série-A, n.º10, p. 202.

Deontológico dos Médicos⁹¹ que nos vai interessar de modo particular, no âmbito do presente trabalho.

A título, apenas, de exemplo, uma vez que abordaremos, oportunamente, estes dispositivos, quando analisarmos em concreto a temática objecto deste trabalho- a situação particular da violação do direito à intimidade da vida privada dos doentes portadores de VIH/SIDA, nas instituições prestadoras de cuidados de saúde- permitimo-nos apresentar algumas referências feitas por estes diplomas à protecção da privacidade.

A Lei da Protecção de Dados Pessoais - Lei 67/98, de 26 de Outubro, dispõe no seu artigo 2.º como princípio geral que “o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão”.

No seu artigo 7.º epígrafado “ Tratamento de dados sensíveis” determina que é “proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como os dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos”. Admite, todavia, mediante disposição legal ou autorização da CNPD - Comissão Nacional de Protecção de Dados⁹², o tratamento dos referidos dados quando por razões de interesse público importante esse tratamento seja indispensável, ou quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso para esse tratamento, em ambos os casos com garantias de não discriminação e com as medidas de segurança previstas no artigo 15.º. No n.º 3 do citado artigo elencam-se outras situações em que o tratamento dos “dados sensíveis” é permitido, exigindo-se a

⁹¹ O CDOM foi aprovado pelo Regulamento nº 14/2009 e publicado no Diário da República, II Série-n.º 8 de 13 de Janeiro. Até à sua publicação era discutível e levantavam-se questões acerca da sua validade enquanto instrumento jurídico. Efectivamente, é aos órgãos legislativos, e neste caso ao governo, no uso dos poderes legislativos que lhe são próprios, que deveria caber a aprovação do Estatuto. Não obstante reconhecer-se legitimidade à Ordem dos Médicos, mais concretamente ao Conselho Nacional de Deontologia Médica para a elaboração do Código deontológico, para lhe conferir força obrigatória geral de lei, até pela importância dos fins que prossegue, nomeadamente no que se refere à regulação das funções deontológicas e de poder disciplinar era necessário e desejável que o mesmo fosse aprovado pelo Governo. É certo que, internamente, entre a classe médica a questão da validade não se punha, mas a falta de aprovação governamental e consequente publicação em D.R, conferia-lhe alguma fragilidade em termos da aplicação geral e obrigatória. Com aprovação e consequente publicação os problemas outrora levantados encontram-se ultrapassados.

⁹² A CNPD é a autoridade nacional que tem como atribuição controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de protecção de dados pessoais. A sua natureza, atribuições e competências encontram-se reguladas na Lei de Protecção de Dados Pessoais, nos artigos 21, 22 e 23, respectivamente.

verificação de determinadas condições. Para os dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os genéticos, admite-se o tratamento dos dados pessoais “quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou gestão de serviços de saúde desde que o tratamento desses dados seja efectuado por um profissional obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, devendo o mesmo ser notificado à CNPD, nos termos do artigo 27.º e sejam garantidas medidas adequadas de segurança”.

No seu artigo 10.º consagra o direito que o titular dos dados tem de ser informado sobre os dados pessoais que lhe digam respeito, estipulando os moldes em que esse direito deve ser assegurado. No artigo 11.º n.º 5 encontra-se plasmado o direito de acesso aos dados pelo próprio titular, estipulando que o mesmo deve ser livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos.

No seu artigo 17.º estabelece, para os responsáveis do tratamento de dados pessoais e para as pessoas que no exercício das suas funções tenham tido conhecimento dos dados pessoais tratados, a obrigação de sigilo mesmo após o termo das suas funções. Essa mesma obrigatoriedade é extensível aos membros da CNPD bem como aos funcionários, agentes e técnicos que exerçam funções de assessoria à CNPD ou aos seus vogais.

Na secção relativa aos crimes a Lei da protecção de dados pessoais tipifica, a par de outros crimes, como o não cumprimento das obrigações relativa a protecção de dados (artigo 43.º), o crime de violação do dever de sigilo (artigo 47.º). Não se pode dizer que a situação abarcada neste preceito seja a mesma da prevista pelo artigo 195.º do Código Penal. As situações contempladas não são efectivamente as mesmas, quer no que se refere aos bens jurídicos objecto de protecção no âmbito da norma, quer às próprias informações/ dados objecto de tutela. Fazendo uso das explicitações dadas por RUEFF (2009: 480) podemos dizer numa tentativa de distinção que: “a violação de segredo do prevista no CP acontece pela revelação de segredo de que se tem conhecimento em razão da profissão, ao passo que a violação do dever de sigilo no âmbito da LPDP pode acontecer pela revelação de todos os dados pessoais, constituam ou não segredo e respeitem ou não ao paciente com quem o médico se encontre relacionado”. O artigo 195.º do CP diz respeito a dados que constituam segredo e respeitem à vida privada enquanto o artigo 47.º da LPDP diz respeito a quaisquer dados pessoais, isto tendo presente a noção ampla e abrangente não só do seu artigo 3.º, que define dados pessoais,

como do artigo 47.º, que pretende abarca-los, não os restringindo a qualquer noção de privacidade.

A Lei de Bases da Saúde- Lei 48/90 de 24 de Agosto, na sua Base XIII n.º 2, considera que “deve ser promovida uma intensa articulação entre os vários níveis de cuidados de saúde, sendo de garantir a circulação recíproca e *confidencial* da informação clínica relevante sobre os utentes”. Na sua Base XIV, n.º 1, alínea c), reporta-se concretamente, ao direito que os utentes têm de “ser tratados pelos meios adequados, humanamente e com prontidão, correcção técnica, privacidade e respeito. Na sua Base XIV n.º 1 al. d) consagra a necessidade de ser respeitado o segredo médico e o «estatuto dos utentes» que se consubstancia no direito de ser «respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados».

Por força do artigo 6.º n.º 1 al. a) do DL n.º 19/88, de 21 de Janeiro - que aprovou a lei de gestão hospitalar - um dos princípios que deve nortear a actuação dos órgãos da administração e de direcção técnica dos hospitais do SNS é o do "*respeito pelos direitos dos doentes*".

O novo Código do Trabalho evidencia o tratamento de questões relacionadas com os direitos de personalidade dos trabalhadores na sua Subsecção II (“Direitos de personalidade”), dedicando, especial atenção à protecção da intimidade da vida privada, nomeadamente, nos seus artigos 16º, 17º e 19º.

Nos termos do disposto no artigo 16º, n.º 1, “o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada”⁹³. Sem avançar com uma definição concreta de intimidade da vida privada, o legislador no n.º 2 do citado artigo enumera, exemplificando, alguns aspectos que fazem parte da “esfera íntima e pessoal” das partes que constituem o objecto de tutela legal, estabelecendo que “o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.

⁹³ Neste sentido, ABRANTES, José João refere que “o trabalhador pode, em regra, dispor livremente da sua vida extraprofissional, sendo vedado ao empregador investigar e/ou fazer revelar factos dessa sua esfera privada, a não ser que haja uma ligação directa com as suas funções”. Cf. ABRANTES, José João (2005), *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 258-259.

O artigo 17º do referido código estipula no seu n.º 1 que “o empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada (nomeadamente, as relativas à sua saúde ou estado de gravidez), salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação”. Relativamente às informações sobre a saúde do trabalhador ou candidato a emprego, o n.º 3 estabelece que as mesmas devem ser prestadas a um médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste”. Por outro lado, é reconhecido no n.º 4 que “o candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização”.

No n.º 5 é reiterado que “os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou do trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais”.

O art. 19º aborda, especificamente, os testes e exames médicos, estipulando no seu n.º 1 que “para além das situações previstas na legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação”. No n.º 2, afirma que “o empregador não pode, em circunstância alguma, exigir à candidata a emprego ou à trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez”. Em matéria de teletrabalho o artigo 237º do referido Código do Trabalho, também reconhece ao teletrabalhador o direito à privacidade.

A Lei da Imprensa – Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, estabelece, relativamente ao direito à reserva da intimidade da vida privada, que “a liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a garantir, entre

outros, o direito à reserva da intimidade da vida privada”⁹⁴. Do mesmo modo, o Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, realça o dever do jornalista respeitar a privacidade, de acordo com a natureza do caso e a condição das pessoas⁹⁵.

A propósito da defesa da intimidade da vida privada o Estatuto da Ordem dos Médicos (EOM)⁹⁶ dispõe no seu artigo 13.º, alínea c) que, “constitui dever dos médicos guardar segredo profissional”.

Por sua vez, o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) esclarece no n.º 2, do seu artigo 86.º, qual o âmbito do segredo, referindo que o mesmo abrange “todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício do seu mister ou por causa dele”. Para Sinde Monteiro e Figueiredo Dias (1984: 65-669) com esta disposição parece que a tutela disciplinar vai mais longe do que a tutela penal na medida em que esta abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico, contrariamente, à tutela penal que é filtrada pela ideia de segredo. Rueff (2009: 435) por seu lado não concorda de todo com essa posição e entende que tudo dependerá da noção que se tiver do segredo do Código Penal. Como a autora “ancora o segredo na dignidade humana e na indispensabilidade à vivência humana da reserva da verdade de cada um” defende que “o dever de segredo pode ir da simples comunicação de que se foi ao médico à revelação daquilo que, por isso, lhe chegou ao conhecimento”.

No artigo 85.º o CDOM estabelece como princípio geral que “o segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança. São ainda de referir outras disposições do CDOM onde a manutenção e protecção do segredo estão consagradas, nomeadamente, o artigo 87.º onde se dispõe que “Os directores, chefes de serviço e médicos assistentes dos doentes estão obrigados, singular e colectivamente, a guardar segredo profissional quanto às informações clínicas que, constituindo objecto do segredo profissional, constem do processo individual do doente organizado por quaisquer entidades colectivas de saúde, públicas ou privadas”, o artigo 91.º relativo à intimação judicial, onde se estabelece que “o médico intimado na

⁹⁴ Cf. o art. 3.º, da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, que aprova a Lei de Imprensa, publ. in Diário da República – I Série-A, n.º 10, p. 202.

⁹⁵ Cf. Art. 14.º, g), da Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, que aprova o estatuto do jornalista, publ. In Diário da República – I Série-A, n.º 10, p. 200.

⁹⁶ O Estatuto da Ordem dos Médicos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 282/77, de 5 de Julho.

qualidade de testemunha ou perito deverá comparecer em tribunal mas não deverá prestar declarações ou produzir depoimentos sobre matéria de segredo profissional. No âmbito do segredo, importa também considerar disposições em sentido contrário, ou seja de levantamento de segredo, como sejam, o artigo 88.º, relativo à escusa do segredo quando haja consentimento do doente e desde que isso não prejudique terceiras pessoas com interesse na manutenção do segredo ou quando a essa escusa seja absolutamente necessária à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico e do doente, não podendo, em qualquer dos casos o Médico revelar mais do que o necessário e sem consulta prévia ao Presidente da Ordem, o artigo 89.º que trata das precauções que não violam o segredo tendo em conta a defesa sanitária e salvaguarda da vida e saúde das pessoas, nomeadamente, dos membros da família e outras que residam ou se encontrem no local onde estiver o doente.

3 - O SEGREDO MÉDICO – ORIGEM/ IMPORTÂNCIA/ CONTEÚDO /LIMITES E FRAGILIDADES

3.1 – Importância- Da origem à actualidade

André Demichel (2001: 2) no seu livro, *Le Secret Médical*, caracteriza o segredo como “uma das mais antigas obsessões do espírito humano”⁹⁷ e refere que a existência do segredo é mesmo uma necessidade. Reafirmando esta ideia e dando, de certa forma, corpo a este postulado de “necessidade intrínseca”, Frei Bernardo (2003: 312) refere que “a pessoa, para conseguir desabrochar sadiamente, precisa de saber e sentir que a sua intimidade é preservada, respeitada e defendida”⁹⁸.

Para a maioria dos autores consultados a protecção da intimidade integrada num conceito mais abrangente - o da privacidade - parece ser o principal baluarte do segredo, já que o íntimo gera, à partida, uma obrigação natural de segredo.

⁹⁷ DEMICHEL, André (2001), *Le Secret Médical, Bordeaux: Les Études Hospitalières*, p. 2. (tradução nossa).

⁹⁸ O. P., Frei Bernardo Domingues (2003), *É Bom Promover a Saúde e a Ética*, Porto: Metanóia, p. 312. No mesmo sentido, MIRET, Ramon Canals e ESPELETA, Lydia Buisán (1998), “El Secreto Médico”, in *Bioética, Derecho y Sociedad* (coord.: María Casado), Madrid: Editorial Trotta, p. 153.

Considerado desde a Antiguidade como um dever ético, o segredo profissional abrange na actualidade muitas profissões, estando previsto no ordenamento jurídico da maioria dos países europeus, constituindo a sua violação um acto reprovável e punível por lei.

Sendo entre os demais segredos profissionais (incluindo o religioso) o mais antigo, o segredo médico constitui, nas palavras de Manuel da Costa Andrade (2004: 172) uma das constantes antropológicas mais estabilizadas e irrenunciáveis da organização social”⁹⁹.

Com um inegável e indiscutível primado histórico, o segredo médico costuma ancorar-se no Juramento de Hipócrates (escritos redigidos entre 430 e 330 a.C.). No seu juramento Hipócrates referia que ”tudo o que vir e ouvir no exercício da minha profissão e no comércio da vida comum e que não deva ser divulgado conservar-se-á como segredo”. Foi, na verdade uma adaptação do juramento de Hipócrates, realizado em 1948 em Genebra que passou a constituir a oração lida pelos médicos no momento em que selam a sua entrada para a profissão: Respeitarei o segredo que me for confiado.

É manifesto dos textos hipocráticos e a análise feita por Maria do Céu Rueff (2009: 50/51) aos mesmos, demonstra-o claramente, que a necessidade do segredo foi desde sempre entendida, tanto pelos doentes que confiavam o segredo, como pelo médico que merecia essa confiança, como essencial/ fundamental para ambos - só sabendo que pode contar com a discrição do médico o doente se sente seguro e confiante para lhe abrir o seu mundo, ele que afinal, até aí, era alguém que lhe era estranho. Fá-lo, essencialmente, porque precisa e não propriamente porque quer. Tem consciência que para o médico chegar ao diagnóstico, para o médico o ajudar a salvar-se da doença precisa, para lá dos sintomas físicos exteriores (visíveis, palpáveis e até mensuráveis através dos meios complementares de diagnóstico) de lhe revelar os outros que só ele conhece. Por seu lado, o médico, que refira-se, ao tempo dos escritos hipocráticos não tinha ao seu dispor os meios auxiliares de diagnóstico que hoje dispõe, precisava, e ainda hoje precisa, da cooperação do doente para melhorar o seu conhecimento e para o exercício da própria medicina como ciência. A colaboração do doente na descoberta das causas e na identificação da doença é reconhecida por ambos

⁹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa (2004) *Direito Penal Médico - SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 172

como fundamental. É na consciência desta necessidade que o segredo médico encontra fundamento. Utilizando as expressões de Maria do Céu Rueff (2009: 457), podemos dizer que “ (...) sem segredo não há relação entre médico e doente ou esta estará sempre posta em perigo. A necessidade de segredo médico prende-se com o respeito pela reserva da verdade da pessoa mas existe ainda para tornar possível a própria relação médica sendo por isso essencial ao médico, ao conhecimento médico e ao exercício da medicina como ciência”.

Conforme refere Geoffrey Lloyd (1985: 10) e (1983: 20)¹⁰⁰, parece que o juramento de Hipócrates não pertencia a todos os médicos. De acordo com os escritos hipocráticos os ensinamentos da arte médica (observação empírica atenta e regular do paciente mas apoiada com a descrição da sintomatologia feita pelo próprio doente) só seriam transmitidos a alguns - seus filhos, filhos dos mestres e aos discípulos que devidamente se tivessem tornado aprendizes e prestado juramento, em suma, apenas àqueles que jurassem querer praticar tal arte com a condição de obrigatoriedade/dever de confidencialidade. Os ensinamentos não eram passados aos profanos mas apenas àqueles que fossem iniciados nos mistérios da ciência médica. Nem todos os que se designavam médicos eram dignos do exercício dessa prática. Só aqueles que jurassem praticá-la em certos moldes. Parecia haver uma linha de demarcação entre os próprios médicos, correntes ou escolas diferenciadas. Na opinião de Rueff (2009: 59) “a confidencialidade parece servir à linha de demarcação dos médicos hipocráticos de todos os outros, bem como à fronteira que separa as boas das más práticas médicas”. A confidencialidade servia ao paciente como servia ao médico. É com este dever de respeito “quase absoluto”¹⁰¹ pela confiança depositada pelo doente no médico, que a prática médica chega até nós e se mantém. Não obstante, o acto de efectuar o juramento propriamente dito, por parte dos médicos ou dos estudantes/ aprendizes de medicina, ser feito, hoje, nalguns países, como é o caso de Portugal, mais com um sentido

¹⁰⁰ *Apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) op. Cit. pp. 59-60

¹⁰¹ Não obstante a sua importância ser sobejamente reconhecida nos vários dispositivos legais nacionais e internacionais referidos, estão consignadas na lei possibilidades do mesmo ser objecto de restrições, designadamente, quando estiver em conflito com outros valores ou interesses de outros membros da sociedade- vejam-se as explicações abaixo a respeito das restrições do direito à privacidade ou ainda, concretamente ao segredo as situações de exclusão de segredo consagradas no próprio CDOM (artigo 89.º).

simbólico¹⁰², o certo é que o exercício da profissão médica continua dependente, ou melhor dizendo, pressupõe mesmo, a obediência ao segredo - a vinculação ao segredo constitui um imperativo de ordem ética e deontológica, merecendo consagração não só estatutária (artigo 13º do EOM) como também deontológica (artigo 85º do CDOM).

De acordo com o preceituado no artigo 85º do CDOM o segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança. De entre os deveres dos médicos, o dever de segredo aparece elencado à cabeça da lista, logo a seguir ao dever de respeito pelos estatutos e normas deontológicas que regem o exercício da profissão. Tal como previsto no artigo 14º do referido estatuto, a violação desse dever está sujeita a sanções (previstas no artigo 74º do referido estatuto).

Apesar da sua longa existência histórica e de toda a consagração de que, ainda, goza, o segredo médico adquire hoje novos contornos que superam o paternalismo outrora dominante na relação médico-doente. Impõe-se, pois, a compreensão da necessidade do segredo à luz do exercício actual da Medicina e das novas possibilidades que a tecnologia lhe imputou. Como refere Maria Helena Diniz (2005: 7)¹⁰³, o exercício da Medicina encontra-se hoje “emoldurado pela socialização no atendimento”. O desaparecimento do antigo médico de família e o aparecimento de novos padrões de conduta entre médico e doente, vinculados por convénios médico-hospitalares, pela democratização da Medicina e pelo atendimento em massa, imprimiram mudanças significativas no exercício da prática médica. A actividade isolada desenvolvida em consultório próprio tem vindo a ser, progressivamente, transformada em prática empresarial, avultando a modalidade de profissionais sem vínculo. A nível hospitalar a situação não é muito diferente. Começando pela chamada “Medicina em equipa”, com a necessária partilha de informação entre os diferentes elementos, muitos deles jamais reconhecíveis aos olhos dos doentes, à realidade de prestação de cuidados médicos por elementos distintos, de acordo com as especialidades e até com os dias ou turnos em

¹⁰² À semelhança do que acontece em alguns países, não existe em Portugal imposição legal de prestação do juramento por parte dos médicos ou dos estudantes/ aprendizes de medicina, assumindo, o mesmo, mais um carácter simbólico.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena (2005), “O Direito Ante a Nova Imagem da Ética Médico-Científica”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, nº 4, Julho-Dezembro de 2005, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, p. 7.

que prestam serviço¹⁰⁴, são várias as situações em que imperam o anonimato e a impessoalidade. Este panorama ao qual se juntam a exigência crescente de acesso à informação de saúde por parte de terceiros pagantes, nomeadamente, as companhias seguradoras e o aumento de patologias consolidadas como doenças de declaração obrigatória¹⁰⁵, tendem a transformar o segredo médico em algo fugaz, desacreditado e decrépito, e não raras vezes, seriamente violado. Porém contrariando a tendência, cremos que este “mandamento privilegiado dos pronunciamentos e códigos ético-deontológicos dos médicos” como lhe chamou Manuel da Costa Andrade (2004: 172), longe de estar ultrapassado ou obsoleto, deve antes ser reforçado na importância do seu valor, logicamente, adaptado à nossa realidade e utilizado como bastião contra as novas possibilidades de violação da privacidade da pessoa, em especial da pessoa doente, à partida, fragilizada na sua condição, continuando a afirmar-se como um dos elementos fundamentais da ética médica, podendo, como sublinha Rueff constituir também uma garantia de não discriminação, no caso dos doentes com VIH/SIDA.

3.2 – Os bens jurídicos objecto de tutela

Antes de nos referirmos em concreto à noção, conteúdo e âmbito do segredo Médico, parece-nos importante lembrar e reafirmar o que já foi dito a propósito dos bens jurídicos tutelados, no âmbito da tipificação do crime de violação do segredo, quando nos referimos ao segredo, aquando da análise das “figuras afins” do direito à reserva da intimidade da vida privada, até porque, a nosso ver, estas considerações são deveras importante para uma melhor compreensão das posições que iremos assumir.

A determinação dos bens jurídicos que estão tutelados com o crime de violação de segredo é objecto de controvérsia dividindo autores e tribunais. Na opinião de Manuel da Costa Andrade (1999: 774) podemos arrumar as várias teses defendidas na doutrina e na jurisprudência em quatro grupos, situando-se, nos extremos, de um lado os defensores do valor pessoal-individual (esfera privada do indivíduo) e de outro, os do

¹⁰⁴ ABREU, Luís Vasconcelos (2005), “O Segredo Médico no Direito Português Vigente”, in *Estudos de Direito de Bioética* (coord.: José de Oliveira de Ascensão), Coimbra: Almedina, p. 263.

¹⁰⁵ Efectivamente, a necessidade de declaração obrigatória não implica necessariamente a quebra de segredo, até porque implicando a anonimização dos dados como acontece no nosso caso (cfr Portaria nº 258/2005, de 16 de Março) não permite a identificação dos seus titulares.

bem jurídico supra-individual institucional (interesse comunitário da confiança na discricção e reserva). Entre estas duas posições extremadas e para além delas podemos considerar outros dois grupos que defendem a tutela às duas ordens de valores- o individual-pessoal e o colectivo-institucional- sendo que nestes, uns elegem um destes valores a bem jurídico típico e o outro a uma tutela meramente reflexa ou secundária enquanto outros reconhecem igual dignidade aos dois valores referidos.

A nossa posição tal como já foi referida é consentânea com os que defendem a tutela às duas ordens dando primado ao interesse supra individual ou colectivo-institucional. Para fundamentar esta nossa posição apresentamos os seguintes argumentos:

Efectivamente dois factos são incontestáveis. Se, por um lado, é verdade que por o facto de o legislador integrar, em termos de sistematização, o crime de violação de segredo no capítulo relativo aos crimes contra reserva da vida privada, demonstra que quis tutelar a privacidade, por outro, não é menos verdade que as informações objecto de tutela no âmbito do crime do 195.º não são informações privadas quaisquer, mas apenas e tão só, aquelas a que se teve acesso em razão da profissão e tendo sempre por base uma relação de confiança entre o titular da informação e aquele profissional a quem se confiam as ditas informações. O texto da lei é claro a esse respeito - “segredo alheio de que se tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte”. Mais do que o interesse pessoal-individual da privacidade daquele que confia o segredo, que obviamente, entendemos merecer protecção, é a relação de confiança que está subjacente à transmissão da informação entre o titular do segredo e aquele a quem o confia que, a nosso ver, estão aqui a ser acautelados. Citando Manzini o Parecer nº 56/94 da PGR refere que ”o fundamento da obrigação de segredo encontra-se na defesa da liberdade e da segurança das relações íntimas, profissionais, determinadas pela necessidade ou quase necessidade de recorrer ao auxílio dos que exercem uma determinada profissão”.

Os defensores da tese do bem jurídico individual-pessoal costumam, para além do elemento sistemático, indicar também como argumento a caracterização/qualificação do crime de violação de segredo como semi-público. Entendem que se o bem jurídico em causa fosse supra-individual (comunitário) o legislador não deixaria na dependência do ofendido (indivíduo) a iniciativa processual (mediante apresentação de queixa). Permitimo-nos discordar desta posição até porque, como é sabido, na

catalogação dos crimes como público ou semipúblico os interesses (individuais ou colectivos) não são os únicos valores a considerar e ponderar. É preciso não esquecer que, muitas das vezes, pesam na decisão não só a importância dos bens jurídicos em causa, mas também o exercício da liberdade/ autonomia da vontade da vítima (deixar à vítima a possibilidade de manifestar a sua vontade) no que se refere à iniciativa processual. Se, por um lado, deve caber ao Estado o acautelar da protecção dos bens jurídicos fundamentais, por outro ele não se deve substituir a quem tem capacidade de decidir e ter vontade. Esta preocupação é muitas vezes decisiva na classificação de determinado crime como público ou semipúblico. Muitas das vezes, não obstante determinado ilícito criminal, pela importância do bem jurídico em presença, merecer ser classificado como crime público, o legislador opta pela sua catalogação como crime semipúblico apenas para deixar à vítima (à sua autonomia da vontade) a decisão sobre o impulso processual. Não nos parece, pois, que o argumento da classificação do crime como semipúblico possa ser atendido.

Tal como já tínhamos afirmado, a nossa posição, à semelhança de outros autores é de que, com o crime de violação de segredo previsto no artigo 195.º do Código Penal, o que o legislador português quis acautelar foi a relação de confiança que está subjacente à transmissão da informação entre o titular do segredo e aquele a quem o confia. Não defendemos posições extremadas, contudo, apesar de reconhecermos que a vida privada também é objecto de protecção na norma incriminadora, entendemos que não é, efectivamente, ela que tem o primado. Os interesses que estão em causa na defesa do segredo médico ultrapassam obviamente o médico e o doente e estendem-se à toda comunidade em geral. Trata-se, pois, de um interesse supra individual, um interesse colectivo-institucional na funcionalidade sistémico-social de determinadas profissões ou ofícios, neste caso, a da profissão médica. Recorremos mais uma vez à síntese convergente de Lenckner pois ela parece-nos bem elucidativa “(...) a tutela penal do segredo profissional médico está, em última instância, preordenada ao interesse geral de um sistema médico de promoção da saúde eficaz, que não é possível sem uma relação entre médico e paciente plena de confiança” (Andrade, 1999: 775).

Reafirmamos a nossa concordância com a posição de Maria do Céu Rueff (2009: 451) que defende que, neste caso, dois bens em simultâneo encontram protecção: a reserva da vida privada por um lado, e a inviolabilidade da pessoa humana ou protecção

da sua dignidade, através da confiança, necessariamente, depositada em certos profissionais, por outro.

3.3 – Noção e Conteúdo/ Âmbito

Clarificada a necessidade/ importância do segredo, impõe-se determinar o que é afinal o segredo? O que é que ele abarca? Qual o seu âmbito? Que informações estão tuteladas no âmbito desse segredo?

Começemos por desmistificar o que é segredo?

Para Correia das Neves (1963: 15)¹⁰⁶ o segredo anda ligado à ideia de coisa oculta, íntima, conhecida apenas de um círculo limitado de pessoas, ou até de nenhuma; é o que não está divulgado publicamente. Nas palavras de Carazo (2000: 71) é simplesmente enunciado como “aquilo que, sendo conhecido por alguns, não é lícito comunicar aos demais”. Para Manuel da Costa Andrade (1999: 778) o segredo é algo (facto ou conjunto de factos), relativamente desconhecido (apenas conhecido de um grupo determinado, em princípio restrito), e que de acordo com a vontade (expressa ou presumida) daquele a quem respeita, deve, em nome de um interesse legítimo permanecer sob reserva. De uma forma muito particular, Rueff (2005: 259) e (2009: 454) define-o como “a verdade de cada um perante si próprio e perante os outros, dada a alguém sem o consentimento de revelação”.

A doutrina considera analiticamente que o segredo integra três elementos: o objectivo- factos conhecidos por um número circunscrito de pessoas; o subjectivo- a vontade de que esses factos continuem sob reserva; o normativo- a existência de um interesse legítimo, razoável ou justificado na reserva (Andrade, 1999: 778).

Tratando-se de factos temos, desde logo, que se trata apenas de informações verdadeiras (os juízos de valor e as informações não-verdadeiras não se incluem no conceito de segredo). Por outro lado não têm que ser necessariamente, factos/ informações pertinentes à vida privada-pessoal, podendo abranger factos relativos ao curso do negócio). Como refere Manuel da Costa Andrade (1999: 779) “o que é

¹⁰⁶ Cf. Parecer nº 49/91 da PGR, *Os segredos e a sua tutela* in Pareceres da PGR, Volume VII, p. 321

decisivo não é a relação pessoal-privada com os factos mas o valor da reserva destes factos para os privados”.

Olhando para o elemento objectivo temos que o facto tem que ser conhecido por um número circunscrito de pessoas. Não tem que ser um núcleo necessariamente fechado mas tem que ser um número objectivamente controlado ou controlável. O segredo mantém-se enquanto for apenas conhecido pelas pessoas para tal legitimadas. Deixa de ser segredo quando se atinge o limiar da publicidade, a saber: quando se tornar conhecido ou facilmente acessível a um número incontrolável de pessoas (M / S / Maiwald: 288)¹⁰⁷. Como refere Costa Andrade (1999: 779) não basta a comunicação ocasional a um *outsider* para ditar a perda do segredo.

O elemento subjectivo - a vontade de que esses factos continuem sob reserva-comporta dois sentidos, um negativo e outro positivo. Em sentido negativo, temos que não há segredos sobre factos de que o titular não pretenda manter sob reserva. Ninguém pode ser obrigado a ter segredos. Em sentido positivo temos que, quem determina o carácter secreto das informações é o próprio titular. Aspectos que para uns podem carecer de reserva para outros podem ser insignificantes ou até indiferentes. Importa contudo, ter presente que a lei não se propõe tutelar vontades caprichosas, frívolas ou arbitrárias. É preciso colocar limites à subjectividade, e é para isso que serve o elemento normativo- existência de interesses legítimos (razoável ou justificável). Com este terceiro elemento pretende-se limitar, em certa medida, o arbítrio do portador do segredo. Estipular o que é razoável proteger. Para aferir a legitimidade do interesse em manter sob reserva a lei não recorre a critérios abstractos e gerais, pelo contrário, deixa lugar nesta ponderação às fraquezas humanas, às condutas imorais e até aos crimes. Basta que pareçam dignos de tutela à luz da experiência concreta do portador e da sua relação com o facto para ser considerado legítimo. Como esclarece Manuel da Costa Andrade (1999: 780) “não se trata de erigir um padrão objectivo mas tão só de afastar o puro arbítrio e humor. Trata-se noutros termos de exigir a “sensibilidade das informações, qualificação de que apenas se revestem as informações que, de alguma maneira, desnudam a pessoa protegida pelo segredo”.

¹⁰⁷ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa (1999), op. cit. p. 779

Por segredo profissional, escreveu Fernando Eloy (1954: 81)¹⁰⁸, “entende-se, na generalidade, a reserva que todo o indivíduo deve guardar dos factos conhecidos no desempenho das suas funções ou como consequência do seu exercício, factos que lhe incumbe ocultar, quer porque o segredo lhe é pedido quer porque ele é inerente à própria natureza do serviço ou à profissão”.

Aplicando as noções supra citadas ao segredo médico podemos, utilizando as palavras de Rueff (2009: 456) definir o segredo médico como “ a verdade do doente dita ao médico sem consentimento de revelação, tendo em conta uma relação estabelecida entre ambos, fundada na doença ou na prevenção”¹⁰⁹.

Mas afinal que verdade é essa? Que verdade revelada ao médico cabe dentro do conceito de segredo médico? A resposta é-nos dada logo pela norma deontológica, mais concretamente pelo artigo 86º, n.º2 do CDOM.

De acordo com o preceituado nesse artigo o “segredo médico” abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico *no exercício da sua profissão ou por causa dela* e compreende especialmente:

- a) Os factos revelados directamente pela pessoa, por outrem a seu pedido ou por terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela;
- b) Os factos apercebidos pelo médico, provenientes ou não da observação clínica do doente ou de terceiros;
- c) Os factos, resultantes do conhecimento dos meios complementar de diagnóstico e terapêutica, referentes ao doente;
- d) Os factos comunicados por outro médico ou profissional de saúde, obrigado, quanto aos mesmos, a segredo.

O mesmo artigo estipula no seu n.º 3 que a obrigação de segredo existe quer o serviço solicitado tenha ou não sido prestado e quer seja ou não remunerado; no n.º 4 que o segredo médico mantém-se mesmo após a morte do doente. O mesmo dispositivo

¹⁰⁸ ELOY, Fernando (1954) “Da inviolabilidade das correspondências e do sigilo profissional dos funcionários telégrafo-postais”, in *O direito*, ano LXXXVI, 1954, p. 81

¹⁰⁹ Definir o segredo médico como a verdade do doente dita ao médico parece-nos um pouco redutor na medida em que com o vocábulo “dita” pode deixar de se enquadrar aquelas informações relativas ao doente que ele não confia directamente mas de que o médico se parece porque a sua “arte/função de médico lhe permitem.

legal refere também que é expressamente proibido ao médico enviar doentes para fins de diagnóstico ou terapêutica a qualquer entidade não vinculada ao segredo.

Trata-se, sem dúvida, de um conceito amplo de segredo. Um conceito que segundo Rueff (2009: 463) foi “gizado no entendimento mais puro do Juramento de Hipócrates, segundo o qual a deslocação do médico ao doente e a tudo o que constituírem as suas circunstâncias se fará apenas no intuito de observação do caso e tentativa de descrição de uma sintomatologia que determine a identificação da doença”. Abarca uma infinidade de informações que não têm que ser necessariamente, pertinentes à vida privada-pessoal, podendo abranger factos relativos ao curso do negócio. Por outro lado, tal como resulta da norma, não é necessário que os factos cheguem ao conhecimento do médico por revelação directa do titular do segredo. Estão cobertos pelo segredo também os factos obtidos pela acção directa do médico-aqueles de que ele se apercebe e ainda aqueles que ele conhece através da comunicação ou informação de outra pessoa- a pedido do doente ou terceiro com quem o médico tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela são os chamados segredos de terceiros.

A determinação do âmbito do segredo não é completamente pacífica, desde logo, porque não existe uma completa sobreposição entre o conceito de segredo preconizado pela norma deontológica e o conceito de segredo para efeitos de concretização do artigo 195.º do Código Penal.

Efectivamente as expressões utilizadas na norma deontológica e na norma penal não são, de todo, coincidentes levantando, desde logo, a questão de saber se afinal as expressões “*no exercício da profissão*” e em “*razão da sua profissão*” pretendem significar a mesma coisa.

A nosso ver a explicitação que a norma deontológica acabou por fazer ao reforçar o termo “no exercício da profissão” com “por causa dela” acabou por aliviar um pouco a tensão. Se não o fizesse a situação seria ainda mais complexa. Ficamos com a sensação que os próprios produtores da norma deontológica tinham consciência desta polémica, daí a tentativa de clarificar melhor o alcance e sentido exacto da norma.

De facto, numa interpretação literal “factos que tenha conhecimento no exercício da profissão” não são a mesma coisa que “factos de que se tenha conhecimento em razão da profissão”. É possível chegarem ao conhecimento de médico, no exercício da sua profissão factos que nada têm a ver com a razão de ser médico ou por causa de ser

médico. Da mesma forma, também podem chegar ao conhecimento do médico factos, não propriamente no exercício da sua profissão, mas por causa da sua profissão, pelo facto de ele ser médico. Vejamos os seguintes exemplos elucidativos:

Um médico através de um cliente seu senhor Y fica a saber, em conversa com este, que o senhor X, que até é seu paciente, tem uma doença qualquer. Numa interpretação literal do termo “informações no exercício da sua profissão” poderíamos ser tentados a achar que ele estava obrigado a segredo acerca da doença do senhor X, uma vez que, essa informação foi-lhe transmitida no exercício da sua profissão e no entanto não é assim. A informação não está sujeita ao segredo e não é pelo facto de não ter sido transmitido numa consulta formal tida com o senhor X. A questão é que, ela não foi, necessariamente, obtida *exclusivamente por causa/ em razão* da profissão. A informação não lhe foi transmitida por ele ser médico, foi-lhe transmitida enquanto cidadão, utilizando as palavras de Andrade (1999: 781), ele obteve essa informação com a sua veste puramente privada. Solução diferente teria se essa informação tivesse sido transmitida ao médico por ele ser médico. Da mesma forma, também terá solução diferente a situação em que um médico, porque os seus conhecimentos como médico o permitem, consegue, olhando para um acompanhante de um paciente seu à consulta, aperceber-se que ele sofre de determinada doença ou ainda quando alguém num evento social contacta com um médico e lhe transmite determinadas informações ligadas à sua saúde que não confiaria a alguém que não fosse médico. Nestes dois últimos exemplos a informação (transmitida num caso e obtida no outro) está coberta pelo segredo mas é porque esse conhecimento acontece em razão da profissão (são os conhecimentos especializados de medicina que permitem ao médico aperceber-se da situação do acompanhante e no segundo exemplo é pelo facto dele ser médico que lhe são confiadas as informações). A questão essencial aqui é determinar se existe uma conexão do segredo com a profissão. Como refere Santiago (1992: 119) tem que existir um nexo de causalidade entre a actividade profissional e o conhecimento do facto secreto e não pode, esse nexo, ser meramente fortuito. Não é preciso que as informações secretas sejam transmitidas por via confidencial, não precisa de ser numa consulta formal, o que interessa é que a transmissão tenha sido motivada por razões ligadas à profissão-enquanto cliente/paciente ou no caso de não se ser cliente por causa da profissão. Como explica Rueff (2009: 469) há um conhecimento geral da existência de uma deontologia médica, que obriga os médicos ao sigilo e é confiando/ investindo nessa obrigação de

segredo que os seus pacientes lhes transmitem as informações. Confidenciam-lhe os seus segredos contando com a discrição que se espera da actividade médica. “É uma espécie de confiança pressuposta” (Rueff, 2009: 469). Portanto tudo o que o médico vir e ouvir como médico está sujeito ao segredo, podem até ser informações relativas aos negócios o que é relevante é que tenham sido transmitidos na condição dele ser médico. Ficam de fora do segredo as informações que ele conhecer como cidadão, aquilo que ele conhecer “em veste puramente privada” (Andrade, 1999: 781). Como refere Cunha Rodrigues (1999: 482) “apenas estão excluídos do segredo os dados obtidos pelo médico na sua qualidade de cidadão mas já não estarão, os que vierem ao seu conhecimento através ou como consequência do exercício da actividade médica, quer sejam relativas a condições mórbidas do doente, quer sejam relativas ao seu estado físico, psíquico, hábitos, vida íntima, situação familiar, económica, moral ou religiosa.

Reconhecendo que estamos perante uma questão de contornos de difícil demarcação e que está longe de estar encerrada a discussão e o consenso, avançaremos na análise aceitando uma relativa sobreposição entre os conceitos adoptados na norma penal e na norma deontológica, até porque, tal como já referimos, acreditamos que esse é o alcance que o produtor da norma deontológica pretendia, daí ter tentado clarificar a situação reforçando a designação “exercício da profissão” com o termo “por causa dela”.

Olhando para a norma penal que tutela o crime de violação do segredo (art. 195.º do C.P) temos como elementos do tipo - a revelação de segredo alheio. A acção típica é a revelação ou divulgação. O preenchimento do tipo basta-se com a *revelação- de segredo- alheio*. Como refere Andrade (1999: 778), estes são os “três momentos que, no seu conjunto, definem a acção típica e o objecto da acção”.

Uma vez desmistificada o que é o segredo, importa reflectir sobre o que significa “alheio” e que condutas consubstanciam afinal a “acção típica”- revelação.

O termo “alheio” significa que é de outrem, que não nos pertence. Segredo alheio será o segredo que provém da esfera jurídica de uma pessoa (física ou jurídica) diferente da pessoa obrigada ao silêncio.

À partida parece ser bastante fácil a distinção daquilo que é de outrem, contudo, na prática não é bem assim. Para além do segredo pode ser comum a várias pessoas, pode também acontecer que o segredo de alguém esteja ligado a terceiro, inclusive àquele que está obrigado a segredo não constituindo à partida para este segredo. Passam

pois a ser se estiverem em conexão incidível com segredo alheio. Por exemplo, se um médico for procurado pelo paciente X, essa sua estada com o paciente, não obstante ser algo seu, passa a estar coberto pelo segredo na medida em que está ligado ao segredo de outrem (paciente). Ele deixa de poder transmitir a uma terceira pessoa que esteve com o paciente X porque essa informação também pertence ao Senhor X. A simples revelação desse facto por si só preenche o tipo, não sendo necessário que o médico revele outros pormenores relacionados com esse contacto estabelecido com o paciente. Basta que revele que o Senhor X o procurou.

Como esclarece a norma deontológica o segredo pode chegar ao conhecimento do agente de várias formas- comunicação directa (doente para o médico); acção directa do agente (observação/percepção do agente em virtude dos seus conhecimentos profissionais) ou comunicação feita por outra pessoa, no caso dos chamados segredos de terceiros.

No que se refere à conduta dos agentes típicos – revelação/divulgação – importa considerar alguns aspectos: Por um lado, contrariamente ao que acontece com o crime previsto no artigo 192.º, neste, não fazem parte da factualidade típica as acções que resultem em acesso ilícito ao segredo. Neste crime só estão tuteladas as informações confiadas a alguém (por comunicação directa do portador, acção directamente do agente ou comunicação por outrem) o que quer dizer que o acesso ao segredo foi lícito e que, a sua revelação, é que pode não ser lícita (quando não tiver o consentimento do titular). Portanto aqui não é a espionagem que se pune mas sim a traição de alguém a quem confiamos segredos. A acção típica no crime de violação de segredo é a revelação/divulgação.

Conforme referimos oportunamente, um dos pressupostos do segredo (elemento subjectivo) é que ele se mantenha em reserva. Ao revelar o segredo para além de se lhe estar a retirar a característica de reserva, está-se também a alargar/aumentar o universo das pessoas que passam a ter conhecimento da situação, afectando, dessa forma também o elemento objectivo do segredo (o segredo deixa de ser conhecido apenas pelas pessoas legitimadas para tal). Todavia importa referir que para haver revelação é preciso que o destinatário da comunicação passe a conhecer factos que não conhecia. Se, eventualmente, ele já conhecesse a informação o crime não se consuma, ficando-se pela tentativa, neste caso impossível. Se por acaso as pessoas a quem se revele o segredo suspeitavam apenas dele mas não tinham a certeza ao dar-lhes essa confirmação

comete-se o crime de violação do segredo. Esta situação é tanto mais evidente, quando se trata de revelação de informações relacionadas com a saúde do titular do segredo feita por médico. Efectivamente, como refere Rueff (2009: 467) a confirmação feita pelo médico, que é uma pessoa da arte, confere uma credibilidade e autoridade à informação dificilmente alcançáveis de outro modo.

Por outro lado, importa ter presente que, para a revelação ser típica é preciso que atinja o portador concreto do segredo ou seja a revelação terá que identificar tanto os factos como as pessoas a quem pertencem. Se os dados forem anonimizados não se atinge o seu titular porque ele não é identificável. É o caso do tratamento dos dados estatísticos.

Ainda a propósito do preenchimento do tipo Andrade refere (1999: 783) que a revelação é típica mesmo quando feita a pessoa igualmente sujeita a segredo e a este respeito o CDOM não deixa dúvidas pois refere-o expressamente na alínea d) do n.º 2 do artigo 86.º.

Tratando-se de um tipo legal que compreende um certo resultado- dano da privacidade- o crime pode ser cometido por omissão (imprópria)¹¹⁰, na medida em que está em causa não só o dever de silêncio como também o dever de preservar a inviolabilidade do segredo. A omissão é punível porque recai sobre o médico uma posição de garante.¹¹¹ O médico tem com o doente um contrato alicerçado numa relação de confiança faticamente assumida. Recai pois sobre ele um dever jurídico que pessoalmente o obriga a evitar esse resultado (violação do segredo).¹¹²

Finalmente, importa ainda referir que se trata de um crime específico (próprio), na medida em que só pode ser cometido (ser autor) por pessoas pertencentes a um círculo definido por determinada categoria ou atributo. Contrariamente ao exemplo alemão ou austríaco em que o legislador optou pela solução de *numerus clausus* (referir expressamente quais as profissões penalmente obrigadas a sigilo), o legislador português à semelhança do espanhol privilegiou a fórmula geral e abstracta, referindo

¹¹⁰ Assim dispõe o artigo 10.º, n.º 1 do Código Penal.

¹¹¹ Conforme o estipulado no n.º 2 do artigo 10.º a comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.

¹¹² A posição de garante do médico face ao doente traduz-se numa função de protecção de determinados bens jurídicos a ele respeitantes com origem na relação de confiança com reflexos num contrato.

apenas que o universo dos autores é composto pelas pessoas que “em razão da sua profissão, arte, ofício...” tenham tomado conhecimento do segredo.

Deste universo fazem parte um sem número de agentes englobando, desde logo, os chamados “confidentes necessários”, referidos no artigo 135 do CPP- ministros da religião ou confissão religiosa, advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito- e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo.

No que se refere, em concreto, ao segredo objecto do nosso trabalho-segredo médico- levanta-se a questão de saber se, efectivamente, perante a nova realidade de prestação de cuidados de saúde-Trabalho em equipa- quando se alude ao segredo médico se pretende limitar o segredo ao médico *tout court* ou se este se comunica/engloba os outros profissionais da prestação de cuidados de saúde, que pelo seu exercício profissional estejam em contacto com o doente e que por via disso, e no exercício de tal múnus ficam a par da sua patologia e demais informações com ela relacionados nomeadamente, aspectos da sua vida íntima.

Obviamente que a resposta é negativa. Aliás a solução pela qual o legislador português optou (de não referir expressa e exhaustivamente as profissões abrangidas), facilita-nos a tarefa, permitindo-nos enquadrar todos aqueles profissionais que em razão da sua profissão, arte, ofício...tomem conhecimento da informação sujeita a sigilo. Contudo, mesmo assim, há situações que carecem de uma análise mais cuidada. O problema não se coloca relativamente aos enfermeiros, técnicos de diagnóstico e terapêutica ou outros grupos de profissionais que participam directamente na prestação de cuidados e que se enquadram perfeitamente no preceituado na lei- informações que por força, por via, em razão do seu ofício/ profissão tenham chegado ao seu conhecimento- coloca-se, sim, com os outros profissionais que não participam directamente na prestação de cuidados mas que acabam por ter acesso à informação como sejam as secretárias, auxiliares, estagiários, estudantes, motoristas, empregadas de limpeza etc. Relativamente às secretárias, auxiliares, estagiários e estudantes etc. Andrade (1999: 786) entende e nós concordamos que o dever de segredo profissional se comunica a estes profissionais, já que é por causa da sua profissão que tomam conhecimento da informação coberta pelo segredo. Posição diferente tem este autor, à semelhança de Santiago, relativamente aos motoristas e empregadas de limpeza e outros, cujas tarefas se assemelhem a estes. Efectivamente, como esclarece, e bem,

Rueff (2009: 498) o elemento determinante para se entender que determinada profissão se pode ou não enquadrar na letra do preceito do 195.º C.P. é o estabelecimento de uma relação de confiança. Haverá, certamente, quem entenda que tanto os motoristas como as empregadas de limpeza devem estar sujeitos ao sigilo, relativamente à informações a que tenham acesso em razão da função que exercem. Contudo, em rigor não se poderá afirmar que profissão de motorista ou de empregado de limpeza pressuponha uma relação de confiança com o doente. A terem acesso à informação sob sigilo, como por exemplo as informações clínicas do doente, fazem-no por “bisbilhotar/espionar a vida alheia” contrariamente à secretária que a sua função coloca-a no circuito da informação sujeita a sigilo. Como refere Santiago (1992: 121) sobre as empregadas de limpeza não impende segredo profissional porque “os factos dos quais venham a tomar conhecimento devem considerar-se a coberto de uma relação pessoal diferente da de confiança”. Como defende este autor, sobre as empregadas de limpeza ou outros profissionais cujas tarefas se assemelhem, no que diz respeito à relação com o doente, impende um mero dever de discrição e não um dever de segredo.

Para fundamentar a sujeição/ submissão ao dever de segredo por parte dos profissionais de saúde temos ainda uma série de disposições legais que vão desde o disposto no artigo 57.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 48 357/68, de 27 de Abril (que aprova o Estatuto Hospitalar); artigos 8.º e 9.º da lei nº 56/79 (Lei do SNS) à Lei de Bases da Saúde.

Resta-nos referirmo-nos à tutela do segredo *post mortem*, tanto a situação pós-morte da pessoa obrigada a segredo como do titular do segredo. Relativamente à morte da pessoa obrigada a segredo, entre nós¹¹³, a situação é relativamente clara dado que a morte do profissional obrigado a segredo leva a irrelevância típica da revelação do segredo por parte de um terceiro a quem o profissional tenha comunicado a informação sob reserva. A conduta de terceiro só pode ser punível no contexto de uma infracção penal de indiscrição- devassa da vida privada (crime previsto no artigo 192.º do C.P.).

Relativamente à situação de morte do titular do segredo a situação é bem mais complexa. De facto, para além de nesta situação a lei penal portuguesa voltar a ser omissa, contrariamente ao que acontece noutros regime como por exemplo o alemão, há

¹¹³ Contrariamente ao regime português o regime alemão prevê em caso de morte do profissional obrigado a segredo, uma equiparação do terceiro ao profissional que enquanto vivo lhe tenha revelado segredo alheio, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa (1999) op. cit. p.788.

quem defenda que a solução pode ser encontrada na disciplina da lei civil- nos termos do artigo 71.º do Código Civil os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do seu titular. A questão não é líquida até pelo próprio carácter subsidiário e fragmentário do direito penal. Para Andrade (1999: 789) a violação do segredo *post mortem* cai sob a área de protecção da incriminação, integrando a factualidade típica (teor literal da incriminação inversamente). Este autor entende que nem poderia ser de outro modo “sob pena de não assegurar a homenagem que o legislador terá querido prestar aos valores comunitários e institucionais como a confiança nas profissões co-envolvidas”.

De qualquer forma existem e não deverão deixar de ser atendidas as diferenças que separam a violação do segredo *em vida* ou *post mortem*. É preciso definir limites à protecção penal do segredo para além da morte e tal como Andrade (1999: 789), também, entendemos que “o caminho não deve ser o de limitar a intervenção do direito penal à revelação de segredos susceptíveis de afectar a consideração moral ou ética do morto. Do que se trata é de “dar expressão à ideia de que aqui o tempo- *tempus edax rerum*- expõe o segredo a um processo de erosão, afectando tanto a sua dignidade de tutela como a sua carência de tutela” (Andrade, 1999: 789). Para reforçar esta ideia o autor cita Lenckner que na sua síntese refere que “a necessidade de protecção do segredo *post mortem* vai-se atenuando à medida que se esbate a memória do falecido ou a pessoa começa a reaparecer como figura histórica”.

3.4- Limites ao Segredo/ Fragilidades – Carácter não absoluto: Quando deve ceder

O Homem é um ser social. Apenas em sentido abstracto se consegue concebe-lo de forma isolada. É em sociedade e nas desiguais relações entre o *eu* e os diversos *tu*, que o Homem se constrói e é dentro dessa teia de relações com os outros que ele deve ser encarado. A pessoa não pode alhear-se do seu sentido relacional e da sua dimensão comunitária. Para além da sua dimensão pessoal tem necessariamente uma dimensão social.

O segredo considerado como um bem social tem obrigatoriamente que atender a essas dimensões o que implica o estabelecimento, nem sempre fácil, de equilíbrios entre os interesses individuais e sociais.

Na verdade, os direitos fundamentais da pessoa humana, entre os quais se insere o direito à reserva da sua vida privada, têm que conviver com outros direitos e interesses relevantes para terceiros e para a própria sociedade.

Apesar da longa existência histórica e de toda a consagração de que, ainda, goza, o segredo médico adquire novos contornos que superam o paternalismo outrora dominante na relação médico-doente e impõe-se, como já referimos, compreender a necessidade do segredo à luz desta nova realidade social em que a prática médica como refere Maria Helena Diniz (2005:7) está “emoldurado pela socialização no atendimento”.

Como temos vindo a afirmar a protecção do segredo não é acautelada em razão de um interesse puramente particular ou mesmo de uma classe, mas sim, em razão de um interesse geral ou público (pela susceptibilidade de respeitar à totalidade dos cidadãos). Contudo, importa realçar, que esse interesse público não é absoluto e deve ceder, naturalmente, quando estiver em conflito com outros interesses públicos mais fortes.

Já nos tínhamos pronunciado sobre a questão da restrição dos direitos quando nos referimos ao regime jurídico dos direitos liberdade e garantias, constante do artigo 18.º da CRP e quando nos referimos, a propósito dos instrumentos internacionais, ao disposto na CEDH, mais concretamente, ao preceituado n.º 2 do seu artigo 8.º onde estão estipuladas as condições em que poderão ocorrer restrições. Na verdade, nenhum direito pode ser entendido com um alcance absoluto mesmo quando se trata de direitos fundamentais inerentes à própria dignidade da pessoa humana.

De acordo com o regime jurídico estipulado no artigo 18.º da CRP (regime jurídico dos Direitos Liberdades e Garantias), mesmo, não sendo um direito absoluto, só pode ser restringido por lei, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos - qualquer limitação deve respeitar os princípios da *necessidade, proporcionalidade e adequação*, contrapondo sempre a gravidade do facto humano penalmente ilícito e doloso com a intensidade ou gravidade da ingerência. A proposta da doutrina é a de que, sempre que um direito conflitue com outro direito ou bens constitucionalmente protegidos, esse conflito seja resolvido através da recíproca e proporcional limitação de ambos, em ordem a otimizar a solução (princípio da concordância prática) de modo a garantir uma relação de convivência equilibrada e harmónica em toda a medida possível.

Por seu lado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) dispõe no n.º 2 do seu artigo 8º que “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”¹¹⁴. Portanto quer isto dizer, que uma qualquer ingerência da autoridade está condicionada aos princípios da legalidade e da proporcionalidade englobando, por sua vez, este último os princípios da necessidade e adequação- a restrição tem que ser ditada por uma lei estadual, acessível à pessoa a quem é infligida a restrição e suficientemente precisa para ter consequências previsíveis; é necessário que a restrição imposta seja adequada à prossecução de um objectivo legítimo sendo, em caso afirmativo, necessário aferir se foi efectuado um justo equilíbrio entre os direitos da pessoa e da comunidade. Para que não restem quaisquer dúvidas o próprio preceito elenca, expressamente, quais os interesses protegidos em função dos quais as restrições podem ser ditadas. No caso do artigo 8º são a segurança pública, o bem-estar económico, do país, a prevenção de desordem ou crime, a protecção da saúde ou dos princípios e a protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

Como já foi referido a CEDH prevê diferentes categorias de direitos. Os “absolutos” que não comportam limites ou restrições, como o direito à vida, o direito a não ser submetido a tortura e a tratamentos desumanos e degradantes etc., os “limitados” na designação de Spencer & Spencer (2004: 13-14)¹¹⁵, que abrangem os direitos referidos nos artigos 5.º, 7.º, e 12.º e que podem ser limitados em situações de guerra e/ou emergência e os “qualificados” que se encontram elencados entre os artigos 8.º a 11.º da CEDH, e respeitam, respectivamente, ao direito ao respeito pela vida privada e familiar, à liberdade de consciência, pensamento e religião, ao direito à liberdade de expressão e à liberdade de associação e reunião. Para os direitos, ditos, qualificados a CEDH estabelece uma técnica específica e própria para estabelecimento

¹¹⁴ CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, adoptada em Roma, a 4 de Novembro 1950, aprovada, para ratificação, pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro.

¹¹⁵ *Apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) *op. cit.* pp.187-188

de restrições- a fórmula padrão que contém os respectivos limites expressos de cada direito - para solucionar os chamados conflitos de interesses.

Para além das situações de restrição e respectivas condições em que elas podem operar consagradas na constituição e nos instrumentos internacionais como seja a CEDH, existem dispersas por toda a ordem jurídica, várias disposições legais (de ordem deontológica; administrativa; laboral, processual penal e processual civil) que legitimam a revelação do segredo em abstracto (autorizam ou obrigam mesmo), reconhecendo as mais diversas causas escusatórias para o segredo profissional, como sejam, as *determinações da lei em contrário, o consentimento do portador do segredo, a prossecução de interesses legítimos (do portador do segredo, do profissional ou de terceiros), a cooperação com a justiça e com os serviços sanitários para a defesa da saúde pública etc.*

Olhando para o Código Penal e para os limites por ele imposto ao segredo médico cabe referir o seguinte:

Até ao Código Penal de 1982, o segredo médico encontrava-se consagrado pelo Decreto-lei nº 32 171, de 29 de Julho, de 1942, que estabelecia no seu artigo 7.º a justa causa como motivo de exclusão da ilicitude. Verificava-se justa causa quando a revelação fosse necessária para salvaguardar interesses manifestamente superiores, especialmente, quando a revelação fosse imposta por lei, quando houvesse suspeita de crime público e estivesse afastada a possibilidade de a pessoa assistida pudesse incorrer em responsabilidade penal. Foi com base nesse entendimento que o Parecer n.º 648/43, pronunciando-se a propósito da situação em que dois médicos se eximiam a depor em processo relativo a crime de aborto, por determinação da Ordem dos médicos que invocava segredo profissional, se pronunciou defendendo que a ordem deveria autorizar esses dois profissionais a prestarem aos investigadores do crime e à justiça as declarações ou depoimentos que se tronassem necessários ao apuramento da verdade.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Ordem dos Médicos, aprovado pelo Decreto-Lei nº 40 651, passou-se a contar com as suas disposições a respeito, em especial, com a disciplina estabelecida no seu artigo 91.º relativamente às causas escusatórias do segredo – as determinadas na lei em contrário; o consentimento do doente quando não prejudique terceiras pessoas com interesse e parte no segredo; que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, direito e interesses morais do médico e do doente.

Com o Código Penal de 1982, o artigo 7.º do Decreto-lei n.º 32 171 foi revogado e foi introduzida uma nova disciplina ao segredo profissional, passando o tipo incriminador (art. 184.º) a incluir o segredo médico e o artigo 185.º a definir as causas de exclusão da ilicitude. Com a revisão do código operada em 1995 o regime das causas de exclusão de ilicitude foi reajustado. Na opinião de Cunha Rodrigues (1999: 480) o quadro aplicável ao segredo médico tomou-se “ao mesmo tempo mais claro e mais flexível”. Rueff (2009: 517) entende por seu lado que o regime se tornou também menos óbvio em matéria de justificação e ilicitude.

Ao abrigo do actual regime, qualquer das causas gerais da ilicitude podem ser invocadas para justificar a quebra de sigilo. Costa Andrade (1999: 793) refere-se a esta questão da seguinte forma “descontando o *consentimento* - e posta entre parênteses a questão do estatuto doutrinal do acordo presumido (exclusão da tipicidade ou exclusão da ilicitude?) - pode justificar o facto qualquer das dirimentes gerais da ilicitude. Pelo seu relevo prático, devido sobretudo à maior frequência na praxis dos tribunais, há duas causas de justificação que ganham um peso particularmente privilegiado; as *autorizações legais* e o *direito de necessidade*. Para além disso, pode ainda questionar-se a aplicabilidade da dirimente específica de prossecução de interesses legítimos”.

3.4.1- O consentimento

O consentimento do portador do segredo (neste caso e para nós, o doente) é, como aliás se compreende, o principal fundamento para legitimar a revelação do segredo médico. É ao doente a quem respeitam os factos sob reserva e cuja privacidade se pretende proteger com o segredo, que deve caber, em última instância, a decisão sobre o que é segredo, quando deve ser revelado e, em que circunstâncias e a quem deve ser revelado. Digamos que é o portador do segredo que tem o domínio sobre o segredo e a sua disponibilidade. Por esta razão tanto as disposições de natureza deontológica como as de natureza penal, civil, laboral, administrativa etc. reconhecem-lhe, de entre as causas escusatórias de segredo, um lugar de relevo.

Tendo presente a letra do preceito 195.º do C.P. e a estrutura do bem jurídico tipicamente protegido parece que a opção perfilhada pelo legislador português é de que o acordo afasta o tipo- “Quem sem consentimento revelar segredo alheio”- O tipo

incriminador exige que a revelação seja sem o consentimento do portador do segredo, ou seja, havendo consentimento do titular nem sequer se preenche o tipo. Este é, porém, uma das questões que mais polémica tem levantado, sobretudo na doutrina germânica, organizando-se os autores em dois polos opostos. De um lado, os que entendem que o acordo do portador configura uma situação de exclusão de tipicidade (acordo-excludente-da tipicidade) e outros uma causa de exclusão de ilicitude (consubstanciando uma situação de consentimento justificante)¹¹⁶. Entre nós, tendo presente a própria letra do preceito e a natureza do bem jurídico típico: “um bem jurídico com a estrutura de uma liberdade que se realiza e actualiza na comunicação intersubjectiva e à vista da qual não faz sentido, falar de *lesão do bem jurídico* ou de *ofendido* quando a comunicação do segredo for livremente consentida” (Andrade, 2004: 202), parece-nos defensável que a opção do legislador se inclina para a hipótese de que o acordo afasta o preenchimento do tipo.

Para ser válido e eficaz o acordo deve, nos termos gerais, configurar uma manifestação de autonomia, o que implica que tenha que ser proferido com a representação correcta do seu alcance e sentido- conhecer aquilo que se consente, em relação a quem se consente etc.

Deixando a discussão da controvérsia (exclusão de tipicidade ou de ilicitude) para sede própria, importa, relativamente ao consentimento, tratar de uma outra questão não menos polémica – a de saber quem tem legitimidade para consentir no caso de revelação de segredo.

À semelhança da questão anterior também esta é motivo de clivagem entre os autores, sendo as dificuldades mais acentuadas quando se trata de segredo de terceiros.

Concordando com Costa Andrade (1999: 790) entendemos que no caso do transmissor do segredo ser o portador do segredo, não há qualquer dúvida de que por mais evidentes que sejam os interesses de terceiros é ao próprio “a ele e só a ele, com total liberdade, assiste legitimidade para decidir *se, como, quando, a quem, em que medida, sob que condições* etc. pode o segredo ser revelado, por mais evidentes e respeitáveis que sejam os interesses de terceiro”. O exemplo avançado pelo autor, da jovem grávida que pode consentir na revelação da sua gravidez, mesmo contra a

¹¹⁶ Há muitas vozes credenciadas que recusam a tese da tipicidade e defendem e sustentam a do consentimento justificante. Uma construção que assenta na ideia de que a revelação do segredo médico mesmo consentida representará sempre uma “relevante Interessenverlust (Lenckner).

vontade dos pais que pretendem manter esse facto em segredo para preservar a “honra da família” é bastante elucidativo.

O problema é mais complexo no caso dos segredos de terceiro. Aqui, decidir se o *acordo* deve ser dado por quem comunicou o segredo ou pelo terceiro portador do segredo, aquele a cuja privacidade pertencem os factos sob reserva é mais difícil, estando, obviamente, a resposta condicionada pela posição perfilhada relativamente aos bens jurídicos, objecto de tutela, no âmbito do segredo¹¹⁷. Costa Andrade dá-nos conta da divisão e conclui manifestando uma maior simpatia com a tese perfilhada pela maioria e que defende a legitimidade do acordo do terceiro (portador do segredo, aquele a cuja esfera de reserva ou privacidade pertence o segredo). Segundo o autor essa é aliás a solução mais consentânea com o direito português vigente, tendo, aqui, mais uma vez em conta a índole do bem jurídico protegido. Só não será assim quando o segredo também pertencer à pessoa que o confia, situação em que será necessário o acordo de ambos. A nossa posição é um pouco diferente e é aliás consentânea com a tese por nós perfilhada acerca dos bens jurídicos objecto de tutela. Nós não nos situamos em nenhuma das posições extremadas e tal como já fizemos referência defendemos a convivência de ambos os bens jurídicos- Reserva da vida privada do portador do segredo e relação de confiança que está na base do funcionamento de determinadas profissões e que constitui interesse geral da comunidade manter. Nesta ordem de ideias permitimo-nos discordar do autor. Em nosso entender estando em causa segredos de terceiros (que não pode ser confundido com interesses de terceiros) comunicados obviamente por informador que não o próprio titular do segredo, defendemos que, sem

¹¹⁷ Utilizando o exemplo dado supra a propósito da jovem grávida teríamos na situação de segredo de terceiro uma situação em que os pais confienciavam a gravidez da filha ao médico e impunha-se saber se a revelação desse facto deveria caber aos pais ou à jovem grávida. A resposta depende do entendimento que se tiver acerca dos bens jurídicos objecto de tutela. Para os defensores da tese minoritária entre os quais SAMSON e OSTENDORF (Andrade, 2004: 203), estando na base dessa confiança feita pelos pais ao médico uma relação de confiança que não pode ser traída, seria aos pais que caberia dar o consentimento para revelação. Para os defensores da tese do bem jurídico pessoal-individual essa autorização para revelar deverá caber ao portador do segredo. Nós, como já referimos, defendemos uma posição intermédia. Defendemos que no âmbito da tutela do segredo estão tutelados ambos os bens jurídicos – reserva da vida privada do portador do segredo e a relação de confiança necessariamente depositada no profissional pelos pais que lhe confienciaram o segredo (dignidade da pessoa humana). Neste sentido, permitimo-nos discordar da tese defendida por Manuel da Costa Andrade, por sinal perfilhada pela maioria da doutrina, e entendemos que estando obviamente em causa informações da esfera privada do portador do segredo o consentimento poderá ser dado tanto por ela (jovem grávida) como pelos pais que deram conhecimento do facto ao médico. Esta posição não pode, obviamente ser confundida com a situação supra retratada em que foi utilizado o mesmo exemplo, até porque nessa tratava-se de uma revelação feita pelo próprio portador do segredo e o que se pretendia aferir era a legitimidade dessa revelação quando interesses de terceiros pudessem eventualmente ser prejudicados.

prejuízo da legitimidade para consentir, igualmente, reconhecida ao próprio terceiro, uma vez que é a ele que se reportam os factos/ informações objecto de segredo, parecidos que o acordo/ consentimento daquele que confidenciou o segredo é imprescindível sob pena de ser traída a confiança que ele depositou no profissional a quem fez a confidência. Defendendo a convivência dos dois bens jurídicos- vida privada por um lado e inviolabilidade da pessoa humana ou protecção da sua dignidade através da confiança necessariamente depositada em certos profissionais- outra posição não seria de esperar. Defender que o acordo só deve pertencer ao portador do segredo ou vice-versa deixará por acautelar a privacidade num caso e a confiança no outro.

Esta problemática obriga-nos a ter que equacionar o disposto no artigo 88.º do CDOM, mais concretamente o disposto na alínea a) desse preceito. De acordo com o citado artigo epigrafado “Escusa do segredo médico”, excluem o dever de segredo médico: a) O consentimento do doente ou, em caso de impedimento, do seu representante legal, quando a revelação não prejudique terceiras pessoas com interesse na manutenção do segredo médico; b) O que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico ou do doente, não podendo em qualquer destes casos o médico revelar mais do que o necessário, nem o podendo fazer sem prévia autorização do Presidente da Ordem; c) O que revele um nascimento ou um óbito; d) As doenças de declaração obrigatória.

Como resulta do disposto na alínea a) do referido preceito, contrariamente à solução preconizada pelo legislador penal, a norma deontológica faz depender a validade do consentimento, como causa justificativa para escusa de segredo, do não prejuízo de terceiros com interesse na manutenção do segredo. Ora, tal como defende Vasconcelos Abreu (2005: 278), aqui outra solução não há do que a da norma deontológica ter que se harmonizar com o disposto na CRP, ou seja, só será possível acatar o disposto na norma deontológica quando estiverem em causa direitos fundamentais desses terceiros. Se não estiverem em causa interesses fundamentais de terceiros, obviamente o consentimento do portador de segredo bastará para legitimar a revelação.

Há ainda uma outra questão a não descurar. Estamos perante um direito de personalidade (direito à reserva sobre a vida privada) pelo que, atento ao regime preconizado para estes direitos, será necessário aferir da conformidade do conteúdo de qualquer cláusula permissiva de revelações (de informações médicas) com os princípios

da ordem pública, levando em caso de contrariedade com os mesmos princípios à sua nulidade (art. 81.º, n.º 1). Por outro lado, importa ter presente que qualquer eventual limitação é uma limitação voluntária ao exercício de um direito de personalidade pelo que a sua revogabilidade é admissível a qualquer altura (art. 81.º, n.º 2 do CC).

Importa ainda, a respeito do consentimento, relembrar o disposto no artigo 340.º do Código civil e os artigos 38.º e 39.º do Código Penal.

Efectivamente tal como referido no artigo 340.º do CC, o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito desde que este tenha consentido na lesão. Contudo, tal como resulta do preceituado no n.º 2 do mesmo artigo, o consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto se este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.

No mesmo sentido vai o artigo 38.º do CP, acrescentando, à ofensa à lei e aos bons costumes, a não referência a interesses jurídicos livremente disponíveis (a vida por exemplo não é disponível). O consentimento só é eficaz se for livre e esclarecido devendo corresponder à vontade séria do titular dos interesses juridicamente protegidos, podendo tal como já se referiu supra ser revogado até à execução do facto.

À semelhança do artigo 39.º do Código Penal também o n.º 3 do artigo 340.º do Código Civil consagram a possibilidade do consentimento ser presumido, estipulando este último preceito que se tem por consentida a lesão quando esta se der no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível, e aqui, o n.º 2 do artigo 39.º do CP dá-nos a sua ajuda ao esclarecer o que é que se deve entender por consentimento presumido- quando se puder supor, razoavelmente, que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado. Portanto, é preciso não confundir isto com as decisões que o médico entende serem boas para o doente.

A questão do acordo presumido, em termos de violação de segredo médico, tem especificidades que importa não descurar.

De facto, estando em causa dados tão sensíveis (dados de saúde) como, por exemplo, o facto de alguém ser portador de VIH impõe-se uma atitude particularmente cuidadosa e restritiva quanto ao acordo presumido. Como refere Costa Andrade (2004: 207) a revelação do segredo médico pode ser, nos termos gerais, legitimada por acordo presumido mas a sua invocação determina apenas a exclusão da ilicitude.

O autor dá-nos conta de que o tema do acordo presumido em relação ao segredo médico vem ganhando uma importância crescente tanto no plano doutrinal como

jurisprudencial, dada a maior necessidade de tutela dos dados pessoais e às implicações da doutrina da autodeterminação informacional levando a mudanças significativas na compreensão e no regime do acordo presumido no domínio do segredo médico. Nesta nova compreensão do acordo presumido o autor refere dois aspectos essenciais que sobressaem. Por um lado, a superação do critério da ponderação objectiva dos interesses (do titular do segredo) e a afirmação da vontade hipotética (daquele titular) como referente de legitimação material do acordo presumido. Por outro, sobreleva o carácter subsidiário do acordo presumido.

Como decerto se compreenderá, em situações como as dos doentes com VIH/SIDA estas questões assumem a maior pertinência. Defendemos pois, em consonância com as novas formas de compreensão do consentimento presumido, que sempre que o médico possa obter o consentimento expresso do doente não deva colocar sequer as hipóteses de um acordo presumido e nas situações em que não seja possível obtê-lo, como por exemplo na situação de morte do titular, deve a vontade hipotética do titular prevalecer sobre a ponderação objectiva dos interesses.

3.4.2- Revelação para prossecução de interesses legítimos: do portador do segredo; do agente e de terceiros

De acordo com a alínea b) do preceito deontológico que vínhamos analisando supra (artigo 88.º do CDOM) temos que, exclui o dever de segredo “quando for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico ou do doente”.

No que concerne à possibilidade de levantamento do segredo para defesa dos interesses do doente, Costa Andrade (1999: 800) relembra que se a imputação é da responsabilidade do portador do interesse, trata-se em rigor de uma caso de legítima defesa- Facto praticado como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos. Abreu (2005: 278), por seu lado, defende a utilidade da norma “atenta a pós-eficácia de que goza a obrigação do sigilo médico” para os casos em que as pessoas constantes do n.º 2 do artigo 71.º do CC pretendam reagir contra ofensas a bens de personalidade do já falecido ou até quando os familiares do doente queiram ter acesso aos ficheiros do doente com vista a responsabilizar o

médico. Não tendo deixado expresso o seu consentimento poderá ser razoável supor, tendo por base os princípios da boa-fé, que a vontade presumida do paciente seria concordar com a disponibilização aos seus familiares de informações médicas suas necessárias para uma eventual responsabilização do médico que não o assistiu com eficiência. Contudo, tendo presente as chamadas de atenção feitas supra, relativamente ao consentimento presumido em matéria de segredo médico impõe-se uma atitude particularmente cuidadosa, principalmente se estivermos perante dados que revelem a seropositividade de alguém.

Quando a revelação for para protecção de interesses próprios do agente (médico) será preciso distinguir que tipos de interesses estão em causa pois nem todos os interesses têm a mesma “dignidade de reconhecimento”.

Se, por um lado, é facilmente defensável que o médico possa revelar segredo que lhe foi confiado para evitar a sua condenação (v. g. em processos de responsabilidade médica) por outro, não será tão fácil defender que o médico possa sacrificar a privacidade do doente para cobrança de eventuais honorários. Costa Andrade, por exemplo, reconhece licitude à revelação necessária para evitar a perseguição e condenação penal do profissional obrigado a segredo, mas tem dúvidas acerca do melhor enquadramento técnico jurídico de uma pretensão de honorários. Admite a justificação destes últimos mas não como a concretização de um direito de necessidade, uma vez que os interesses patrimoniais muito dificilmente, senão mesmo nunca, poderão ser considerados sensivelmente superiores aos interesses da privacidade. Para este autor, a aceitar-se uma pretensão de honorários, só através de uma cláusula de prossecução de interesses legítimos. O autor chama ainda atenção para o facto de no regime actual (após a revisão de 1995) o direito português codificado não prever expressamente a prossecução de interesses legítimos no caso do crime de violação de segredo. Ela estava prevista na versão de 1982 (no artigo 185.º CP), contudo, com a revogação desse artigo, a menção expressa desapareceu. Para este autor esta alteração em nada faz prever que o legislador tivesse pretendido com isso restringir o âmbito da justificação alargando o campo do ilícito e do punível. Afirma aliás, que ao contrário, tudo permite supor que a vontade histórica do legislador tenha sido, pelo menos nesta parte, a de não alterar o quadro normativo em vigor desde 1982. O autor baseia-se ainda no facto de a dirimente da prossecução de interesses legítimos não se circunscrever, no sistema português, aos crimes contra a honra mas ser alargada a incriminações como a

do artigo 192.º, destinada à protecção da privacidade e a violação do segredo mais não é do que um caso particular de violação de privacidade.

Rueff (2009: 555-556), por seu lado, entende que dificilmente se poderá sustentar, no actual quadro legislativo, a admissibilidade da cláusula da prossecução de interesses legítimos. Contrariamente à posição defendida por Costa Andrade, a autora entende que não pode ser ignorada a atitude expressa tomada pelo legislador com a revisão de 1995- revogação do artigo 185.º. Relativamente ao argumento apresentado por Costa Andrade de que a dirimente da prossecução de interesses legítimos não se circunscreve aos crimes contra a honra a autora contra argumenta dizendo que, isso só assim não é, quando especialmente o legislador estatuir noutro sentido e é exactamente isso que o legislador faz no caso do delito do artigo 192.º (no seu n.º 2) e deixa de fazer no caso do delito da violação de segredo, revogando o artigo 185.º do CP na versão de 1982.

A propósito da aplicação da cláusula da prossecução de interesses legítimos Helena Moniz (2004: 232)¹¹⁸ refere, a propósito de privacidade e comunicação intrafamiliar de informação que, se tivesse que optar por uma causa de justificação autónoma idêntica a essa, teria que se deixar de exigir a situação de perigo bem como o requisito da salvaguarda de um interesse sensivelmente superior (como acontece com o direito de necessidade). A autora entende que a prossecução de interesses legítimos como causa de justificação é algo diferente do direito de necessidade, desde logo porque se pretende fazer intervir na afirmação de novos valores que vão emergindo de uma sociedade em constante mudança. Parece-nos sensato, como aconselha Helena Moniz (2004: 232-233) a propósito da revelação de informação genética aos familiares do seu paciente, sem o seu consentimento, que apesar da dificuldade em justificar o preenchimento do pressuposto “perigo actual” que o direito de necessidade exige é aconselhável ir tentando resolver as situações com recurso ao direito de necessidade. Esta posição parece-nos a mais sensata, uma vez que não é pacífica a defesa da aplicação aos crimes de violação de segredo a prossecução de interesses legítimos como causa de exclusão da ilicitude.

A autora propõe que para contornar as dificuldades relativamente ao preenchimento do requisito “perigo para o bem jurídico” exigido pelo artigo 34.º

¹¹⁸ MONIZ, Helena (2004), “Privacidade e Comunicação Intrafamiliar de Informação genética”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14- n.ºs 1 e 2 – Janeiro – Junho 2004, pp. 232- 233.

(direito de necessidade) e também para evitar que a decisão de divulgação fique apenas a cargo do médico, seja criado um dispositivo que consagre, expressamente, as situações limite que justifiquem a divulgação da informação indicando claramente os pressupostos de justificação. Propõe nessa conformidade um dispositivo nos seguintes termos: “Não é punível a revelação de segredo alheio efectuada por médico, quando segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina constituir o único meio apto, tendo em conta a fiabilidade dos testes, a gravidade da doença diagnosticada e a possibilidade de tratamentos preventivos ou curativos, para prevenir grave e irreversível lesão da saúde física ou psíquica de terceiro”.

Com a revisão do novo código deontológico a norma deontológica (art. 88.º do CDOM) acrescentou ao elenco outrora consagrado (art. 77º do anterior CDOM) mais duas alíneas, abarcando actualmente de entre as causas de exclusão do segredo também as doenças de declaração obrigatória (art. 88.º alínea d).

Com a devida ressalva já efectuada, a propósito da “não necessária quebra de segredo” operada pelas doenças de declaração obrigatória desde que seja devidamente acautelada a não identificação dos titulares dos dados, cabe referir que a comunicação/declaração obrigatória de doença pode constituir um exemplo de imposição de quebra de segredo independente da vontade do seu titular em prol da salvaguarda e da supremacia de outros interesses e valores sociais, designadamente a saúde comunitária (políticas e programas de saúde pública).

Em Portugal, a tabela de doenças de declaração obrigatória está ordenada de acordo com o código da 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, conforme a deliberação nº 131/97, de 27 de Julho, e constante da Portaria nº 1071/98, de 31 de Dezembro¹¹⁹. Considerando que a monitorização e a projecção a curto e médio prazo da infecção por VIH é fundamental para a sua prevenção e controlo, entendendo que esse objectivo só se tornava possível com o conhecimento do padrão epidemiológico do VIH em Portugal, o governo decidiu acrescentar ao elenco das doenças de declaração obrigatória a infecção por VIH/SIDA. A partir de Janeiro de 2005 a infecção por VIH/SIDA passou a ser uma doença de declaração obrigatória-aquando do diagnóstico em qualquer estágio da infecção por VIH de portador

¹¹⁹ Portaria nº 1071/98, de 31 de Dezembro, que determina a tabela das doenças de declaração obrigatória, publ. in Diário da República, I Série-B, nº 301, pp. 7381-7382.

assintomático (PA), complexo relacionado com a sida (CRSLGP) e sida, e sempre que se verifique mudança de estadiamento ou óbito. Porém, dado que a referida portaria não tratava devidamente a questão, não conferindo, designadamente à patologia VIH/SIDA a especificidade/ particularidade que a situação exige, foi entretanto revogada e substituída pela Portaria 258/ 2005, de 16 de Março¹²⁰. Esta nova portaria contrariamente à que foi revogada acautelou a não identificação dos titulares aprovando o modelo de folha de notificação relativa à vigilância epidemiológica da infecção por VIH (que se encontra anexo à portaria e dela parte integrante), que refira-se, é necessariamente distinto do emanado pelo Ministério da Saúde para a declaração obrigatória das restantes doenças transmissíveis (não permite a identificação do titular dos dados sensíveis), medida que, refira-se tem o nosso aplauso. No campo correspondente aos “dados de codificação”, patente na respectiva folha de notificação, apenas são inseridas as três primeiras consoantes correspondentes ao último apelido e as duas primeiras consoantes correspondentes ao primeiro nome próprio. Inserem-se os dados relativos ao sexo, data de nascimento, idade, naturalidade e nacionalidade, não havendo em nenhum outro local, possibilidade de identificar a pessoa infectada. Estas preocupações do legislador demonstram que, pelo menos, não foram descuradas de todo, os riscos que uma eventual identificação dos doentes pode acarretar quer para o próprio lesado, quer para a comunidade em geral no que se refere à política de controlo da pandemia.

Rueff discorda da introdução da infecção por VIH/SIDA na lista de doenças de declaração obrigatória por entender que, de facto, a infecção por VIH/SIDA é de natureza substancialmente diferente das restantes doenças constantes da referida lista-difere delas, por um lado, pelo modo de transmissão do vírus- felizmente o seu “contágio não se faz por via aérea como as doenças nosocomiais ou a tuberculose, a transmissão exige um comportamento do seu portador” e por outro, dadas as circunstâncias e tempo de manifestação, a SIDA é hoje encarada mais como uma doença crónica e a sua transmissão depende de um comportamento irresponsável do seu portador. Como refere a autora os objectivos apontados como pretendidos -definição dos casos SIDA para fins de vigilância epidemiológica- já eram prosseguidos e

¹²⁰ A Portaria nº 258/2005, de 16 de Março foi publ. in Diário da República, I Série – B, nº 53, pp. 2343-2345.

alcançados com a prática anterior – comunicação de dados à Comissão Nacional de Luta contra a Sida. A autora aponta, pois, como principal pecado da inclusão da infecção por VIH/SIDA na tabela de doenças de declaração obrigatória, o facto do VIH/SIDA não poder ser equiparado às doenças constantes dessa tabela, nomeadamente, a cólera, a tuberculose, a peste, a lepra etc.

Como refere Rueff (2009: 532) “a medida preventiva por excelência de não transmissão da infecção passa a um tempo pela responsabilização dos portadores do vírus, mas, a outro, igualmente pela sua informação, integração e acolhimento no sistema de saúde, o que pressupõe o cativar da confiança de eventuais portadores de VIH/SIDAS, nomeadamente pelo entendimento da individualidade da sua situação e justamente não equiparação com casos que pouco têm a ver com o seu, como acontece quando se inclui indiscriminadamente o VIH/SIDA numa lista de doenças de declaração obrigatória”. No entender desta autora, este controlo epidemiológico parecendo conferir alguma segurança ao sistema não tem por objectivo travar a epidemia mas tão só, espelha-la e isto pode ter efeitos adversos com consequências graves não só ao nível da saúde do lesado como no controlo epidemiológico ou a prevenção da doença.

Ainda a propósito dos argumentos invocados para fundamentar o desagrado manifestado, relativamente à inclusão do VIH/SIDA na lista de doenças de declaração obrigatória, a autora apresenta o facto de um dos argumentos invocados pelos defensores da inclusão – infracção pelo médico em caso de incumprimento da comunicação de doenças de declaração obrigatória que estava prevista no preceito da norma incriminadora do crime de propagação de doença contagiosa – ter deixado de fazer sentido, uma vez que essa situação deixou de existir com a revisão de 1995.¹²¹

Para além das causas de justificação em sede de direito penal, que como já dissemos, ao abrigo do actual regime, qualquer das causas gerais da ilicitude podem ser invocadas para justificar a quebra de sigilo (legítima defesa, direito de necessidade, consentimento do ofendido, conflito de deveres, cumprimento de um dever, exercício de um direito etc.) existem, dispersas por toda a ordem jurídica, várias disposições legais de ordem deontológica (como por exemplo as que referimos supra, constantes do artigo 88.º do CDOM, ou ainda as do artigo 53.º relativo ao dever de cooperação do médico

¹²¹ A parte do preceito sobre a infracção pelo médico a obrigação de participação de doença contagiosa desapareceu do código com a revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de Março. Este diploma deu uma nova redacção ao crime de propagação de doença contagiosa que passou a constar do artigo 283.º C.P.

com as autoridades policiais ou as instâncias policiais competentes, sempre que o médico chamado a tratar diminuídos ou incapazes verifique que estes têm sido vítimas de sevícias, maus tratos ou malévolas, ou os dos artigos 89.º e 113.º onde estão consagrados um conjunto de deveres de cooperação com os serviços sanitários para defesa da saúde pública) e ainda disposições de outra natureza, designadamente, administrativa, laboral, processual penal e processual civil que legitimam a revelação do segredo em abstracto.

Não sendo comportável referir-nos a todas as causas de exclusão deixando-as para sede própria, vamos, para além do que já dissemos supra, referir-nos apenas ao direito de necessidade, pela frequência com que é invocada nas situações de violação de segredo médico e à situação ilustrada pelo artigo 135.º do Código do Processo Penal, no âmbito do dever de cooperação com a justiça.

3.4.3- Cooperação com a justiça- situação ilustrada pelo artigo 135.º do CPP

Em prol de um dever de cooperação com a justiça, os profissionais podem ser chamados a prestar declarações em tribunal sobre factos abrangidos pelo segredo profissional. A questão que vulgarmente se coloca é a de saber se os valores da administração da justiça justificam por si só a quebra do segredo médico.

A resposta é-nos dada pelo Código de Processo Penal que, no seu art. 135^{o122} estabelece o regime da quebra do sigilo profissional, tendo em linha de conta um princípio de ponderação de interesses.

Nos termos do disposto no artigo 135.º do CPP, n.º1, “os ministros da religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que garantam segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ela abrangidos”. Da leitura deste preceito parece resultar que, pelo menos a estes profissionais a lei reconhece o direito ao silêncio, apesar de também se depreender que esse direito ao silêncio não é absoluto, estando consagrados, no n.º 2 do referido preceito que, havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, deve a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver

¹²² Este preceito foi objecto de alterações com a reforma do CPP operada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto.

suscitado, proceder às averiguações necessárias e se após essas averiguações concluir pela ilegitimidade da escusa, ordenar ou requerer ao tribunal que ordene a prestação do depoimento do profissional.

Conforme o determinado no n.º 3 do citado artigo, “o tribunal superior àquele em que o incidente tiver sido suscitado, ou no caso de o incidente ter sido suscitado perante o Supremo Tribunal de Justiça, o pleno das secções criminais, pode decidir da prestação de testemunho com *quebra de segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante*, nomeadamente, tendo em conta a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente ou a requerimento. Nos termos do n.º 4 a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionado com o segredo em causa, devendo, pois, no caso dos médicos, ser ouvida a ordem dos médicos na pessoa do seu bastonário. No mesmo sentido, vai o Código Deontológico da Ordem dos Médicos no seu artigo 91.º, n.º 2 que determina que “quando um médico alegue segredo profissional para não prestar esclarecimentos pedidos por entidade pública, pode solicitar à Ordem dos Médicos declaração que ateste a natureza inviolável do segredo em causa”. Por seu lado o Código Deontológico do Enfermeiro não se pronunciando sobre a escusa do segredo, determina contudo que a divulgação de informação confidencial acerca do indivíduo e família só deverá ocorrer nas situações previstas na lei, devendo o profissional para tal efeito, recorrer a aconselhamento deontológico e jurídico¹²³.

Referindo-se ao artigo 135.º do CPP, Costa Andrade (1999: 794) entende que a consagração deste regime, operada em 1987, permitiu superar uma “comprometedora aporia” da ordem jurídica portuguesa relativamente às relações entre o dever de segredo e o dever de cooperação com a justiça. Havia uma espécie de tabu sobre a intransmissibilidade do segredo, que se reflectia em decisões que teimavam em dar prevalência ao segredo em detrimento do dever de colaboração com a justiça. Imperava o raciocínio de que “onde há dever de segredo não há dever de colaboração” e sabe-se que não é necessariamente assim.

¹²³ Cf. alínea c), do art. 85º, do Código Deontológico do Enfermeiro.

Analisando o artigo 135.º do CPP e tendo presente o seu alcance normativo concordamos com Costa Andrade (1999: 795) quando refere que a lei processual penal parece só reconhecer o direito ao silêncio aos chamados “confidentes necessários”- ministros da religião, advogados, médicos, jornalistas e membros de instituições de crédito- e às demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo profissional, o que não esgota, certamente, o universo dos obrigados a segredo nos termos do 195.º do CP¹²⁴. Tal como resulta do preceituado no seu n.º 5, o único segredo salvaguardado em termos absolutos é o religioso.

Relativamente ao critério utilizado pelo legislador para impor a quebra do segredo, cabe-nos referir o seguinte: Em primeiro lugar, e analisando o critério em termos objectivos, pode-se dizer que a possibilidade referida no n.º1 do citado artigo “podem escusar-se a depor sobre os factos abrangidos pelo segredo” não se trata propriamente de conferir aos profissionais um direito de escolha no sentido de decidirem livremente se querem ou não depor independentemente da vontade do portador do segredo, mas sim, que o poderão fazer, nos casos em que ponderados os interesses em causa, designadamente a especial gravidade do crime, seja legítima a imposição da quebra do segredo. Não estará justificada por exemplo a ilicitude do comportamento do médico que com o estatuto de testemunha num crime de furto (crime de gravidade relativa) revele um segredo de um paciente.

Relativamente ao critério material – *o tribunal competente só pode impor a quebra do sigilo quando esta se mostrar justificada, segundo o princípio da prevalência do interesse preponderante* – Costa Andrade (1999: 795) entende que a fórmula utilizada tem quatro implicações normativas fundamentais:

a) A intenção de vincular o julgador a padrões objectivos e controláveis, não deixando a decisão apenas à sua livre apreciação;

b) O propósito de afastar qualquer uma de duas soluções extremadas: nem a tese do dever de segredo inabalável relativamente ao dever de colaboração da justiça penal nem a tese contrária que defenda que a prestação de testemunho perante um tribunal configura só por si, justificação bastante para a violação do segredo;

c) Ao apelar ao princípio da ponderação de interesses deixa claro, pelo menos neste contexto, que pretende afastar a prossecução de interesses legítimos. Terá que

¹²⁴ A opção do legislador português não é uma originalidade, aliás esse desfasamento é bem mais evidente em sistemas jurídicos como o alemão.

haver uma ponderação dos interesses em jogo, a realização da justiça penal por si só, e sem mais, não figura um interesse legítimo bastante para justificar o sacrifício do segredo.

d) Com o regime do artigo 135.º o legislador “ reconheceu à dimensão repressiva da justiça penal idoneidade para ser levada à balança da ponderação como o segredo. A lei admite a possibilidade de violação de segredo quando estiverem em causa nomeadamente, a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de protecção de bens jurídicos. Está afastada qualquer generalização deste princípio.

Respondendo à questão colocada no início podemos dizer que os valores da administração da justiça não justificam por si só a quebra do segredo médico. Terá que haver uma ponderação dos interesses em jogo. O segredo só poderá ser sacrificado se ponderados os interesses o seu sacrifício for justificável face aos demais interesses em jogo. O legislador não deixou a decisão do julgador ao seu arbítrio, tendo-lhe vinculado a padrões objectivos e controláveis. É claro o propósito do legislador de afastar posições extremadas.

3.4.4- Revelação em caso de direito de necessidade: A situação específica do VIH/SIDA.

O direito de necessidade é uma das causas gerais de exclusão da ilicitude. Tal como já referimos, ao abrigo do actual regime (revogação do artigo 185.º do CP na versão de 1982) qualquer das causas gerais da licitude pode ser invocada para justificar a quebra de sigilo. No caso do sigilo médico, em especial no caso dos doentes portadores de VIH/SIDA, o direito de necessidade é frequentemente invocado. Todavia, importa avaliar se, efectivamente, ele é passível de invocação em todos os casos em que tem sido utilizado ou seja, se, e quando, as especificidades desta patologia permitem o preenchimento dos pressupostos/requisitos que a lei exige para invocação do direito de necessidade.

Conforme o determinado no artigo 34.º do CP (sensivelmente nos mesmos termos temos no âmbito de direito civil o artigo 339.º do CC) é lícito um facto praticado como meio adequado para afastar *perigo actual* que ameace *interesses juridicamente protegidos* do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos: a)

não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo; b) haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; c) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

Mesmo uma análise superficial deste preceito, tendo em conta os requisitos exigidos para a invocação do direito de necessidade permitem adivinhar inúmeros problemas para o “encaixe” desta causa de exclusão da ilicitude numa situação de revelação de segredo médico, concretamente a revelação da seropositividade de um paciente, desde logo, a dificuldade na verificação do requisito “perigo actual”.

Como se pode ver pelo texto da norma o primeiro pressuposto para poder invocar o direito de necessidade no caso da violação de segredo é que a revelação seja feita para afastar um perigo actual. Será que se pode considerar “actual” mesmo quando ele não é iminente (comparativamente à iminência exigida na situação de legítima defesa). Será pacífico aceitar que a possibilidade de contágio¹²⁵ do parceiro sexual-cônjuge, companheiro em união de facto ou parceiro que se conheça - é um perigo actual? Será que se pode fundamentar que existe um perigo efectivo na situação de perigo de transmissão dos profissionais que lhe prestam cuidados? Tentaremos ao longo dos desenvolvimentos subsequentes dar resposta a estas e outras questões.

Figueiredo Dias (2007: 443), a propósito do perigo actual, refere que o bem jurídico tem que estar objectivamente em perigo, mas esclarece que apesar de não haver razão bastante para que se afastem, completamente, o princípio da actualidade como o exigido na legítima defesa, deve-se aqui, contudo, admitir um certo alargamento, aceitando para esse efeito que “o perigo é actual mesmo quando ele ainda não é eminente, mas o protelamento do facto salvador representaria uma potenciação do perigo; e também no caso dos chamados perigos duradouros”.

Quanto aos interesses juridicamente protegidos o autor chama a atenção para o facto de ser propositado a referência que o legislador faz aos “interesses juridicamente protegidos” e não aos “bens jurídicos” que a tantos outros propósitos utilizou. Para o autor com isto o legislador pretendeu chamar a atenção para a “essencialidade para a correcta solução dos casos: o de que a ponderação de grandezas conflituantes” que

¹²⁵ No caso da infecção por VIH/SIDA em lugar de contágio é, efectivamente, mais correcto falar-se em transmissão, na medida em que, contrariamente ao que acontece com as chamadas doenças contagiosas propriamente ditas, nos casos de infecção por VIH/SIDA a transmissão pressupõe um comportamento do portador.

constituem a essência desta causa de justificação. Como o autor refere “não se reduz a uma comparação ‘seca’ de bens jurídicos mas sim a bens jurídicos projectados em contexto global”. Portanto será preciso ter em conta na ponderação de interesses várias aspectos, nomeadamente, o grau de perigo ameaçador, a intensidade da lesão esperada, a autonomia pessoal do lesado, a maior ou menor adequação do meio utilizado para afastar o perigo, etc.

No caso do segredo médico e tendo presente a posição por nós perfilhada de que que estão tutelados dois bens jurídicos em simultâneo- a privacidade (valor pessoal-individual) e confiança na discrição e reserva de certos profissionais (valor supra-individual) terão que ser levados à balança da ponderação ambos os bens e interesses com ele relacionados e é nesse aspecto, quanto a nós, que surgem as maiores dificuldades.

Em regra, perante uma eventual situação de perigo de transmissão- propagação de doença contagiosa- costumam-se colocar na balança os bens mais à vista, os mais imediatos- o sacrifício do segredo versus a vida e /ou a integridade física da pessoa sobre quem impende o perigo-, descurando-se muitas vezes não só a quantidade de vidas e de integridades físicas que podem ser colocados em causa perante uma eventual perda de confiança no sistema médico por parte não só dos portadores da doença mas de toda a comunidade, levando-os a afastarem-se do sistema com todos os efeitos perversos daí resultantes não só para a saúde do próprio lesado, como para a toda a comunidade em geral. O próprio Costa Andrade que só reconhece o interesse supra individual/ institucional como reflexa do interesse pessoal-individual admite que para efeitos de aplicação do direito de necessidade (art. 34.º do CP) devem ser levados à balança da ponderação ambos os interesses que integram “o halo teleológico da infracção” (Andrade, 1999: 797).

Em relação ao modelo e aos princípios gerais não há hoje grandes controvérsias, o problema coloca-se mais relativamente aos casos a incluir ou não sob a égide desta causa de justificação, como é por exemplo o caso da cobrança de honorários a que já nos referimos a propósito dos interesses legítimos do agente (médico). Existem, na verdade, uma infinidade de situações em que todos concordam dever ser afastada a ilicitude dos comportamentos adoptados, porém a discussão levanta-se relativamente ao seu enquadramento técnico jurídico.

Hoje, é praticamente consensual na doutrina e na jurisprudência a licitude de uma revelação de segredo médico para afastar o *perigo de transmissão de doença grave* (transmissível) com vista a *salvaguardar a vida e a saúde* de terceiros quando o portador da doença não queira comunicar a verdade aos que correm o perigo de contágio, nomeadamente os parceiros sexuais. Todavia, tal como bem ilustra Rueff (2009: 558 a 566) a situação da infecção por VIH/SIDA tem especificidades próprias que dificultam e comprometem de forma séria o preenchimento cabal e pleno dos requisitos de algumas causas de justificação. Veja-se a título de ilustração o exemplo apresentado por Rueff (2009: 557- 569):

“A e B, casados, doentes do mesmo médico, decidem, em consultas separadas, fazer análises para rastreio do VIH; obtidos os resultados, verifica-se que A é portadora do vírus e B não, factos comunicados separadamente a ambos. Após tentativa do médico no sentido de convencer A transmitir os resultados ao cônjuge, esta declara que não só, não o fará, como continuará a ter relações sexuais desprotegidas com B, por receio de abandono devido a esse facto. Nesta situação o médico encontra-se, face a A, vinculado pelo dever de sigilo, já que, em razão da sua profissão tomou conhecimento de factos relativos a A, e caso o viole é susceptível de aplicação o artº 195º do C. Penal, relativo ao crime de violação de segredo. Face a B o médico encontra-se igualmente vinculado por relação contratual médica e entre o feixe de deveres que dela resulta está o de zelar pela saúde, integridade e vida deste – a partir da relação contratual estabelecida entre médico e doente e devido à assunção fáctica de uma posição de confiança criada entre os dois, o médico tem um dever de protecção de certos bens jurídicos tutelados (como a vida, a integridade) e é garante da não produção de certos resultados (cf. art.10.º,n.º2 do CP). A seropositividade de A ameaça a saúde, a integridade física e moral e a vida de B. Ora estando o médico na posse desta informação (perigo que B corre), tendo uma posição de garante sobre B (que se traduz no dever jurídico que o obriga a evitar a produção desses resultado) e estando em condições de impedir a concretização desse resultado deve evitá-lo, ou seja deve afastar o perigo que corre B”.

Agora pergunta-se:

Poder-se-á defender que o médico pode comunicar a seropositividade de A, na medida em que essa comunicação é capaz de servir de garantia à não propagação da

doença a B, não se criando, desse modo, perigo para a sua vida ou perigo grave para a sua integridade física?

Caso o faça poderá suportar-se que a sua actuação está justificada por um direito de necessidade? Ou encaixar-se-á melhor como causa de justificação o conflito de deveres?

Caso não actue (comunique a seropositividade de A) poderá defender-se a perpetração do crime de propagação de doença contagiosa, por omissão nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 283.º do CP?

Vejamos:

Quanto à 1ª pergunta a resposta é positiva até porque ela é colocada em termos de possibilidade- o médico pode comunicar a seropositividade como pode optar por não comunicar uma vez que também tem relativamente a A o dever de omitir as informações de que teve conhecimento em razão da sua profissão.

Optando pela comunicação a B, “dir-se-á, nesse caso, que a revelação do segredo de A feita pelo médico é lícita pois é o modo adequado a afastar um *perigo actual* (propagação da doença contagiosa criando perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física) que ameaça *interesses juridicamente protegidos* (direito à vida e à integridade física) em situação que *não foi voluntariamente criada pelo agente* (médico), que *o interesse a salvaguardar é sensivelmente superior ao interesse sacrificado* (vida e integridade física de A versus integridade moral e reserva da vida privada de B) e que *é razoável impor a A o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado*” (Rueff, 2009:564).

A alínea b) do artigo 34.º exige como requisito que o interesse a salvaguardar seja sensivelmente superior aos interesses a sacrificar. Em termos de interesses temos, tal como já referimos supra, os valores da vida, integridade moral, integridade física, reserva da vida privada (referidos pela autora- Rueff, 2009:564) devendo em nosso entender, ser acrescentado ao elenco também a inviolabilidade da pessoa humana ou protecção da sua dignidade através da confiança, necessariamente depositada em certos profissionais e que, como já se disse a comunidade em geral tem interesse em manter¹²⁶.

¹²⁶ Parece-nos aliás, que não obstante a autora não referir, expressamente, na exposição e explicitação do caso em apreço este interesse/bem jurídico, como integrante do elenco dos bens e interesses a ponderar, ela reconhece-o até porque, assim apontam as suas posições sobre o tema- Relembramos que a propósito dos bens jurídicos objecto de tutela no âmbito do segredo a autora defende que dois bens jurídicos em simultâneo encontram protecção: a reserva da vida privada por um lado, e a inviolabilidade da pessoa

A autora coloca também a possibilidade de, no elenco de interesses em causa, ser autonomizado o valor tempo de vida (que na opinião da autora e merecendo a nossa concordância é relevantíssimo em portadores de doença incurável). Parafraseando Fernanda Palma, Figueiredo Dias (2007: 456) refere, que na determinação/ ponderação da superioridade do interesse salvaguardado e o sacrificado “não se trata apenas ou nem tanto de hierarquizar bens ou interesses jurídicos mas de seleccionar ‘factores de ponderação’ que não são ‘estritamente de ordem (interesses do legislador) ‘ mas de ‘normal sensibilidade aos valores (cultural e socialmente determinada’”.

Em termos de valoração dos interesses em causa não há dúvidas sobre a supremacia do valor vida, aliás a esse respeito, a colocação sistemática do preceito que a ela se refere (artigo 24.º, n.º 1 da CRP) é deveras elucidativo sobre a “posição cimeira que ocupa na hierarquia axiológica da Constituição. A integridade pessoal por seu lado, só pode, aliás, ser aferida quando existir vida” (Rueff, 2009: 565). Portanto, mesmo acrescentando à balança da ponderação os interesses supra referidos, estando em causa a defesa da vida, seria pacífico, aceitar que a comunicação da seropositividade estaria justificada por direito de necessidade.¹²⁷

Relativamente à questão de saber se o conflito de deveres se encaixa melhor como causa de exclusão de ilicitude cabe referir o seguinte:

Efectivamente, de acordo com a situação relatada, o médico também se encontra, face a A, vinculado pelo dever de sigilo, já que, em razão da sua profissão tomou conhecimento de factos relativos a A. Tem, pois, face a este o dever de não revelar o segredo sobre a sua seropositividade (dever de omitir) e caso o viole é susceptível de aplicação o artº 195º do C. Penal, relativo ao crime de violação de segredo.

Ora, temos que o médico face a A tem um dever de omitir e face a B um dever de agir. Poderá esta situação consubstanciar um verdadeiro conflito de deveres? Figueiredo Dias (2007: 466) explica, que autêntico conflito de deveres, para efeitos do art. 36.º, n.º 1, do Código Penal, susceptível de conduzir à justificação, só existe quando

humana ou protecção da sua dignidade, através da confiança, necessariamente, depositada em certos profissionais, por outro.

¹²⁷ É claro que este entendimento não é tão linear se pensarmos nas inúmeras vidas que podem ser postas em causa com o eventual abandono do sistema pelos portadores da doença que, movidos pela revolta podem desencadear respostas agressivas e heteropunitivas, procurando muitas vezes o contágio como forma de arrastar outros consigo.

colidirem distintos deveres de acção. O autor explica que nas situações de conflito entre um dever de acção e um de omissão, como é o caso do nosso exemplo, não se pode dizer que haja um conflito de deveres. O que há na realidade é uma colisão de interesses, por isso deverá ser resolvida pelo artigo 34.º do CP ou pela teoria do estado de necessidade justificante. Contrariamente ao que acontece no conflito de bens, o agente no conflito de deveres não é livre de se imiscuir ou não no conflito. Mesmo perante deveres iguais ele deverá pelo menos cumprir um deles sob pena do seu comportamento ser ilícito. Portanto respondendo à pergunta formulada cabe referir que, efectivamente, estando no caso do exemplo perante um dever de agir e outro de omitir a melhor solução seria invocar o direito de necessidade para resolver a questão da exclusão da ilicitude, pois estávamos perante um conflito de interesses e não de deveres.

Relativamente à questão de saber se, no caso, do médico não comunicar a seropositividade de A, poderá defender-se a perpetração do crime de propagação de doença contagiosa, por omissão, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 283.º do CP, entendemos que, mesmo na hipótese de se aceitar uma resposta positiva ela só poderá ser feita mediante algumas reservas. Defender a perpetração, pelo médico, do crime de propagação de doença contagiosa, por omissão, nos termos do art. 283.º, n.º 1, alínea a), conjugado com o n.º 2, do art.º 10.º, ambos do Código Penal, como faz ANDARDE, só pode, em nosso entender ser feito com algumas reservas, desde logo, porque há de facto, dificuldades na concretização jurídica quer ao nível do estabelecimento do nexos de causalidade, quer ao nível do preenchimento da “componente volitiva e até cognitiva do dolo”. Como chama a atenção, e bem, Rueff, convém sublinhar que a punição por omissão só é configurável, neste caso, porque impende sobre o médico um dever de garante face a B- recai sobre ele um dever jurídico que pessoalmente o obriga a evitar esse resultado. Caso não actue no sentido de evitar o resultado- o médico omite uma acção adequada a evitar a propagação da doença, criando, desse modo, um perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de B.

Contudo, como referimos supra, mesmo nestes casos, em que está devidamente comprovada a existência de um dever de garante que obriga o médico a evitar o resultado, teremos ainda que nos defrontar com os obstáculos na concretização jurídica, principalmente ao nível do elemento objectivo- estabelecimento do nexos de causalidade entre a omissão e a transmissão efectiva do vírus. De facto, em infecções como o VIH/SIDA em que não obstante as evidências científicas apontarem como bastante

prováveis as possibilidades de transmissão em relações sexuais não protegidas a transmissão não só, pode não ocorrer, como dificilmente, senão mesmo nunca, se saberá de que forma aconteceu, quem propagou, e em que momento ocorreu. Assim, mesmo que o cônjuge (também ele paciente do médico) venha a ser contaminado pelo vírus da SIDA será difícil provar o nexo entre a conduta do médico e a ocorrência da contaminação. Como já se referiu poderá não ser possível apurar se a transmissão foi feita pelo seu parceiro; se a transmissão só ocorreu porque o médico não agiu (omitiu) quando poderia e deveria ter agido. A acrescer a estas dificuldades temos ainda a questão do elemento subjectivo, mais concretamente o preenchimento da componente volitiva e até cognitiva do dolo.

RUEFF (2009: 582-588) por seu lado, defende uma posição ainda mais extremada. Para além das dificuldades supra apontadas, associadas aos elementos do tipo, Rueff defende que a não perpetração do crime de propagação de doença contagiosa, por omissão, pelo médico coloca-se, antes da própria análise dos elementos do tipo. Para ela, face ao nosso ordenamento jurídico a própria justeza da solução merece-lhe dúvidas, na medida em que entende que tratando-se de uma situação de omissão e não de acção seria necessário que o desvalor da omissão correspondesse no essencial ao desvalor da acção, o que neste caso não acontece. Efectivamente, a acção prevista pelo legislador no crime tipificado no artigo 283.º do CP não é de forma alguma equiparável à omissão do médico no caso em apreço. É preciso não esquecer que neste caso o médico tem a sua “não acção” suportada e justificada por um outro dever – o dever de segredo. Portanto, se por um lado, é facilmente defensável que o médico **poderia ter agido** evitando dessa forma a contaminação de B, por outro não se pode defender que isso consubstancie um **dever** de actuação. Esta situação é ainda mais incongruente quando se pensa que esta possibilidade só se coloca porque o médico é médico de ambos os cônjuges. Se o médico não fosse também médico de B a situação nem sequer se poria na medida em que não impenderia sobre ele nenhuma posição de garante- nenhum dever que pessoalmente o obrigasse a actuar para evitar o resultado- não tendo posição de garante não se poderá sequer por a hipótese da perpetuação do crime na forma omissiva. Ora, este facto deixa claro a pouca justeza da situação, podendo levar, inclusive, a que os médicos passem a evitar ser médicos de casais, situação que, obviamente, se revelaria algo ridícula.

Manuel da Costa Andrade (1999: 797 e 798), essencialmente, na esteira da doutrina germânica, defende que, mesmo nessas situações, deve ser aplicada o artº 34º do C. Penal, relativo ao Direito de necessidade. Porém, o próprio autor acaba por reconhecer que os riscos e custos que a notícia pode acarretar em termos de estigma, distanciação social, discriminação etc. são dificilmente sustentáveis. Estes reparos parecem incongruentes face às conclusões do autor que apesar de tudo acaba por concluir que a vida e a saúde de terceiros não pode todavia deixar de ser protegida.

Estamos perante um campo minado de obstáculos e obviamente que, tendo do outro lado da balança a protecção da vida, a afirmação do protecção do segredo vê-se a braços com uma tarefa árdua, desde logo, porque se situam em patamares distintos, tornando os termos da batalha à partida já desequilibrados. À semelhança de (Rueff, 2009: 571) subscrevemos os argumentos avançados por Teresa Pizarro Beleza que passamos a citar:

“Há certamente um conflito de difícil resolução entre o dever de segredo e o dever de salvar a vida, do ponto de vista médico. Mas nem um nem outro são ilimitados: haverá que tentar uma concordância prática entre deveres inevitavelmente conflitantes, recorrendo, em última análise, à Constituição da República e, obviamente, à consciência ética e profissional do médico. Não estará só em causa, em todo o caso, “apenas” o dever de segredo. Também o risco de efeitos perversos de uma tomada de posição com intuíto preventivos tem de ser ponderado. Se os doentes receiam a sua identificação pública ou ainda que restrita por parte dos médicos, a probabilidade é que evitem os contactos formais com o sistema de saúde - com as consequências trágicas que daí certamente advirão, não só para eles próprios, mas também para qualquer política oficial de (tentativa de) controlo da sida.”

3.4.5 - Compatibilização do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada com o direito à informação e o direito a ser informado.

À semelhança do que acontece com o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar, que, tal como temos vindo a referir, merece, entre nós, consagração constitucional, pertencendo ao elenco dos direitos liberdades e garantias (artigo 26.º,

n.º1 da CRP), também o direito à liberdade de expressão e informação tem consagração constitucional (artigo n.º 37).

De acordo com o preceituado no n.º 1 do artigo 37.º da CRP “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”.

O artigo 268.º n.º 2 da Constituição da República consagra o direito dos cidadãos acederem aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à ... intimidade das pessoas. É evidente que não se trata de um “direito absoluto” aliás, até porque, é o próprio texto que deixa expressa a possibilidade de a lei poder estabelecer limitações ao direito de acesso aos arquivos e registos administrativos.

Olhando para a CEDH¹²⁸ também vemos que tanto a protecção da privacidade, como a protecção da liberdade de expressão, traduzida na liberdade de recebimento e transmissão de informação são bens objecto de tutela, respectivamente, pelos artigos 8.º e 10.º da CEDH, pelo que se levanta, desde logo, a questão da sua necessária compatibilização. Na verdade, como vimos referindo nenhum direito pode ser entendido como absoluto.

Entre nós, a questão da restrição e compatibilização destes direitos passa, como já referimos, pelo preceituado no artigo 18.º da CRP, que consagra o regime jurídico dos direitos liberdades e garantias- a lei só pode restringir os direitos liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (art. 18.º n.º 2).

Teremos, pois, na compatibilização destes direitos que ponderar os interesses conflituantes, fazendo uma “avaliação comparativa dos interesses ligados à

¹²⁸ A propósito da aplicação de normas constantes de convenções internacionais e sua aplicação não se pode esquecer o disposto no artigo 8.º n.º 2, que impõe a observância das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas, após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português ou o artigo 16.º que para além de admitir na ordem, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional (n.º 1) obriga também a interpretar e integrar aqueles direitos de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (n.º 2).

confidencialidade e à divulgação”¹²⁹. “Só através de uma casuística ponderação, com vista a uma possível harmonização dos referidos direitos em causa, nomeadamente através do critério metódico do melhor equilíbrio possível entre direitos colidentes, poderá ser solucionada a questão”¹³⁰.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem entendido que o respeito pela vida privada (art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) “é um dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária, que comporta o direito das pessoas manterem secreto o estado de saúde e, por outro lado, que podem ser impostas restrições aos direitos fundamentais por ela protegidos desde que correspondam a objectivos de interesse geral e não constituam, relativamente ao fim prosseguido, uma intervenção desproporcionada e intolerável que atente contra a própria essência do direito protegido”¹³¹.

Na sua obra *Aids & Human Rights- A UK Perspective*, Paul Sieghart (1989: 11-15)¹³², referindo-se aos problemas de conflitos de interesses, diz que grande parte dos problemas no campo dos direitos humanos é precisamente quando se depara com situações de conflitos entre pretensões de um ser humano individual que quer prosseguir determinados interesses próprios e pretensões de outros membros da sociedade em restringir-lhe essa prossecução. Para Sieghart a resolução desses conflitos é, aliás, uma das principais funções do código internacional do Direito dos direitos humanos. Como já referimos oportunamente, a CEDH resolve essas situações de conflitos com recurso a uma fórmula padrão.

De acordo com o preceituado no artigo 8.º da CEDH, uma qualquer ingerência da autoridade está condicionada aos princípios da legalidade e da proporcionalidade englobando, por sua vez, este último os princípios da necessidade e adequação. Qualquer ingerência deverá balizar-se por três requisitos- A restrição tem que ser ditada por uma lei estadual, acessível à pessoa a quem é infligida a restrição e suficientemente precisa para ter consequências previsíveis; é necessário que a restrição imposta seja

¹²⁹ Neste sentido vejam-se os pareceres da PGR n.º 68/96; n.º 111/83; n.º 49/91, in *Pareceres da PGR*, Vol. VII, pág. 40, Vol. VI, pág. 306 e 317, respectivamente.

¹³⁰ Bases de Dados do Ministério da Justiça, Acórdãos do STA - proc. n.º 42448 in <http://www.dgsi.pt/jsta>, citado pelo Ac. TC de 4/5/99.

¹³¹ Acórdão de 5/10/94 cit. in *Pareceres da PRG*, Vol. VII, p. 40.

¹³² *Apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) op. cit. p. 188

adequada à prossecução de um objectivo legítimo sendo, em caso afirmativo, necessário aferir se foi efectuado um justo equilíbrio entre os direitos da pessoa e da comunidade. Para que não restem quaisquer dúvidas o próprio preceito elenca, expressamente, quais os interesses protegidos em função dos quais as restrições podem ser ditadas. No caso do artigo 8º são a segurança pública, o bem-estar económico, do país, a prevenção de desordem ou crime, a protecção da saúde ou dos princípios e a protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

Como explica Rueff (2009: 190) para dar cumprimento ao preceituado no citado artigo da CEDH será necessário avaliar, se o interesse que ditou a restrição corresponde a uma necessidade de pressão social; se, de facto, a interferência em causa se justifica e é proporcional aos interesses em jogo e, se as razões apresentadas pelas autoridades estaduais são suficientes e cabais.

Entre nós, como já referimos a proposta da doutrina é a de que, sempre que um direito conflite com outro direito ou bens constitucionalmente protegidos, esse conflito seja resolvido através da recíproca e proporcional limitação de ambos, em ordem a otimizar a solução (princípio da concordância prática) de modo a garantir uma relação de convivência equilibrada e harmónica em toda a medida possível.

É frequente vermos profissionais de saúde reclamarem e defenderem que têm legitimidade para exigir o direito a serem informados sobre a patologia dos doentes por eles a tratar/ cuidar, com o argumento de protecção da sua vida e segurança. Siegart, referindo-se à possibilidade de se poder entender, que os trabalhadores da área da saúde, por manterem contactos mais próximos com os doentes infectados, e encontrarem-se, por isso, mais expostos, deveriam ter acesso à informação de saúde/doença do paciente por forma a possibilitar-lhes a adopção de medidas mais proteccionistas da sua saúde e segurança defendeu que, a essa maior exposição também está contraposta uma melhor colocação em termos de protecção, uma vez que detêm mais informação sobre procedimentos higiénicos e de segurança relativamente aos agentes causadores de infecção que rodeiam a sua vida profissional. O autor refere que qualquer interferência geral para suposto benefício deste grupo, nomeadamente o testar obrigatoriamente cada paciente que seja admitido no hospital sobre VIH seria muito desproporcionado ao objectivo prosseguido não estando por isso justificado¹³³.

¹³³ *Apud* RUEFF, Maria do Céu (2009) op. cit. p. 217.

A propósito de pessoas com legitimidade para saber/ aceder à “verdade do doente” Rueff (2004: 453) demonstra claramente a dificuldade que a questão encerra e o facto de na maior parte dos casos constituir uma falsa questão. A autora demonstra que a colocarem-se as coisas nesses termos (ter legitimidade para aceder à verdade do doente por manter com ele uma relação de proximidade) haveria um sem número de pessoas em relação de proximidade com o doente que, em tese geral, teriam legitimidade para conhecer a “verdade do doente”, como sejam o cônjuge, o parceiro em união de facto, todas as pessoas com as quais o doente mantenha relações sexuais, os filhos, em fim, um número incontável de pessoas levando à perda do segredo, que tal como já referimos, uma das suas características básicas é ser conhecido por um número restrito/ controlável de pessoas.

É caso para se perguntar, como Rueff (2004: 453) fez, “se há um direito à verdade quando do seu exercício dependa a vida, a integridade, a segurança e a conservação da espécie e, se esse direito à verdade é um direito (difuso) da comunidade ou deve ser encabeçado casuisticamente pelo terceiro que possa estar em perigo na situação concreta”.

Fazendo uso dos argumentos de Teresa Pizarro Beleza com que concluímos o capítulo anterior defendemos que se “tente uma concordância prática entre deveres inevitavelmente conflitantes, recorrendo, em última análise, à Constituição da República e, obviamente, à consciência ética e profissional do médico”.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagrado no artigo 26º da CRP, contempla, tal como já referimos oportunamente, tanto o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar como também o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem, ou seja, contempla, por um lado, o direito que o titular da informação tem de excluir do conhecimento alheio aquilo que a ele diz respeito (direito a estar só) e por outro, o interesse em impedir ou controlar a tomada de conhecimento, a divulgação ou até mesmo a circulação de informação sobre si (direito de ser dono da informação que a ele diz respeito). Trata-se como evidencia Mota Pinto (2000 a: 164) do interesse na autodeterminação informativa, traduzindo-se esta no domínio exclusivo de cada um sobre a informação que lhe diz respeito (recolha, tratamento, divulgação ou utilização).

A proibição de informações relativas às pessoas e às famílias, consagrada no artigo 26.º da CRP, abrange não só as abusivas (não autorizadas) mas também as contrárias à dignidade humana- de facto, “certas informações relativas às pessoas e às famílias “podem despersonalizar, degradar, des-individualizar os seres humanos” (é o que acontece por exemplo com a divulgação de informações de um registo hospitalar revelando que uma pessoa é portador de uma doença humilhante como é o caso SIDA)” (Canotilho; Moreira, 2007: 472). Com a redacção do n.º2 do artigo 26.º o legislador pretendeu deixar claro não só a ligação da privacidade aos direitos humanos mas também à dignidade humana e à inviolabilidade da pessoa humana.

A propósito do direito do titular das informações ser dono das informações que lhe digam respeito parece-nos da maior relevância o disposto nos artigos 2.º e 10.º da Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina. Nesta convenção sobressai, claramente, a prevalência do interesse e bem-estar do ser humano sobre o interesse único da sociedade ou da ciência. De acordo com o preceituado no artigo 10.º da CDHB “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde (n.º 1); Qualquer pessoa tem direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde, devendo, todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada (n.º2); A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2 (n.º 3).

Temos pois, no n.º2 do artigo 10.º da CDHB consagrado não só, o direito do titular aceder à informação que lhe diga respeito (direito de ser informado) como o próprio direito a não saber. Está salvaguardada no n.º3 do citado artigo a possibilidade da lei, no interesse do paciente prever restrições a esses direitos.

O direito de ser informado assume uma importância vital, no âmbito do consentimento. Como é sabido e já foi referido, o consentimento para ser válido e eficaz tem que ser livre e esclarecido. A informação do paciente será fundamental para a formulação da vontade e respectivo consentimento, será determinante para que o paciente represente correctamente o alcance e sentido do seu consentimento.

Relativamente ao direito a não saber importa referir que a questão é objecto de alguma polémica. Se perante a suspeita de uma doença incurável não transmissível não é difícil reunir consenso relativamente à legitimidade do titular das informações poder escolher “não saber”, evitando o custo da morte antecipada, o mesmo já não se pode

dizer relativamente à sua invocação no caso de doenças transmissíveis em que não faltam vozes discordantes, que defendem que, não havendo cura para doença sobra apenas a arma da prevenção e se o paciente recusa conhecer, por exemplo, que é seropositivo os riscos para os terceiros serão muito maiores, na medida em que, desconhecendo o risco em que incorrem os seus parceiros sexuais face a sua situação de doença poderá descurar a adopção de comportamentos seguros e responsáveis para evitar a transmissão. No caso da transmissão vertical (mãe para filho) a questão é ainda mais pertinente.

Ainda a propósito do direito do titular dos dados aceder à informação que lhe diz respeito importa ter presente os artigos 10.º e 11.º, n.º5, da Lei da Protecção de Dados Pessoais- no seu artigo 10.º a LPDP consagra o direito do titular dos dados ser informado sobre os dados pessoais que lhe digam respeito, estipulando os moldes em que esse direito deve ser assegurado e no artigo 11.º n.º 5, encontra-se plasmado o direito de acesso aos dados pelo próprio titular, estipulando que o mesmo deve ser livre e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos (o relatório da auditoria efectuada pela CNPD aos 38 hospitais portugueses refere que na maior parte dos hospitais analisados não foram garantidos aos utentes, principalmente no caso do consentimento para tratamento de dados pessoais, condições para o exercício deste direito).

Relativamente à utilização informática de dados pessoais veja-se o disposto no artigo 35.º da CRP, relativo ao tratamento informático de dados referentes à vida privada. Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros (2005: 290) o direito que é consagrado no artigo 35.º da CRP é um direito de natureza negativa que permite que o indivíduo negue informação pessoal ou que se oponha à sua recolha e tratamento. Os mesmos autores entendem que este direito assume-se como um direito a uma acção positiva/prestação normativa por parte do Estado, vinculando-o a tomar medidas legislativas para a realização plena da autodeterminação da pessoa em face do uso da informática”.

Sem prejuízo de se proceder ao necessário exercício de ponderação dos interesses em causa, em ordem a otimizar a solução, garantindo, dentro do possível, uma relação de convivência equilibrada e harmónica, defendemos que o direito à intimidade da vida privada, concretizado no dever de respeito pelo segredo profissional

deve, em regra, prevalecer sobre o direito de informação (abrangendo o direito de informar, o direito de se informar e a ser informado).

4 - A NOVA REALIDADE DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE - O TRABALHO EM EQUIPA E O DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA DO DOENTE COM VIH/SIDA

4.1 – A sensibilidade dos dados de saúde

Com a desculpa do bem comum, do interesse social, ou para facilitar um determinado serviço com maiores garantias de eficácia, somos, constantemente, obrigados, ainda que de forma dissimulada, a fornecer a instituições públicas e/ou privadas informações de âmbito pessoal, sendo estas utilizadas de forma diversa escapando, não raras vezes, ao nosso controlo. As possibilidades da chamada “sociedade de informação”, no que concerne à utilização de dados pessoais, são de facto, hoje, infinitas, podendo o titular da informação perder o controlo da utilização e do fim dado aos mesmos.

No campo da saúde, estas preocupações colocam-se com uma tónica acrescida, na medida em que, como já se referiu, estamos perante dados pessoalíssimos- dados que são parte integrante da vida privada, mais concretamente, da esfera íntima do indivíduo- cuja divulgação não autorizada pode consubstanciar situações de violação de direitos fundamentais, colocando em causa a liberdade e autodeterminação informativa da pessoa, podendo inclusivamente, produzir situações de estigma e discriminação. É o que acontece no caso dos doentes com VIH/SIDA. Efectivamente, o conhecimento da doença abre a porta à indiscrição, despertando uma curiosidade particular sobre a esfera íntima do paciente, penetrando no seu último reduto: a vida que leva; os espaços e companhias que frequenta; condutas e modos de vida adoptados; opções existenciais assumidas, etc., suscitando juízos e censuras morais.

Não se pode ignorar que a descoberta da seropositividade para além das consequências médicas tem consequências sociais graves. Contrariamente ao que acontece com as chamadas doenças “causadas” (v. g., cancro), que despertam um sentimento de pena, compaixão e até solidariedade face aos doentes, as doenças ditas “escolhidas” (v. g., a Sida) despertam o medo, a censura, a repulsa, sendo o doente,

frequentemente, encarado como culpado pela sua doença- alguém que contribui de alguma forma para contrair a doença, alguém normalmente associado à perversão, a comportamentos de risco etc. Como refere Guillod (1997: 130)¹³⁴, a SIDA representa, para o imaginário colectivo, um cocktail especialmente explosivo tendo como ingredientes principais o sexo e a morte.

Em 1981, a nível mundial, foi criado o primeiro instrumento legal no âmbito da protecção de dados de carácter pessoal (Gomes, 2002)¹³⁵ - A convenção para a Protecção das Pessoas, Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal do Conselho da Europa também conhecida por Convenção n.º 108. De acordo com esta Convenção “*dado pessoal é qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação*”¹³⁶

Posteriormente, a nível regional, com o objectivo de uniformizar as legislações, sobre a matéria, em vigor nos diferentes Estados Membros, foi aprovada a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, que na mesma linha da Convenção n.º 108, definiu os dados pessoais “como qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”¹³⁷.

Entre nós, a situação ficou devidamente regulada com a publicação da Lei da Protecção de Dados Pessoais- Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro- que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/CE- estabelecendo, na linha dos preceitos anteriores, no seu artigo 3.º, alínea a) que “dados pessoais são qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável” esclarecendo ainda que “é considerado identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais

¹³⁴ GUILLOD, O (1997), “Lute contre le sida: quel rôle pour le droit penal ?”, *RPS/Schwz* 1997, p. 130, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa (2004), *op. cit.* p.33

¹³⁵ Cf. GOMES, Mário M. Varges (2002), “O Tratamento e a circulação de dados Pessoais”, in III Jornadas Nacionais de Administrativos da Saúde: Saúde XXI – Formar e Informar, Lisboa, 9 e 10 de Maio, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

¹³⁶ Cf. Artigo 2.º, alínea a) da Convenção n.º 108, disponível in <http://www.coe.int/>. A Convenção N° 108 do Conselho da Europa para a Protecção de Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de Janeiro de 1981, foi ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n° 21/93, de 9 de Julho, publ. in Diário da República - I Série-A, n° 159, p. 3776.

¹³⁷ Cf. Art. 2º, alínea a) da Directiva 95/46/CE.

elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica cultural ou social”.

Temos, pois, como “dados pessoais” *os dados referentes a uma pessoa concreta, singular correspondendo a informação inseparável e própria do titular desses dados que terá necessariamente de ser identificado ou identificável*. Quando os dados não permitem a identificação do titular não são considerados pessoais mas sim anónimos. É o caso de ficheiros que contenham dados dissociados aos quais não é possível relacionar uma pessoa em concreto (Castro, 20005: 71)¹³⁸.

A propósito da identificação, da capacidade de identificar ou de tornar identificável a pessoa, a Directiva nº 95/46/CE esclarece que “para determinar se uma pessoa é identificável, deve-se considerar o conjunto dos meios susceptíveis de serem razoavelmente utilizados, seja pelo responsável pelo tratamento, seja por qualquer outra pessoa, para identificar a referida pessoa”. Terá que haver ponderação e sensatez excluindo-se, à partida, meios extraordinários ou irrazoáveis que poderiam eventualmente, permitir esse procedimento.

Existe uma variedade de dados pessoais como sejam o nome, a morada, os números de identificação (nº de bilhete de identidade, nº fiscal de contribuinte, nº de segurança social, nº de cliente de estabelecimento comercial, etc.), o som de voz para permitir o acesso a uma conta bancária, impressões digitais, imagem biométrica do rosto, história clínica etc., e é facilmente compreensível que nem todos estão sujeitos ao mesmo grau de confidencialidade. Se, como tem vindo a ser referido, nem toda a informação de carácter pessoal se refere à esfera íntima, aceita-se que o grau de segredo a que estejam sujeitos seja diferente (Rodrigues 1993: 54).¹³⁹

¹³⁸ A esse propósito Catarina Sarmento e Castro refere-se aos dados estatísticos como informação incapaz de conduzir de volta ao titular, ou seja, “não permitem ‘voltar’ a saber a quem se referiam”. cf. CASTRO, Catarina Sarmento e (2005), *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra: Almedina, p. 71.

¹³⁹ RODRIGUEZ, Miguel Angel Davara (1993), *Derecho Informativo*, Pamplona: Editorial Aranzadi, pp. 546, a trad. é nossa. Este autor classifica os dados pessoais em categorias, de acordo com o maior ou menor grau de segredo que lhes esteja associado. Admite portanto que nem toda a informação de carácter pessoal, possa ser tratada como pertencente a uma esfera íntima, com o mesmo grau de defesa e capacidade de decisão acerca da sua difusão pelo seu titular. Reporta-se nesta perspectiva aos dados identificativos como dados de mais débil protecção, muito embora mantenham a característica de dados pessoais, pertencentes a um indivíduo, a quem cabe o poder de decisão e disposição acerca dos mesmos. Segundo o Autor, são considerados mais débeis na sua protecção face ao valor que a consciência social lhes atribui. Tendo presente o grau de confidencialidade a que os dados de carácter pessoal estão sujeitos ele classifica-os em *públicos* e *privados*. Os privados podem ser *íntimos* e *secretos* e estes últimos podem ainda ser subdivididos em *profundos* e *reservados*. Os dados pessoais assumem a qualidade de públicos

Reportando-nos aos dados de saúde, pois esses constituem objecto do nosso estudo, cabe referir que se tratam, como é óbvio, de dados de carácter pessoal, porém, referentes ao estado de saúde. A história clínica de um paciente está, normalmente, adstrita a um número de ficha ou de processo clínico, que facilmente se relaciona com o doente identificando-o. Trata-se, por isso, de um elemento identificativo e consequentemente, de um dado de carácter pessoal. Da mesma forma, os dados pessoais relativos à vida sexual de alguém podem assumir a característica de dados saúde, na medida em que podem ser reveladoras da vida sexual do seu titular.

Pese embora a Recomendação N° R (97) 5, do Comité de Ministros do Conselho da Europa dos Estados Membros, relativa à Protecção de Dados Médicos, não possuir carácter vinculativo, não deixam de ser importantes as suas disposições, em matéria de protecção de dados médicos, nomeadamente, a definição atribuída a “dados de saúde”- todos os dados de carácter pessoal relativos à saúde de uma pessoa, incluindo os dados em estreita e manifesta relação com a saúde bem como os dados genéticos. É importante salientar que a referida Recomendação não se reporta exclusivamente aos dados relativos a problemas de saúde, mas também, a dados de carácter pessoal que estejam eventualmente relacionados com a mesma. Existe, efectivamente, uma infinidade de

quando, de acordo com o valor que lhes atribui a consciência social, são conhecidos por qualquer um. Assumem a qualidade de privados quando o seu conhecimento por terceiros depende da vontade do titular ou em circunstâncias especiais traçadas pelas leis. Dentro dos privados, são íntimos aqueles que o titular deve proporcionar periódica e regularmente no cumprimento das suas obrigações cívicas, sendo secretos, aqueles que o mesmo não está obrigado a proporcionar, salvo as excepções traçadas e reguladas na lei. Por fim, os dados secretos, também denominados pela doutrina de dados “sensíveis”, “sensibilíssimos” ou de uma “sensibilidade especial”, podem ser considerados profundos e reservados. Os reservados correspondem àqueles dados que o titular não é obrigado a divulgar ou a dar a conhecer a terceiros se não for essa a sua vontade e não admite excepções, sendo este o carácter distintivo dos chamados “profundos”. No mesmo sentido, GARCIA MARQUES, José Augusto Sacadura (1999), “Telecomunicações e Protecção de Dados”, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação* – Actas do Colóquio Organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998 (coord. António Pinto Monteiro), Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação p. 98. Esta autora evidencia que entre os dados pessoais, há graus ou níveis diferentes de protecção, reconhecendo um nível mínimo aplicável aos dados públicos, que nem por isso, deixam de ser dados pessoais em sentido amplo e atribui o nível máximo ao “núcleo duro” dos dados “pessoalíssimos”. A respeito, MONIZ, Helena (1997), “Notas sobre a Protecção de Dados Pessoais Perante a Informática- (O Caso Especial dos Dados Pessoais Relativos à Saúde)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2.º - Abril-Junho, p. 240 faz a distinção entre dados pessoais e dados sensíveis, afirmando que “no âmbito do direito à reserva vida privada existe um núcleo do direito à reserva da intimidade da vida privada e será de acordo com esses dois âmbitos que classificaremos os dados como pessoais ou sensíveis- Pessoais quando apenas abrangerem o domínio da reserva da vida privada e dados sensíveis ou também chamados de pessoalíssimos os referentes ao domínio da intimidade da vida privada”. Referindo-se ao artigo 35.º da CRP, afirma que “ enquanto o artigo 35.º, n.º2constitui uma garantia do direito à reserva da vida privada (dados pessoais) o artigo 35.º, n.º 3 garante o direito à reserva da intimidade da vida privada (dados sensíveis ou pessoalíssimos).

dados pessoais (v.g., o peso, a altura, a idade) que não sendo dados de saúde podem ter uma influência significativa na etiologia e evolução de algumas patologias- vejam-se, por exemplo, a relação entre o peso e a insuficiência cardíaca ou a relevância que a idade pode ter no diagnóstico, prognóstico e tratamento de algumas patologias. Não são, propriamente, dados de saúde mas são dados identificativos de carácter pessoal que podem estar ligados à saúde.

Entre nós a Lei 12/2005, de 26 de Janeiro, relativa à Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde, dá-nos, no seu artigo 2.º, o conceito de “informação de saúde”¹⁴⁰. Estão abrangidos todos os dados de carácter pessoal que, directa ou indirectamente, indiquem a situação de saúde/doença do indivíduo, designadamente os antecedentes, o diagnóstico clínico, os procedimentos realizados (englobando este último, tanto os exames complementares de diagnóstico como os tratamentos) e a própria informação genética quando relacionada com a saúde da pessoa, sejam eles relativos ao presente ou ao futuro do indivíduo, mesmo quando a informação se refere a uma pessoa já falecida. A este respeito Carmen Carazo (2000: 112), chama a atenção para o facto de, até os dados administrativos, relativos a doentes, poderem dar indicações sobre o estado de saúde/doença do paciente, estando, pois, abrangidos neste conceito. Efectivamente, o simples envio de uma factura, à uma companhia seguradora, para pagamento de um específico cuidado de saúde prestado, dá indicações sobre a situação de saúde/doença do paciente, dando inclusive informação da patologia de que o doente padece.

Não há, portanto, quaisquer dúvidas de que, determinados dados de natureza pessoal carecem de protecção especial, na medida em que revestem uma sensibilidade particular. São pois, com toda a justiça, apelidados de “*dados sensíveis*” (Faria, 1997: 74)¹⁴¹.

¹⁴⁰ De acordo com o preceituado no citado artigo, a informação de saúde “abrange todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar”

¹⁴¹ Na opinião de Paula Lobato Faria “os dados de saúde, intrinsecamente ligados ao que de mais íntimo e individualizante existe num ser humano (corpo, personalidade, código genético, hábitos e preferências sexuais, deficiências, etc.), são, pelas suas características, os mais sensíveis dentro das várias categorias de dados sensíveis”, cf. FARIA, Paula Lobato de (1997), “Dados de Saúde Informatizados- O Impasse”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 15, n.º 3 de Julho-Setembro de 1997, Lisboa, p. 74.

Além dos dados relativos à saúde, fazem parte do elenco de dados sensíveis também os dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, à filiação partidária ou sindical, à fé religiosa, à vida privada e à origem racial ou étnica, bem como, os relativos à vida sexual e os dados genéticos.¹⁴²

O tratamento dos dados sensíveis é, regra geral, proibido, estando devidamente estipulado, nos vários instrumentos legais em que a matéria está regulada, as situações especiais em que poderão ocorrer excepções a essa proibição, e mediante determinadas condições (v. g., artigo 7.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais e artigo 35.º n.º 3 da CRP).

Se atendermos ao preceituado no 35.º da CRP, relativo à Utilização da informática, temos expressa a obrigação da lei definir o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente¹⁴³ (artigo 35.º, n.º2), a proibição do seu tratamento informático, salvo em

¹⁴² A proibição do tratamento dos dados sensíveis está plasmada em vários dispositivos legais, designadamente, na CRP (artigo 35.º n.º 3), a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (artigo 8.º n.º1), a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (artigo 7.º).

¹⁴³ A CNPD é uma entidade administrativa independente, com poderes de autoridade, que funciona junto da Assembleia da República desde 1994 (na anterior Lei da Protecção de Dados Pessoais (Lei nº10/91, de 29 de Abril), esta Comissão tinha a designação de Comissão Nacional de Protecção de Dados Pessoais Informatizados). Compete à CNPD, genericamente, controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de dados pessoais, em rigoroso respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas na Constituição e na lei”. Como o próprio nome indica é a autoridade Nacional de Controlo de Dados Pessoais e desempenha as suas competências em todo o território nacional. Pode, no entanto, ser solicitada a exercer os seus poderes por uma entidade de controlo de protecção de dados de outro Estado Membro da União Europeia ou do Conselho da Europa, nomeadamente na defesa e no exercício dos direitos de pessoas residentes no estrangeiro. Assim sendo, deverá ser consultada sobre quaisquer disposições legais e instrumentos jurídicos em preparação em instituições comunitárias ou internacionais, relativas ao tratamento de dados pessoais. As decisões da CNPD têm força obrigatória geral, sendo contudo passíveis de reclamação e de recurso para o Tribunal Central Administrativo. Como “entidade administrativa independente”, é constituída por sete membros cuja integridade e mérito são reconhecidos. O Presidente e dois vogais são eleitos pela Assembleia da República, segundo o método da média mais alta de Hondt. Dois vogais são magistrados com mais de dez anos de carreira, sendo um judicial, designado pelo Conselho Superior de Magistratura e outro do Ministério Público, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público. Os dois restantes são designados pelo Governo. O mandato dos membros do CNPD é de cinco anos, cessando com a posse dos novos membros, podendo contudo, terminar por vontade individual de cada um dos elementos (renúncia), morte, impossibilidade física permanente ou com uma duração que se preveja ultrapassar a data do término do mandato e perda do mesmo. Os membros da CNPD são inamovíveis, não podendo as suas funções terminar antes do fim do mandato exceptuando-se naturalmente, as situações já referidas. A anterior lei permitia a renovação dos mandatos, situação que face à nova lei (Lei nº 43/2004, de 18 de Agosto), deixou de ser possível mais do que uma vez. As atribuições e competências da CNPD foram substancialmente reforçadas com a nova Lei de Protecção de Dados Pessoais e encontram-se plasmadas nos artigos 22.º e 23.º. Pode-se dizer que os seus poderes são, essencialmente, de decisão regulamentar, investigação, pedagogia e esclarecimento ou ainda representação internacional.

determinadas situações- *consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei* com garantias de não discriminação ou para *processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis*¹⁴⁴. Tendo presente que a informatização dos dados pessoais contende, inquestionavelmente, com a intimidade da vida privada, exige-se que a informatização obedeça a um princípio de justificação social, no sentido que a criação e manutenção de ficheiros, bases de dados e bancos de dados, deve ter um objectivo geral e usos específicos socialmente aceites- a sua criação deve ser transparente, quanto à clareza dos registos, quanto às espécies ou categorias de dados recolhidos e tratados, quanto à existência ou não de fluxos de informação, quanto ao tempo de tratamento, e quanto à identificação do responsável do ficheiro, garantindo-se a segurança, e protecção que impõem a adopção de medidas tendentes a proteger e garantir os dados contra a perda, destruição e acesso de terceiros e de limitação, devendo ser cancelados, uma vez obtida as finalidades a que se propunham.” Todos estes requisitos permitem o controlo dos fins, impedindo-se, designadamente, que haja tratamento de dados relativos a finalidades não legítimas ou não especificadas (...)” (Canotilho / Moreira: 553). Requer-se, pois, a estrita obediência aos princípios da *necessidade*, da *adequação* e da *proporcionalidade* do tratamento automatizado, conexão e transmissão e utilização de dados pessoais.

Por seu lado, a Lei da Protecção de Dados Pessoais, no seu artigo 7.º reafirma, expressamente, a proibição do tratamento dos dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como, os relativos à vida sexual e os dados genéticos, preconizada pela CRP e pela Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, apelidando-os, tal como resulta da epígrafe do artigo, de “dados sensíveis”.

Da leitura do n.º 2 do citado artigo parece resultar, à primeira vista, contrariamente ao preconizado na CRP, que existem três fontes legitimadoras do tratamento de dados sensíveis- *disposição legal, autorização da CNPD* quando, por motivos de interesse público importante, esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o *titular dos dados tiver dado o seu consentimento expresso* para esses tratamentos. Ora, analisando o preceito constitucional, constata-se que o legislador constituinte não se pronunciou

¹⁴⁴ A não identificação dos dados retira-lhes a característica de dados pessoais. Portanto a última das situações referidas o legislador está a reportar-se a dados sensíveis que não sejam pessoais.

acerca do fundamento da autorização da CNPD. Parece-nos, pois, à semelhança de outros autores como Catarina Sarmento e Castro que, sob pena da norma estar ferida de inconstitucionalidade, a sua leitura deve fazer-se no sentido de que, a CNPD apenas poderá autorizar o tratamento dos dados sensíveis quando o titular dos dados der o seu consentimento. A intervenção da CNPD não pode ser interpretada no sentido de fonte legitimadora, mas sim como órgão controlador/fiscalizador do fundamento do consentimento a atribuir pelo titular dos dados, que de acordo com o estipulado (artigo 3.º alínea h) “deve corresponder a uma manifestação de vontade, livre e esclarecida, nos termos do qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objecto de tratamento”.

No n.º 3 do mesmo artigo estão elencadas outras condições em que, a verificarem-se também poderão constituir fundamento à excepção da proibição do tratamento. No n.º 4, a lei refere-se expressamente, às situações excepcionais em que o tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os genéticos, poderá ocorrer, impondo, em qualquer das situações referidas, a exigência/obrigação do tratamento ser efectuado por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional, sempre com a obrigatoriedade de notificação a CNPD, nos termos do artigo 27.º, e com a garantia de medidas adequadas de segurança da informação.

Da leitura atenta a este preceito parecem poder retirar-se várias conclusões: Desde logo, que as finalidades a prosseguir admitidas põe a tónica nos interesses do doente e não propriamente nos interesses da entidade que pretende proceder ao tratamento-são, efectivamente, a medicina preventiva, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos médicos, os principais requisitos para a licitude do tratamento dos dados referentes à saúde, à vida sexual e dados genéticos; por outro lado, que a investigação científica (mesmo a médica) não está incluída no leque dos requisitos para a licitude do tratamento de dados relativos à saúde, à vida sexual e dados genéticos, podendo fazer-se apenas, com recurso a informações anonimizadas¹⁴⁵ e que não obstante estar expressamente previsto, no n.º 2 do artigo 7º, a necessidade da autorização da CNPD parece, e tem sido esse o entendimento da CNPD¹⁴⁶ que nestes

¹⁴⁵ Quando houver necessidade de tratar dados de sujeitos identificáveis (dados nominativos de doentes) para estudos ou investigação científica deverá obter-se o consentimento expresso/escrito do titular dos dados manifestando uma vontade livre e esclarecida.

¹⁴⁶ Ver pareceres da CNPD disponível in <http://www.cnpd.pt>.

casos (expressamente previstos na lei- n.º 4 do artigo 7.º), não é preciso uma autorização, bastando a notificação a esse órgão.

Por último, parece-nos curioso salientar, que em todas as situações de excepção admitidas, o legislador faz alusão à necessidade de garantir as medidas de segurança adequadas, o que, a nosso ver, demonstram não só a *sensibilidade destes dados*, mas também, conseqüentemente, a sua importância na consolidação de um direito fundamental reconhecido como direito inerente à própria condição humana.

4.2- As Equipas multidisciplinares - Os diferentes grupos profissionais e a sua vinculação ao segredo.

Não pode deixar de ser considerada, na análise da nova realidade de prestação de cuidados de saúde- Trabalho em equipa-a heterogeneidade das equipas, principalmente, no que se refere à formação académica/profissional, ética e deontológica de cada grupo profissional, representando capacidades distintas de compreensão da amplitude do segredo profissional, enquanto meio de garantia de um direito fundamental- inviolabilidade da pessoa humana, da sua dignidade e da intimidade da sua vida privada.

Tal como foi referido, podem fazer parte das equipas multidisciplinares profissionais não médicos, mas ligados à actividade da prestação de cuidados, nomeadamente enfermeiros, psicólogos, nutricionistas, técnicos de diagnóstico e terapêutica e auxiliares de acção médica, bem como outros não ligados, directamente, à prestação de cuidados propriamente dita, como sejam os técnicos administrativos em geral, motoristas e outros.

Para os profissionais inseridos no 1º grupo, o contacto com a informação clínica do paciente é efectivo. Não obstem, pois, quaisquer dúvidas que se encontram abrangidos pela obrigação de segredo, desde logo, porque, por via do seu ofício, tomam conhecimento de factos cobertos pelo segredo - Verifica-se, relativamente a eles, uma extensão da relação de confiança estabelecida entre o doente e o médico a quem as informações são transmitidas.

Para além da vinculação ao segredo por esta via temos, ainda, para alguns (v. g., os enfermeiros, os nutricionistas ou os psicólogos) tal como acontece com os médicos uma vinculação ao segredo por via do respectivo estatuto¹⁴⁷.

Relativamente aos profissionais não envolvidos, directamente, na actividade de prestação de cuidados, como sejam os técnicos administrativos (v. g., secretárias de unidade) ou até os empregados de limpeza, a sua vinculação à obrigação de segredo depende essencialmente do facto de se entender que exercem ou não uma profissão que pressuponha a “tal relação de confiança”.

Para Manuel da Costa Andrade (1999: 786) essa relação de confiança existe para as secretárias mas não se pode entender que exista no caso da profissão de empregado de limpeza ou dos motoristas.¹⁴⁸

Todavia, cabe salientar que para além da vinculação ao segredo, operada por via da extensão da confiança e da natureza do próprio ofício, todo o pessoal hospitalar está abrangido pelo segredo profissional por via da Lei da Gestão Hospitalar¹⁴⁹.

Para regular os vários aspectos inerentes ao trabalho em equipa, nomeadamente, a relação entre os vários profissionais, a partilha da informação e demais aspectos com

¹⁴⁷ Como já foi referido, a vinculação da classe médica ao segredo profissional remonta há vários séculos, desde logo, pelo próprio Juramento de Hipócrates a que todos os médicos juram fidelidade quando iniciam a aprendizagem da arte. Em termos legais, a tutela do sigilo médico remonta a 1942, mais concretamente, com a publicação do Decreto-Lei n.º 32171, de 29 de Julho, que não só disciplinava o segredo médico como o exercício ilegal da profissão médica. Em termos estatutários foi com o D-Lei n.º 40 651, de 21 de Junho de 1956, que aprovou o EOM, entretanto revogado pelo D- Lei n.º 282/77, de 5 de Julho, que aprovou o novo estatuto, actualmente em vigor. No que se refere aos enfermeiros, aos nutricionistas e psicólogos a sua vinculação ao sigilo nos termos do referido estatuto é recente, tendo ocorrido, no caso dos enfermeiros pelo D-Lei n.º 104/98, que criou a Ordem dos Enfermeiros e o respectivo estatuto (artigo 85.º), para os psicólogos através do D-Lei n.º 57/2008, de 4 de Setembro (artigo 75.º alínea e) e para os nutricionistas através do D-Lei n.º 51/2010, de 14 de Dezembro (artigo 77.º alínea f). No que concerne aos auxiliares de acção médica e aos técnicos de diagnóstico e terapêutica cabe referir que os mesmos não estão organizados em ordens profissionais, não tendo, por isso, nenhuma vinculação estatutária.

¹⁴⁸ Posição semelhante tem Santiago. Para este autor sobre as empregadas de limpeza não impende obrigação de segredo profissional porque “os factos dos quais venham a tomar conhecimento devem considerar-se a coberto de uma relação pessoal diferente da de confiança”. Sobre as empregadas de limpeza ou outros profissionais cujas tarefas se assemelhem, no que diz respeito à relação com o doente impende um mero dever de discrição e não de segredo, cf. SANTIAGO, Rodrigo (1992), *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*, Coimbra, Almedina, pp.120 e ss.

¹⁴⁹ O Decreto-Lei n.º 19/88, de 21 de Janeiro (que aprovou a Lei da gestão hospitalar) estipula no seu n.º 2 do artigo 21.º, que se mantém em vigor o Estatuto Hospitalar (D-Lei n.º 48357/ de 27 de Abril) em tudo o que não se encontre regulado no referido diploma, caso da obrigação do segredo que se encontra previsto no artigo 57.º do referido estatuto. De acordo com o preceito no referido artigo “todo o pessoal hospitalar é obrigado a guardar segredo de ofício relativamente aos factos de que tenha conhecimento no exercício das suas funções, nos termos que vigorarem para o pessoal médico”.

ela relacionados, existem várias disposições espalhadas por diversos dispositivos legais. A propósito, vejam-se, algumas das disposições constantes do Regulamento 14/2009, de 13 de Janeiro, que, de entre os vários aspectos consagrados, refere no seu artigo 34.º, epígrafado “responsabilidade” que “1-o médico é responsável pelos seus actos e pelos praticados por profissionais sob a sua orientação, desde que estes não se afastem das suas instruções, nem excedam os limites da sua competência; 2- Nas equipas multidisciplinares a responsabilidade de cada médico deve ser apreciada individualmente”.

A propósito das equipas multidisciplinares também nos merecem realce as várias disposições do CDOM, designadamente, as constantes do Título V, capítulo II relativas à relação dos médicos com outros profissionais de saúde, realçando-se como princípio geral o respeito pela independência e dignidade dos outros profissionais (art. 145.º), o dever de cooperação (art. 146.º), as relações com outros profissionais de saúde (art. 147.º) e ainda o disposto no artigo 101.º, em que sobressai a importância dada ao interesse do doente e à necessidade de continuidade dos cuidados de saúde¹⁵⁰, pressupostos que, refira-se, deverão estar na base da partilha da informação.

São ainda de referir no âmbito do trabalho em equipa o disposto no artigo 93.º relativo aos médicos com responsabilidades directivas em que se estabelece que “os médicos com cargos de direcção em organismos prestadores de cuidados de saúde são responsáveis pela adequação às normas deontológicas dos serviços sob sua tutela, devendo nomeadamente: a) Estabelecer o controlo necessário para que não seja vulnerável a intimidade e a confidencialidade dos doentes, sob a sua responsabilidade; b) Tratar as informações a serem transmitidas aos meios de comunicação de um modo adequado e após obtenção do consentimento do doente ou do seu representante legal; c) Exigir dos seus colaboradores médicos e não-médicos, e ainda dos estudantes das diversas áreas de saúde, a preservação da intimidade e da confidencialidade das informações clínicas, sujeitas a segredo médico.

A respeito do trabalho em equipa o Código Deontológico dos Enfermeiros dispõe no seu artigo 80.º alínea c) que “sendo o enfermeiro responsável para com a comunidade na promoção da saúde e na resposta adequada às necessidades em cuidados

¹⁵⁰ De acordo com o preceituado no artigo 101.º do CDOM sempre que o interesse do doente o exija, o médico deve comunicar, sem demora, a qualquer outro médico assistente, os elementos do processo clínico necessários à continuidade dos cuidados.

de enfermagem, assume o dever de colaborar com outros profissionais em programas que respondam às necessidades da comunidade.”

No âmbito da partilha de segredo, O CDOM prevê um conjunto de disposições que disciplinam não só, a partilha do segredo entre os diferentes médicos que intervêm na prestação de cuidados de um doente como também o próprio segredo na posse das entidades colectivas de saúde.¹⁵¹

É bem patente e evidente nas várias disposições constantes nos textos jurídico-deontológicos que regulamentam o exercício da profissão médica, a importância conferida por este grupo profissional à valência segredo. Como vem sendo referido o segredo médico é fundamental tanto para o doente como para o próprio médico- sem segredo médico não há relação entre médico e doente- a necessidade de segredo prende-se não só, com o respeito pela reserva da verdade da pessoa, mas também com a concretização/ efectivação do próprio exercício da medicina como ciência. “O segredo é uma “condição necessária” da confiança dos doentes: é importante que todo o ser humano necessitado de socorro saiba que pode dirigir-se ao médico sem risco de ser traído”¹⁵². Em nossa opinião a consciencialização deste facto é transversal aos profissionais da classe.

Sem pretender formular quaisquer juízos de valor a respeito da conduta dos diferentes grupos profissionais no âmbito da prestação dos cuidados de *saúde*, entendemos, com base, não só, na consagração feita nos textos jurídico-deontológicos que regulam o exercício das respectivas profissões, como da experiência vivenciada durante a passagem pela realidade da prestação de cuidados de saúde, confirmada, aliás, pelos vários resultados do inquérito¹⁵³ realizado aos diferentes profissionais das mais diversas áreas da prestação de cuidados de saúde que, em termos de “cultura do segredo”, são efectivamente, os médicos o grupo profissional onde essa cultura está mais enraizada e valorizada (tanto pela sua já antiga ligação-juramento hipocrático-

¹⁵¹ De acordo com o disposto no artigo 87.º do CDOM “O médico é responsável por *vedar* às administrações das unidades de saúde, públicas ou privadas, bem como a quaisquer superiores hierárquicos não médicos, *o conhecimento de elementos clínicos que se integrem no âmbito do segredo médico*” e também compete aos médicos que trabalham em unidades de saúde “ *a guarda, o arquivo e a superintendência nos processos clínicos dos doentes*, organizados pelas unidades de saúde, competem sempre aos médicos referidos nos dois primeiros números, quando se encontrem nos competentes serviços ou, fora deste caso, ao médico ou médicos que exercem funções de direcção clínica.

¹⁵² Cf. o parecer da PGR de 12 de Março de 1992, in DR II.ª S. de 16/3/95, pág. 2937

¹⁵³ As conclusões das respostas ao inquérito estão no apêndice.

como pelo seu reconhecimento e consagração nos textos que regulam a sua profissão). Importa porém, por uma questão de justiça face aos demais profissionais envolvidos na prestação de cuidados de saúde, esclarecer que não obstante esta constatação não significa que, na prática se possa concluir que são, necessariamente, os detentores dos comportamentos mais inócuos em matéria de violação da intimidade da vida privada do doente. Os elementos de que dispomos não nos permitem estabelecer uma relação directa entre a maior ou menor cultura de segredo e as maiores ou menores práticas violadoras.

Não tendo, obviamente, qualquer valor científico, mas uma vez que encontram eco em algumas das situações relatadas pelo relatório da auditoria efectuada, ao tratamento de informação de saúde, em 38 hospitais portugueses, a autora refere alguma das práticas por si testemunhadas durante a sua passagem pela realidade da prestação de cuidados de saúde como técnica de análises clínicas (função que exerceu durante cerca de 12 anos em vários hospitais do país). Da parte dos médicos testemunhou, com alguma frequência, a inscrição do diagnóstico no pedido de análises efectuado. Da parte de enfermeiros, enquanto trabalhou em serviços de urgência presenciou várias práticas discriminatórias, principalmente no caso de doentes portadores de VIH/SIDA ou Hepatite em que estes profissionais para além de adoptarem comportamentos discriminatórios, nomeadamente, o uso de medidas exageradas de protecção (v.g. uso de máscaras) colocavam sinais identificativos visionáveis à distância (círculos vermelhos à volta do diagnóstico escarrapachados nas chapas identificativas que colocavam nas camas ou macas dos doentes internados em Serviço de Observação ou nos cuidados intermédios) para chamar a atenção dos colegas para a necessidade de reforçar as medidas de segurança. Estes sinais na maior parte dos casos eram perceptíveis tanto para os outros doentes como para eventuais olhares curiosos de alguns acompanhantes, Note-se, que o acesso a esses locais não é restrito aos prestadores de cuidados (é frequente encontrarem-se macas espalhadas pelos corredores) podendo desencadear situações gravíssimas de discriminação.

Questionando, à data, alguns destes profissionais, sobre a licitude desses comportamentos, uma grande parte entendia que se tratavam de práticas necessárias e justificáveis. No caso dos médicos, justificavam que a comunicação do diagnóstico era necessária, não só, para fornecer informações ao clínico laboratorial, pondo-o ao corrente da situação clínica do paciente por forma a estar precavido sobre eventuais

alterações nos resultados analíticos, evitando a desnecessária confirmação dos resultados eventualmente alterados, mas também para alertar os profissionais sobre a necessidade de reforço de regras de segurança para evitar eventuais contágios. Os enfermeiros, por sua vez, entendiam e, tendo presente os resultados dos inquéritos efectuados no âmbito do presente trabalho, continuam a entender, que estando em causa a sua segurança as condutas em causa eram de todo justificáveis.

Ora, se a primeira justificação apresentada pelos médicos pode merecer a nossa concordância, a segunda tal como a apresentada pelos dos enfermeiros é completamente descabida, na medida em que, as diferenças em termos de patologia não podem, de forma alguma, ser motivo de justificação para adopção ou não de regras de higiene e segurança, devendo estas, ser observadas em todas as situações.¹⁵⁴

Por outro lado, mesmo reconhecendo a necessidade de partilha de informações, com o clínico laboratorial, acerca da situação clínica do paciente, parece-nos que o método utilizado não é o mais adequado, uma vez que, sendo o pedido de análises feito em suporte de papel, a sua confidencialidade e restrição da informação, apenas àqueles profissionais que delas necessitam para o exercício das suas funções, deixa de estar acautelada. Do médico que efectua o pedido até chegar ao laboratório, a requisição de análises percorre vários caminhos e passa por vários intervenientes para quem a informação do diagnóstico não era necessária ao desempenho das suas funções, nomeadamente, administrativos, auxiliares de acção médica, e outros, incluindo o próprio técnico que efectua a colheita de sangue. A informação sobre o diagnóstico é, de facto, uma informação importante para o patologista clínico (médico de análises clínicas) uma vez que, estando ele na posse da informação do diagnóstico do paciente, determinados resultados analíticos não lhe causarão surpresa, evitando a necessidade da confirmação dos resultados (por exemplo, de um doente um diabético, esperar-se-á, em regra, valores elevados de glicemia).

Referindo-nos ainda aos comportamentos ilícitos referenciados importa acrescentar como argumentos para os contestar um outro factor que, de uma forma geral, todos parecem descurar - as informações em causa são informações pessoais, por

¹⁵⁴ O certo é que as ditas regras de higiene e segurança deveriam ser adoptadas de igual modo em todas as situações independentemente do diagnóstico, até porque se trata de uma falsa questão. Sendo a SIDA uma doença com um longo período de incubação assintomático, que tem inclusive um período chamado “período janela”, em que, ainda, nem sequer se consegue detectar o vírus no sangue, essas práticas revelam-se ineficazes até porque ficariam sempre por acautelar as situações não conhecidas nem identificáveis.

sinal, pessoalíssimos do paciente - devem, pois, em última análise, caber-lhe a ele/dono decidir se autoriza/ consente que sejam partilhados.

Apesar de, como referido, não ser possível face aos elementos disponíveis, estabelecer uma ligação directa entre a maior ou menor “cultura de segredo” e a adopção de práticas mais ou menos violadoras do segredo, parece-nos, que de entre as estratégias para reforçar os meios de garantia e tutela do direito à reserva da intimidade da vida privada, se deve ponderar/considerar a possibilidade de cultivar e aprofundar a “cultura de segredo” nos vários grupos profissionais que participam na prestação de cuidados de saúde.

4.3- A Informação nas Equipas Multidisciplinares – O Segredo Médico como Segredo Partilhado

A colectivização dos meios técnicos e a criação de sistemas nacionais de saúde levaram a uma nova realidade na prestação de cuidados - a necessidade de trabalhar em equipa- equipas médicas (integrando médicos de especialidades diferenciadas) e equipas multidisciplinares (integradas não só por médicos mas também, por outros profissionais, designadamente, enfermeiros, farmacêuticos, psicólogos, nutricionistas, técnicos de diagnóstico e terapêutica, auxiliares de acção médica, técnicos das mais diversas áreas administrativas etc.), que não têm, necessariamente de se encontrar no mesmo espaço temporal e físico.

As exigências de uma melhor qualidade técnica dos serviços a prestar e a própria continuidade da prestação de cuidados de saúde pressupõem uma *necessária partilha de informação* entre os profissionais das equipas envolvidos na prestação de cuidados de saúde. Desde logo, uma primeira consequência- o conceito tradicional de sigilo médico que assentava numa relação de «confidência» estabelecida directamente entre a figura do "médico assistente" e o “doente” *relativizou-se* assumindo-se, hoje, como um “segredo partilhado”¹⁵⁵. É importante que nesta nova modalidade de prestação de cuidados, não se esqueça que o doente é o titular das informações, por isso, a troca/ partilha dessas informações entre os vários profissionais envolvidos deve ser do

¹⁵⁵ Para mais desenvolvimentos ver o parecer da PGR nº 49/91 de 12/3/92, in DR IIª S. de 16/3/95, p. 2938.

conhecimento do doente, que poderá manifestar a sua vontade de não querer que determinados dados pessoais, não relevantes para eficácia do trabalho de equipa, sejam revelados.

Impõe-se, pois, mais do que nunca, acautelar uma série de postulados, como o respeito pela intimidade/privacidade da pessoa, à partida, fragilizada na sua própria condição de doente. A circulação de informação deverá, pois, obedecer a um princípio de «*confidência necessária*» sendo determinantes para definir o “âmbito do segredo” o interesse do doente, a natureza da informação e os reflexos, que a sua divulgação, podem trazer à sua privacidade. Sendo a partilha da informação feita no interesse do doente temos, à partida, pelo menos implícito, o seu consentimento.

Todavia, tratando-se de “dados pessoalíssimos”, como lhes chamou Helena Moniz, a partilha da informação clínica deve ser feita na estrita medida do necessário à prestação de cuidados de saúde, ou seja, as informações de saúde só deverão ser transmitidas quando se revelem necessárias à prestação de cuidados de saúde ao utente. Como refere Liliane Dussere (1996: 23)¹⁵⁶ a “circulação da informação entre médicos que participam nos cuidados de saúde de um doente é necessária e é feita no interesse do doente, e a jurisprudência reconheceu a noção de «segredo partilhado» entre o pessoal que presta cuidados e os médicos que tratam os doentes”.

A nosso ver, o problema das equipas multidisciplinares, relativamente à protecção do sigilo médico não é, propriamente, a partilha da informação com os restantes membros da equipa, até porque, como já foi referido, essa partilha é feita no interesse do doente e deve limitar-se ao estritamente necessário ao fim pretendido. O problema prende-se sim, com as possibilidades de fuga da informação para o exterior, que refira-se, ficam potenciadas, face ao aumento do número de pessoas com quem a informação é partilhada, situação agravada pelas diferenças em termos de “cultura do segredo”¹⁵⁷ dos diferentes grupos de profissionais que compõe as equipas.

¹⁵⁶ Liliane Dussere, Henry Ducrot e François-André Allaert (1996), *L'Information Médicale: L'ordinateur et la loi*, 1996, pág.23, apud Deliberação n.º 51/2001 da CNPD.

¹⁵⁷ De facto, não obstante, podem verificar-se, na prática, comportamentos desviantes, em regra, os profissionais para os quais a valência segredo tem uma importância vital no âmbito do exercício da própria actividade profissional, constituindo, inclusive, exigência de ordem deontológica, como é o caso dos médicos - vejam-se os artigos 89.º do EOM onde se refere que o segredo profissional constitui matéria de interesse moral e social; o 13.º do mesmo estatuto que consagra, de entre os deveres dos médicos, o dever de guardar segredo, abrangendo o segredo médico, de acordo com o preceituado no artigo 86.º do CDOM um âmbito que, para alguns autores até é mais alargado do que o segredo

De facto, é inegável que a satisfação de necessidades de cuidados de saúde resulta sempre, em maior ou menor grau, numa “invasão” da intimidade do doente. Perante as novas possibilidades de armazenamento, recuperação, tratamento e cruzamento de informações, bem como o aumento significativo do número de utilizadores dos serviços de saúde, a complexidade das patologias, a realidade do trabalho em equipa – com a necessária partilha de informação – levanta-se a questão de saber se, efectivamente os utilizadores dos serviços de saúde vêm, reconhecido na prática, o seu direito à reserva da intimidade da sua vida privada, ou se pelo contrário, esse se torna um direito volátil e facilmente ofendido, como sugere Miguel Torga, a propósito da sua própria experiência com a doença, onde descreve que “neste mundo desapiadado e devassado não há mais lugar para o sofrimento íntimo, recolhido, que os bichos ainda podem sentir na toca. Agora, já ninguém é dono de si e do seu pudor. Somos públicos e baldios. À hora menos pensada, por artes do primeiro bisbilhoteiro profissional que nos saia ao caminho, perdemos toda a densidade humana e ficamos espectrais e sem duração na leviana fugacidade de uma notícia” (Torga, 1995: 19)¹⁵⁸.

Nesta nova modalidade de prestação de cuidados de saúde, através de equipas multidisciplinares, em que estão envolvidos no circuito da informação, uma diversidade de profissionais, todas as cautelas são poucas. O acesso à informação deve ser controlado, de forma a garantir a confidencialidade dos dados e consequentemente a intimidade da vida privada do respectivo titular. A informação a partilhar deve restringir-se ao estritamente necessário ao exercício da função de cada profissional envolvido no circuito da comunicação e a partilha deve ser sempre no interesse do doente e com o seu consentimento.

Perfilhando a necessidade de partilha da informação o Código Deontológico da Ordem dos Médicos prevê no seu art. 101.º a necessidade do médico comunicar sem demora, a qualquer outro médico assistente, sempre que o interesse do doente exija, os elementos do processo clínico necessários à continuidade de cuidados. No art. 140º prevê a indispensabilidade do médico assistente, aquando do envio de um doente ao hospital, transmitir aos respectivos serviços médicos os elementos necessários à

profissional contemplado no nosso Código Penal- têm um “*modus operandi*” mais proteccionista do segredo. No caso dos médicos a protecção do segredo vem sendo acautelado há já vários séculos, sendo ainda hoje o *Juramento de Hipócrates* o texto que sela a entrada destes profissionais no respectivo campo de actividade.

¹⁵⁸ TORGA, Miguel (1995), *Diário XVI*, 2ª ed., Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 19

continuidade dos cuidados clínicos. Paralelamente dispõe a obrigatoriedade dos médicos responsáveis pelo doente, no decurso do seu internamento hospitalar, prestarem ao médico assistente todas as informações úteis acerca do respectivo caso clínico¹⁵⁹. Importa salientar que estes artigos do CDOM aludem apenas à transmissão da informação necessária e útil à continuação dos cuidados clínicos (o estritamente necessário ao fim pretendido).

O Código Deontológico dos Enfermeiros pressupõe, nesta mesma linha, a necessidade/ dever do profissional partilhar a informação pertinente apenas com aqueles que estão implicados no plano terapêutico¹⁶⁰.

A CNPD também se tem pronunciado sobre esta questão. Fê-lo não só, mais recentemente, no relatório da auditoria ao tratamento de informação de saúde nos hospitais como também já o tinha feito na Deliberação nº 23-A/99, evidenciando que a “partilha de informação clínica” ou a cedência de dados de saúde no âmbito do estabelecimento hospitalar, deve ser feita na estrita medida do necessário à prestação de cuidados de saúde, ou seja os dados de saúde, nomeadamente o diagnóstico, só deverão ser transmitidos quando se revelem necessários à prestação de cuidados de saúde ao utente. Torna-se, pois, evidente, o desnecessário, e até proibido, acesso ao diagnóstico do doente, por parte de determinados funcionários, uma vez que tal é dispensável ao exercício das suas funções. Na verdade, a circulação da informação, tal como defende a CNPD, deve “obedecer a um princípio de ‘confidência necessária’ em que serão determinantes para definir o ‘âmbito do segredo’ o interesse do doente, a natureza da informação e os reflexos que a sua divulgação traz para a sua privacidade”¹⁶¹. Reconhece-se de facto, a sensibilidade da informação de saúde, não raras vezes coadjuvada com dados da vida privada, como hábitos sexuais, utilização de drogas, problemas familiares e sociais, informação genética, entre outros e a manifesta possibilidade de manuseamento dessa mesma informação por uma diversidade de utilizadores – actores directos na prestação de cuidados de saúde mas não só.

¹⁵⁹ Art. 140.º, n.º 1 e n.º 2, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

¹⁶⁰ Art. 85º, alínea b), do Decreto-Lei nº 104/98.

¹⁶¹ COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1999), “Deliberação nº 23-A/99”, disponível in <http://www.cnpd.pt>. No mesmo sentido, PENADÉS, Javier Plaza (2002), *El Nuevo Marco de la Responsabilidad Médica y Hospitalaria*, Navarra: Editorial Aranzadi, p. 102.

Sabendo-se que outros profissionais para além dos prestadores directos de cuidados podem ter acesso a essa informação sensível, nomeadamente profissionais de saúde não implicados directamente no processo de prestação de cuidados ao doente deve-se ter o cuidado de acautelar que a transmissão da informação abranja apenas o estritamente necessário ao desempenho de funções de cada um. Ainda que se encontrem vinculados ao segredo profissional não deverão ter acesso a determinadas informações, os profissionais que não carecem delas para o desempenho da sua actividade. Nas patologias passíveis de gerar estigma e discriminação como é o caso da SIDA estes cuidados devem ser redobrados.

Neste contexto, a CNPD tem reconhecido a necessidade de se atribuir diversos níveis de acesso à informação diferenciada. Considera nesta linha, que “à informação de identificação e administrativa poderão aceder as pessoas integradas nos serviços de atendimento e de enfermagem (dg. para localização das pessoas internadas); aos pedidos de meios auxiliares de diagnóstico e ao ‘receituário’ poderá aceder o pessoal de enfermagem (para velar pela excussão desses exames e pelo tratamento dos doentes); os demais dados são restritos ao ‘médico assistente’ ou – nos casos em que ‘o interesse do doente o exija- a qualquer outro médico que dê continuidade a cuidados de saúde”¹⁶².

Esta lógica da fragmentação do acesso à informação em função das categorias profissionais de cada um dos intervenientes, na prestação de cuidados de saúde e naturalmente das competências específicas de cada profissional, está patente na Lei da Protecção de Dados Pessoais e na Lei sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde. Com efeito, tal legislação preconiza a disjunção de dados o que se traduz na separação entre a informação de saúde, sexual e genética da restante informação pessoal.

A Lei sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde admite, ainda, que “o processo clínico só possa ser consultado por médico incumbido da realização de prestações de saúde a favor da pessoa a que respeita ou, sob a supervisão daquele, por outro profissional de saúde obrigado a sigilo, e sempre, na medida do estritamente necessário à realização das mesmas”¹⁶³. A mesma lei concebe, em relação à informação genética, que quando esta não tiver implicações imediatas para o estado de

¹⁶² Cf. Art. 101.º da CDOM

¹⁶³ Cf. Art. 5.º, n.º 5, da Lei nº 12 /2005.

saúde actual, não pode ser incluída no processo clínico, salvo no caso de consultas ou serviços de genética médica com arquivos próprios e separados. Este preceito vai mais longe nas suas determinações, ao vedar aos próprios profissionais de saúde o acesso a determinados parâmetros do historial de um doente. Na redacção do mesmo “os processos clínicos de consultas ou serviços de genética médica não podem ser acedidos, facultados ou consultados por médicos, outros profissionais de saúde ou funcionários de outros serviços da mesma instituição ou outras instituições do sistema de saúde no caso de conterem informação genética sobre pessoas saudáveis”¹⁶⁴.

Os diferentes níveis de registo e de acesso, em função do tipo de informação a tratar, são de facto a peça basilar nesta nova realidade de trabalho em equipa. Contudo, algumas destas pretensões e disposições não deixam de ser utópicas, dado a realidade das nossas instituições de saúde. As conclusões proferidas pela CNPD, a propósito da auditoria efectuada ao tratamento de informação de saúde em 38 hospitais portugueses, comprovam as afirmações de Rui Nunes. Coincidentemente, com as experiências vivenciadas pela autora na sua passagem pela realidade da prestação de cuidados de saúde como profissional, um dos aspectos analisados na auditoria feita pela CNPD, relativamente à violação da privacidade dos doentes, foi a inscrição do diagnóstico no pedido de análises clínicas, com acesso de funcionários administrativos e do pessoal que procede à colheita de sangue, colocando em causa a relação de confiança que deve ser estabelecida entre o médico e doente¹⁶⁵.

Esta prática, como já se referiu, assume contornos gravosos, principalmente quando os pedidos são efectuados em suporte de papel, sem qualquer precaução no que se refere à protecção da confidencialidade dos dados. É preciso não esquecer que na realidade das nossas instituições de saúde os pedidos e respectivos resultados analíticos

¹⁶⁴ Cf. Art. 6º, nº 5, da Lei nº 12 /2005.

¹⁶⁵ COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2004), p. 47. É possível aceder à lista dos hospitais visitados no anexo do referido relatório. A Deliberação nº 23 – A/99 da CNPD também alude a esta problemática. Neste sentido, a Comissão propôs, aos hospitais infractores, o estabelecimento de metodologia que impossibilite o acesso ao diagnóstico por parte de funcionários a quem está vedado o acesso aquela informação, nomeadamente o uso de envelopes ou carta fechada. Cf. COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1999), “Deliberação nº 23 – A/99”, disponível in <http://www.cnpd.pt>. Na Deliberação nº 34/2002, de 26 de Fevereiro, a Comissão pronunciou-se novamente, sobre a forma de assegurar a confidencialidade da informação inscrita nos pedidos de análises, propondo a implementação de algumas medidas, nomeadamente a possibilidade de “agrafar” as requisições, de forma a não ser possível visualizar o possível diagnóstico do doente. Cf. COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2002), “Deliberação nº 34/2002”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

podem circular no interior dos hospitais sem qualquer medida de segurança, permanecendo essa informação acessível a qualquer funcionário.

Dada a essência da informação de saúde, é natural que a mesma suscite interesse e até curiosidade. Estando alocada em suporte papel é por si só, motivo suficiente para se considerar que existem sempre riscos de a informação clínica ser acessível a terceiros não autorizados, por mais esforços que sejam efectuados. Em suporte de papel não há mecanismos eficazes que assegurem a impossibilidade de devassa.¹⁶⁶ O acesso está facilitado e a sua invasão é uma possibilidade real e efectiva, mesmo por parte de profissionais comumente considerados utilizadores.

A mesma questão coloca-se relativamente ao transporte dos processos clínicos do arquivo para os serviços, respectivas consultas e vice-versa ou até para fora das instituições quando os doentes são transferidos para outras instituições ou *vão* simplesmente fazer exames fora da instituição.

À partida, será desejável que os processos clínicos, quando em suporte de papel, sejam transportados dentro da unidade de saúde protegidos, por exemplo, em malas fechadas, com códigos de segurança, mantendo-se dessa forma, fora do alcance de pessoas não autorizadas. Na mesma linha, as pessoas responsáveis pelo seu transporte devem estar sujeitas ao dever de sigilo profissional e compreender a sua importância e amplitude. No caso de transferência do doente para outras instituições a prática deve ser a disponibilização por escrito da informação clínica pertinente mas o processo clínico permanecer na instituição onde foi concebido.

Portanto, à semelhança do que tem sido defendido pela CNPD, entendemos que, a não ser que seja necessário, para a realização da sua prestação, não deve ser admissível o acesso aos processos clínicos e consequentemente à informação de saúde, por parte dos profissionais fora do âmbito do diagnóstico, tratamento e prestação de cuidados de saúde, sem o consentimento do titular.

¹⁶⁶ COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2004), “Relatório de Auditoria ao Tratamento de Informações de Saúde nos Hospitais”, p. 61.

4.4 - O processo clínico e a gestão de informação de saúde

O estado de saúde/doença de uma pessoa produz inevitavelmente uma panóplia de informações, em torno das quais se desenrola toda a actividade de saúde. É, de facto, inconcebível estabelecer um diagnóstico, prestar cuidados ou tratamentos médicos, gerir um serviço de saúde ou, simplesmente proceder a uma acção no âmbito da medicina preventiva, sem o conhecimento daquilo que a lei apelida de “informação de saúde”.

Conforme vem sendo referido, e tendo presente o disposto no artigo 2.º da Lei 12/2005, 26 de Janeiro, as *informações de saúde* englobam “todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar.” Tratam-se, pois, de dados de carácter pessoal que, directa ou indirectamente, indiquem a situação de saúde/doença do indivíduo, designadamente os antecedentes, o diagnóstico clínico, os procedimentos realizados (englobando este último, tanto os exames complementares de diagnóstico como os tratamentos) e a própria informação genética quando relacionada com a saúde da pessoa, sejam eles relativos ao presente ou ao futuro do indivíduo, mesmo quando a informação se refere a uma pessoa já falecida.

É óbvio, que as informações geradas carecem de ser registadas/ documentadas, não só para garantir a continuidade dos cuidados a prestar ao paciente mas também para a sua própria segurança no tratamento, para evitar que a informação se perca ou ainda, como forma de zelo e organização. Existe, aliás quem defenda, que a documentação da informação mais do que uma necessidade constitui um dever - dever de registar, de conservar e de proteger a informação.

Pode-se dizer que a base legal do dever de documentação resulta, ao nível da tutela jus civilista, dos artigos 573º e 575º do Código Civil, respectivamente, a “obrigação de informação” e de “apresentação de documentos”. Efectivamente, tendo presente que as informações constantes da ficha clínica referem-se ao paciente, não obstante se poder defender que são uma construção/produção do profissional que lhe presta cuidados, nos quais regista não só a história clínica do paciente, os resultados de exames efectuados, procedimentos efectuados, mas também as suas notas e observações pessoais, encontra-se tutelado, no âmbito da obrigação de informação e da apresentação de documentos, o direito do paciente poder solicitar e ser-lhe fornecido informações a respeito da sua ficha clínica. De facto, caso não estivesse acautelado a obrigação de

registo das referidas informações não haveria possibilidades de, em caso de eventuais dúvidas sobre algum procedimento efectuado, obter os respectivos elementos de prova. Num eventual processo de apuramento de responsabilidades pela conduta ilícita de um profissional a informação ou documentação clínica pode constituir um elemento de prova fundamental em processo judicial.

Na opinião de André Pereira, pode-se entender que o dever de documentação “resulta de um dever lateral (Nebenpflicht) do contrato médico ou da relação entre o hospital e o paciente”- obrigação de documentação das intervenções e tratamentos médicos” (Pereira, 2004: 526)¹⁶⁷. Para o mesmo autor este dever de documentação, é ainda observado como uma forma de organização e zelo dos cuidados de saúde e um requisito fundamental para a segurança do paciente no tratamento, uma vez que a documentação evita a perda de informação. Pode também ser considerado como um aspecto do dever de informação do profissional de saúde.

Efectivamente, quer pelo carácter sensível das informações relativas à saúde, em matéria de protecção do direito à intimidade da vida privada, quer pelas razões supra referenciadas, parece-nos indispensável acautelar a preservação da informação conservando-a ao abrigo de eventuais violações e/ ou destruições.

No âmbito da profissão médica e de enfermagem o dever de documentação encontra-se consagrado nos respectivos instrumentos jurídico-dentológicos da própria profissão. Relativamente aos médicos, temos consagrado no n.º1 do artigo 100.º do CDOM que “seja qual for o enquadramento da sua acção profissional, deve registar, cuidadosamente, os resultados que considere relevantes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando- os ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo médico”. No n.º 2 do citado artigo faz-se alusão à necessidade dos registos clínicos serem suficientemente claros e detalhados por forma a cumprir a sua função. Reconhece-se no mesmo artigo que “o doente tem o direito de conhecer a informação registada no seu processo clínico, a qual lhe será transmitida, se requerida, pelo próprio médico assistente ou, no caso de instituição de saúde, por médico designado pelo doente para este efeito” e que “os exames complementares de

¹⁶⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora, p.526

diagnóstico e terapêutica deverão ser-lhe facultados quando este os solicite, aceitando-se no entanto que o material a fornecer seja constituído por cópias correspondentes aos elementos constantes do processo clínico”.

No que concerne aos enfermeiros o dever de registo das informações resulta do preceituado no artigo 83.º, alínea d) do Decreto-Lei n.º 104/98, de 21 de Abril, que criou a Ordem dos Enfermeiros e o respectivo Estatuto, onde se estipula que “o enfermeiro, no respeito ao cuidado na saúde ou doença, assume o dever de “assegurar a continuidade dos cuidados, registando fielmente as observações e intervenções realizadas”.

O processo clínico é um elemento de importância vital tanto para o profissional de saúde como para o paciente, tendo presente não só o volume de informações que dele fazem parte, como também as particularidades e especificidades da informação nele registados. De acordo com o artigo 5.º n.º 2 da Lei Sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde (Lei 12/2005, de 26 de Janeiro) entende-se por “processo clínico qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares”. Ora, abrangendo a informação de saúde “todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido” significa que podemos encontrar no processo clínico elementos bastante heterogéneos, podendo incluir tanto a história clínica e familiar, como as notas subjectivas, registadas pelos diferentes profissionais, resultantes das diversas observações da equipa multidisciplinar. Nesta perspectiva, o processo clínico constitui um manancial de informação pessoal de cariz sensível, cujo grande objectivo será facilitar e garantir a assistência adequada ao doente, podendo à luz do que temos vindo a referenciar, englobar outras funções nomeadamente a legal, a de investigação, a de docência e a de gestão económica.

Existe um grande número de ficheiros, não só manuais, como informatizados nos mais variados locais onde a actividade de prestação de cuidados se efectiva, desde consultórios médicos, companhias seguradoras, a unidades de saúde de cariz público ou privado. Levanta-se com frequência a questão da propriedade do processo clínico- saber a quem pertence: Ao seu autor/produzidor ou ao titular dos dados. Na verdade, a informação contida no ficheiro clínico provém de várias fontes, desde dados fornecidos pelo titular (eventuais antecedentes e factos relacionados), dados relativos a exames complementares realizados ou deduzidos pelo profissional, prescrições terapêuticas do

âmbito médico, prescrições do âmbito da enfermagem, evolução da situação clínica, dados de identificação do indivíduo, dados relacionados com a organização, gestão administrativa e económica a notas pessoais subjectivas dos profissionais de saúde etc.

Ora, dado que, a elaboração da ficha clínica resulta da directa produção do profissional, tendo inclusive registos subjectivos seus, é considerada por muitos autores, criação científico-intelectual do mesmo. Suscita-se a discussão do direito de propriedade intelectual do processo clínico, nomeadamente no que se refere a alguns registos, como as notas pessoais incluídas na história clínica, o juízo diagnóstico, o prognóstico e outras observações de âmbito subjectivo (Carazo, 2000: 531)¹⁶⁸.

A Lei não explicita, claramente, a sua posição. Considera que a informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa¹⁶⁹ mas é preciso notar que não se refere directamente à informação de âmbito subjectivo, entendida por muitos, como criação científica e intelectual do profissional de saúde, em particular dos médicos. Será que esta atitude do legislador é intencional ou simplesmente, se poderá entender que não precisa de se referir expressamente à informação de âmbito subjectivo, uma vez que, ela está efectivamente abrangida, tendo presente o conceito de informação de saúde adaptado pela lei - todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde. Ora os dados subjectivos são parte integrante dessa informação, definida como pertencente ao âmbito da saúde.

Se no que se refere à propriedade do processo clínico a lei pode ser acusada de posição dúbia, o mesmo não se pode dizer da sua posição quanto aos fiéis depositários da informação. Quanto a esses, a lei é clara e não deixa dúvidas - são as unidades do sistema de saúde as fiéis depositárias da informação de saúde e é sobre elas que recai a responsabilidade da custódia da informação, o que naturalmente implica a manutenção da segurança da mesma. Não se pode por em risco a segurança da informação, por um lado, porque corresponde a informação sensível cuja divulgação pressupõe a violação da intimidade do indivíduo e em certos casos a produção de situações de graves prejuízos, por outro, porque há possibilidade de perda de informação, acarretando graves

¹⁶⁸ Ver sobre a matéria CARAZO, Carmen Sánchez (2000), op. cit. p. 126 e PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), op. cit. pp.531-532

¹⁶⁹ Cf. Art.º 3.º, n.º 1 da Lei nº 12/2005

repercussões na assistência da pessoa titular dos dados e conseqüentemente na sua saúde.

A respeito da propriedade do ficheiro clínico o Código Deontológico da Ordem dos Médicos pronuncia-se no seu n.º2 do artigo 100.º referindo que a “memória escrita do médico” é propriedade do mesmo e não do doente”. Apesar de reconhecer, claramente, que doente tem o direito de conhecer a informação registada no seu processo, o código estabelece como requisito de acesso que o mesmo seja requerido pelo próprio médico assistente ou por médico designado pelo doente¹⁷⁰. Esta disposição do CDOM é contrariada por muitas vozes, tendo presente que a informação lá veiculada pertence ao doente.

Em termos de gestão e tratamento da informação a realidade das várias instituições portuguesas é bastante heterogénea. Em muitas unidades de saúde, o processo clínico do doente já se encontra informatizado existindo mecanismos que permitem a circulação de informação em rede¹⁷¹, o que não invalida a responsabilidade das unidades do sistema de saúde, como legítimas depositárias da informação, ainda que a mesma se encontre contida em suporte electrónico, mas noutras continuam em suporte de papel, com todos os prejuízos já referidos em matéria de segurança e confidencialidade da informação.

Algumas instituições utilizam a aplicação informática denominada “SONHO” (Sistema Integrado de Informação Hospitalar) -concebida pelo Instituto de Gestão Informática e Financeira da Saúde (IGIF), especialmente vocacionada para o registo de dados administrativos e gestão de actividade do arquivo clínico. Esta aplicação não faz a gestão da informação clínica mas apenas dos dados puramente administrativos. Para a gestão da informação clínica, encontram-se em curso em alguns hospitais, ainda em fase de exploração ou experimental, outras aplicações, concebidas igualmente pelo IGIF- o SAM (Sistema de Apoio ao Médico) e SAPE (Sistema de Apoio à Prática da Enfermagem). Nesta última, encontra-se patente a Classificação Internacional para a Prática de Enfermagem (CIPE), Versão u2 do Conselho Internacional de Enfermeiras (CIE), que se traduz na existência de uma linguagem comum, de uma terminologia

¹⁷⁰ Cf. Art.º 100.º, n.º 4 do CDOM

¹⁷¹ A informatização dos processos clínicos depara-se com algumas dificuldades, nomeadamente, problemas jurídicos relativos à força probatória dos suportes automatizados ou ainda com a definição dos critérios e modos de acesso à informação.

unificada de referência internacional na área de conhecimento da profissão de enfermagem¹⁷².

Alguns serviços de urgência hospitalar utilizam uma solução tecnológica de natureza clínica, desenvolvida em Portugal com o apoio de profissionais do sector da saúde, denominada “Alert”. Trata-se de uma solução global assente em *standards* internacionais para a organização dos serviços de urgência que assegura, o registo, interligação, reutilização e análise de toda a informação relacionada com os episódios de urgência.

Pode-se dizer que em matéria de organização do sistema de informação hospitalar a realidade das várias instituições é completamente díspare. Verifica-se no domínio da gestão e tratamento da informação, uma evolução diversificada de hospital para hospital e inclusivamente dentro da mesma unidade hospitalar, sendo por vezes notório que serviços próximos estão inevitavelmente distantes em matéria de aplicação de novas tecnologias. É possível encontrar lado a lado, serviços que se encontram totalmente informatizados e outros que gerem a informação clínica vigente no processo clínico recorrendo exclusivamente a suporte de papel.

À data da realização da auditoria realizada pela CNPD à excepção do Hospital dos SAMS – que já geria a informação através de um *processo clínico informatizado* – todos os outros hospitais possuíam uma ficha clínica em suporte de papel da qual consta a história clínica do doente. De acordo com o relatório da referida auditoria em 3 dos hospitais analisados não existia sequer qualquer aplicação informática para gestão da ficha clínica. Das 37 aplicações para a gestão da ficha clínica analisadas, em 67,5% dos casos, apenas eram processados dados administrativos para localização da ficha clínica e só em 32,5% das situações a aplicação processava informação administrativa e clínica. Como demonstram os resultados do relatório, a realidade está longe do que seria desejável havendo, ainda, um longo caminho a percorrer.

Das aplicações utilizadas nos diferentes hospitais o SAM é aquela com que a CNPD mais simpatiza não só, porque faz a gestão da informação clínica, mas

¹⁷² O IGIF foi responsável pela tradução da Versão da CIPE, tendo realizado um trabalho de análise e discussão do texto a nível nacional, com a colaboração do Grupo Utilizador de Informática em Enfermagem (GUIE), com o objectivo de contribuir para a melhoria da qualidade de cuidados de enfermagem, através da aplicação dos sistemas e tecnologias de informação. Cf. CONSELHO INTERNACIONAL DE ENFERMEIRAS (2000), *Classificação Internacional para a Prática de Enfermagem (CIPE/ICN)* (trad. do original inglês por Adelaide Madureira, Leonor Abecassis e Teresa Leal), Lisboa: Associação Portuguesa de Enfermeiros, p. v.

essencialmente, porque permite garantir a confidencialidade das mesmas, recorrendo a ferramentas como a separação lógica dos dados e os diferentes níveis de acesso à informação, com recurso a *passwords* com perfis de utilizadores. Sabendo-se que o SAM dispõe de ferramentas que permitem assegurar a confidencialidade da informações, a CNPD lançou um desafio ao IGIF para incluir este objectivo na sua agenda de prioridades.

É importante abandonar os processos clínicos em suporte de papel. Tal como relembra a CNPD no relatório da referida auditoria “o processo clínico em papel encontra-se, por natureza, exposto à curiosidade geral – quer no próprio arquivo, quer nos serviços por onde circula – não havendo mecanismos eficazes que assegurem a impossibilidade de devassa”. Defende, pois a sua substituição gradual pelos suportes automatizados. Utilizando as suas expressões “ só os suportes automatizados dotados das necessárias seguranças – *passwords* com «perfis de utilizadores» bem definidos, separação lógica entre dados administrativos e de saúde – podem conferir a necessária confidencialidade à informação clínica dos doentes”.

Tal como preconiza a CNPD, o ideal será a criação de um *dossier* clínico informatizado devendo o Ministério de Saúde investir nessa possibilidade. E quiçá, num futuro próximo, talvez possamos seguir o exemplo francês avançando para a criação de um *dossier* clínico informatizado e partilhado, disponível numa base de dados, que centralize a informação clínica relevante de cada pessoa e acompanhe o seu percurso¹⁷³.

Nas citadas conclusões a comissão enuncia uma série de vantagens inerentes à utilização do «*dossier* clínico informatizado», nomeadamente, a possibilidade de impedir o acesso ao processo clínico a pessoas não autorizadas; a possibilidade de limitar o acesso dos profissionais aos dados do doente, restringindo-se àqueles de que o profissional necessita para fins de diagnóstico, tratamento e prestação de cuidados; a possibilidade de «segmentar» o acesso à informação constante da ficha clínica, limitando o acesso à informação mais sensível (v.g. hábitos sexuais, parceiros) apenas a determinados profissionais de saúde (v.g. o «médico assistente»); permitir um acesso rápido à informação necessária à prestação de cuidados aos profissionais que dela precisem para esse efeito, evitando situações de impossibilidade ou dificuldade de

¹⁷³ Cf. COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (2004) “Délibération n° 04-054 du 10 Juin portant avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'assurance maladie”, disponível in <http://www.cnil.fr>. A trad. é nossa.

localização da ficha clínica, de meios auxiliares de diagnóstico ou outros elementos; a centralização da informação evitando a sua dispersão; a possibilidade de efectuar pedidos, em tempo real de meios auxiliares de diagnóstico, através da rede do hospital, bem como a partilha e consulta *on line* dos respectivos resultados por parte dos profissionais autorizados; a possibilidade e facilidade na obtenção de dados não nominativos destinados à investigação científica, à definição de estratégias de prevenção ou a fins de saúde pública, sempre com preservação da confidencialidade e privacidade dos doentes.

Apesar dos condicionalismos verificados, nos diferentes hospitais do país, ao nível da implementação das aplicações informáticas, para tratamento da informação clínica, é de assinalar, que de uma forma geral, todos estão empenhados no sentido da sua concretização, reconhecendo de forma unânime que a informatização e as aplicações informáticas, nomeadamente as que efectivam a gestão da informação clínica, constituem um instrumento que permite a obtenção de ganhos, não só em termos de eficácia, de produtividade, bem como no acesso à informação, podendo contribuir de forma muito positiva para uma melhor protecção da informação de saúde. Muito embora, a nossa realidade evidencie na prática que ainda nos encontramos afastados do conceito internacionalmente aceite de *paper-free hospital* vai-se caminhando no sentido de melhorar cada vez mais a nossa *performance*.

Reportando-nos à custódia da informação atribuída pela lei às unidades do sistema de saúde, várias questões se levantam, nomeadamente, as relativas às condições de conservação, transferência e eliminação da informação.

No caso concreto da informação de saúde, são do conhecimento comum o contínuo crescimento da documentação produzida pelas unidades de saúde, as dificuldades inerentes à sua conservação, bem como ao seu acesso em tempo útil. A falta de espaço e de estruturas que garantam a confidencialidade das informações impedem a documentação, em particular o processo clínico, de assumir plenamente as suas diferentes vertentes com a eficácia desejada. É importante estabelecer directrizes que regulamentem o ciclo de vida da informação, nomeadamente no que diz respeito à conservação, transferência e eliminação da mesma, por forma a respeitar os direitos, liberdades e garantias dos titulares da informação.

A Lei 67/98, dispõe que devem ser tomadas medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou rectificadas os dados inexatos ou incompletos, tendo em conta

a finalidade para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente (cf. artigo 5.º n.º 1 al. d). No mesmo contexto, a alínea e) do mesmo preceito dispõe que os dados devem ser «conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior».

Na área da informação de saúde, existe alguma legislação específica. Para as situações em que não exista legislação específica, as unidades de saúde devem respeitar as disposições e prazos de conservação vigentes na Portaria n.º 247/2000, de 8 de Maio. Esta portaria reconhece na documentação clínica a sede da informação mais íntima de cada cidadão, sendo como tal, merecedora de um tratamento rigoroso à medida da dignidade intrínseca que lhe assiste. Para os processos clínicos a lei estipula um prazo de conservação administrativa de cinco anos, o mesmo acontecendo aos ficheiros ou livros de registo de doentes (urgência, internamentos, ambulatório ou relativos a intervenções cirúrgicas) e aos meios complementares de diagnóstico. Quanto à documentação respeitante à colheita de órgãos, pressupõe um prazo de conservação administrativa de vinte anos, o mesmo sucedendo com a documentação concernente à entrada e saída de cadáveres da morgue.

No âmbito do registo e conservação de dados e documentos referentes a transfusões de sangue e seus componentes, o Decreto Regulamentar n.º 16/95, de 29 de Maio, estabelece um prazo mínimo de cinquenta anos, evidenciando que a sua eliminação, após a prescrição dos respectivos prazos, só possa ser efectuada por incineração ou maceração¹⁷⁴.

No que se refere à actividade dos laboratórios que prossigam actividades de diagnóstico, monitorização de terapêutica e de prevenção no domínio da patologia humana, a lei estabelece um prazo mínimo de cinco anos para a conservação dos resultados nominativos dos exames clínicos¹⁷⁵.

No que diz respeito aos *prazos de conservação* dos dados a CNPD verificou na auditoria que realizou a 38 hospitais portugueses que, para além dos mesmos não terem fixado prazos de conservação dos dados, nem sequer manifestaram preocupações

¹⁷⁴ Cf. Art. 1.º, n.º 2 e art. 4.º, n.º 1.do Decreto Regulamentar 16/95, de 29 de Maio, que aprova o regulamento arquivístico dos documentos relativos à transfusão de sangue, publ. in Diário da República, I Série – B, n.º 124, pp. 3374-3375.

¹⁷⁵ Cf. Art.42.º do Decreto-Lei n.º 217/99, de 15 de Junho, que aprova o regime jurídico do licenciamento e fiscalização dos laboratórios, publicado in Diário da república, I Série – A, n.º 137, pp. 3410-3417.

particulares nesse sentido. Constatou também que os dados são geralmente guardados por tempo indeterminado, sendo em alguns casos, conservados em ficheiro histórico, por falta de capacidade dos discos para manterem toda a informação *on-line*. Em 136 aplicações onde esse aspecto foi questionado, apenas duas tinham prazos de conservação fixados nos termos da lei, sendo os restantes dados guardados por tempo indeterminado. Começa a ficar claro, do que vem sendo exposto que, não obstante todas as preocupações manifestadas relativamente à necessidade, ou até premência de acautelar a confidencialidade dos chamados “dados sensíveis”, a realidade vivenciada nas nossas instituições prestadoras de cuidados de saúde não pode ser ignorada, pelo que importa ao direito dar o seu contributo, nomeadamente através do reforço dos meios de garantia e tutela, pelo menos nas situações, como é o caso dos doentes com VIH/SIDA, em os eventuais danos ao nível da sua intimidade e privacidade podem, inclusive, levar à sua morte social antes mesmo da sua morte civil.

5- O SIDA – ESTIGMA E DISCRIMINAÇÃO

Passados mais de um quarto de século sobre o aparecimento dos primeiros casos de infecção por VIH/SIDA¹⁷⁶, o estigma e o preconceito associados a esta doença continuam a ser o principal obstáculo para os esforços de prevenção que se vêm desenvolvendo.

Como qualquer doença transmissível e mortal, a síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA) continua a despertar medos e terrores injustificados de contágio, baseados muitas vezes em crenças, má informação e ignorância.

Inicialmente associado a práticas homossexuais¹⁷⁷ e depois também à toxicod dependência, o VIH/SIDA, não se conseguiu libertar do estigma de doença de “grupos de risco” e da culpabilidade do seu portador. Apesar de todas as evidências

¹⁷⁶ Nos princípios de 1981, cinco jovens homossexuais, até então saudáveis foram examinados numa clínica de Los Angeles, apresentando sintomas que pareciam resultar de alterações do sistema imunitário.

¹⁷⁷ Como os primeiros casos detectados no início dos anos oitenta foram detectados quase exclusivamente em homossexuais do sexo masculino começou por dar-se à doença o nome de imunodeficiência dos homossexuais (Gay Related Immune Deficiency ou GRID). Só mais tarde quando começaram a ser detectados outros casos em indivíduos não homossexuais o nome oficial da doença passou a ser Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou SIDA

científicas e de todas as campanhas o VIH/SIDA continua a ser, frequentemente, associada a comportamentos de riscos e transgressão, sendo para muitos encarada como uma “doença escolhida”, uma doença para a qual o seu portador contribuiu. Assim, em vez de despertar sentimentos de compreensão e solidariedade como acontece com as chamadas “doenças causadas” desencadeia, ao contrário destas, juízos de censura, desprezo, discriminação, rejeição etc. (Andrade, 2004: 30).

A questão que se impõe é saber se, perante o quadro já de si, suficientemente penoso, perante o qual a infecção por VIH/SIDA coloca o portador - presente carregado de sombras insuportavelmente opacas, futuro inexistente e ter que lidar com a presença da morte antecipada, morte cuja causa, por sinal, lhe é imputada- devem ainda os seus semelhantes virar-lhe as costas, desprezá-lo, condená-lo, deixá-lo entregue à sua sorte. Como pergunta Rueff (2004: 453) e bem, não deverá a sociedade, justamente, ajudar a viver e acarinhar aqueles para quem a esperança limitada de vida limita a própria vontade de viver?

Para Costa Andrade (2004: 33-34) “o abandono e desprezo da sociedade irá, certamente, potenciar as atitudes de autodesvalorização, automarginalização e, mesmo, de autopunição, normalmente apontadas como possibilidades sérias, após o conhecimento da seropositividade”. Reacções “não raras vezes combinadas com respostas agressivas e heteropunitivas, muitas vezes procurando o contágio como forma de ‘arrastar outros consigo’. Uma atitude facilmente racionalizada pelo sentimento de ‘absurdo’ e de ‘injustiça sofrida’. Não sendo, muitas vezes, possível identificar a pessoa concreta que lhe transmitiu a doença, o seropositivo elege a sociedade em geral como o ‘outro’ abstracto, destinatário e vítima ‘legítima’ da sua indiferença e do seu ressentimento”.

Bruns (1989: 297)¹⁷⁸ relembra que a experiência ensina que “o efeito de choque e o medo da morte não são meios idóneos para induzir padrões estabilizados de comportamento. Podem, sim, ao contrário, estimular reacções-de-curto-circuito”.

Porque nos parece bastante elucidativa trazemos, também nós, como Andrade, a frase do romance de Camus “A peste, é preciso dizê-lo tira a todos o poder do amor e até o da amizade. Porque o amor exige um pouco de futuro e, para nós, já não existia senão instantes” (Andrade, 2004: 35).

¹⁷⁸ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa (2004) ob, cit. p.34

Como refere Andrade, “a SIDA veio pôr em causa o que pareciam ser as representações mais consolidadas da consciência colectiva da modernidade e da pós-modernidade. Atingindo-a e ferindo-a nas marcas mais celebradas do seu narcisismo”. Como que por ironia o “vírus da SIDA ataca e mata a partir do último e irredutível reduto do Homem, o seu próprio ADN” (Andrade, 2004: 35).

Numa era apelidada de Direitos Humanos, a pandemia VIH/SIDA coloca a humanidade perante um verdadeiro exercício de respeito pelos direitos humanos. Restamos, como começamos por afirmar no início deste trabalho, demonstrar que estamos a altura do desafio perante o qual somos colocados, redimindo-nos das posições pouco dignificantes que assumimos no passado perante doenças como a lepra ou a sífilis.

Como nos lembra Rueff (2004: 454) “as doenças existem e não cabe à humanidade decidir quando se instalam, que doenças vão ser, quais os respectivos portadores, nem discriminar em função dela”.

Os desenvolvimentos verificados no âmbito da terapêutica anti-retroviral têm levado a que o desenvolvimento da pandemia se faça de forma cada vez mais controlada, relegando a SIDA para o estatuto de doença crónica, com um indiscutível aumento da qualidade e do tempo de vida dos doentes, sendo, hoje, possível ao portador do vírus viver em condições normais e em função do seu trabalho por um lapso de tempo inimaginável no início da epidemia. A terapêutica anti-retrovírica permite retardar a evolução da infecção por VIH do estado de “assintomático” para a situação de SIDA, dependendo, obviamente, das circunstâncias concretas de cada caso.

O VIH/SIDA tem características únicas e próprias que permitem separá-la de outras doenças “infecto-contagiosas” diferenciando-se delas, principalmente, no modo de transmissão do vírus e das circunstâncias e o tempo de manifestação da doença.

Contrariamente ao que acontece com as doenças nosocomiais ou a tuberculose, transmissível por via aérea e de modo independente da atitude comportamental do seu portador, a transmissão nesta patologia depende, essencialmente, da atitude adoptada pelo portador. O VIH transmite-se de pessoa para pessoa através de três vias principais: sexual (esperma e secreções vaginais); parentérica (partilha de material contaminado usado para preparar e injectar droga, picadas acidentais com agulha contaminada, transfusão de sangue ou derivados) e vertical (da mulher grávida infectada para o recém nascido, podendo a infecção ocorrer durante a gravidez, durante o parto e após o parto, através da amamentação). Excepto nas situações de picadas acidentais (acidentes

profissionais) em regra, a transmissão depende do comportamento do portador. Importa pois, apostar na informação e capacitação deste, de modo a poder contar/ exigir a sua responsabilidade.

Os vírus da Sida (HIV-1 e HIV-2) pertencem à categoria dos lentivirus e dos retrovirus. À primeira, porque conhecem um longo período de incubação: entre o contágio e a doença podem mediar mais de vinte anos. À segunda, porque depois de penetrar na célula humana, o seu ARN (Ácido ribonucleico) genómico retranscreve-se, mercê da chamada transcriptase inversa, em ADN (ácido desoxirribonucleico) integrando-se no genoma do hospedeiro, a partir do qual o vírus réplica, produzindo ARN e infectando novas células ainda indemnes. Entre o contágio e a resposta imunitária, medeiam alguns meses até que o vírus seja susceptível de detecção no sangue do paciente. É a chamada seroconversão. É o momento em que o sistema imunitário reconhece a presença do vírus e responde, produzindo os anticorpos. Durante esse período assintomático, apesar de a pessoa já estar infectada, o resultado do teste é necessariamente negativo. É o tal “período de janela” e pode ter uma duração maior ou menor, oscilando em média entre as seis e as doze semanas, mas podendo nalguns casos prolongar-se por vários meses. O indivíduo é seronegativo, mas já infectado e infectante. Tudo dependerá, nomeadamente, da maior ou menor carga viral transmitida.

Após a transmissão o portador do vírus pode encontrar-se durante um largo período de tempo sem que apresente qualquer sintoma, apesar de já ser seropositivo- a transmissão do vírus poderá ocorrer sem que a pessoa tenha sintomas, ou mesmo até antes de lhe poder ser detectado a presença do antigénio no sangue (seropositividade). Esta particularidade do VIH/SIDA pode ter várias implicações. Desde logo, o facto do contágio poder ocorrer sem que o portador tenha consciência desse facto- pode ser difícil, senão mesmo impossível, determinar quando se deu a transmissão, de que forma se deu e através de quem se deu (o que levanta problemas ao nível do estabelecimento donexo de causalidade). Por outro lado, havendo a possibilidade de não detecção, a “olho nu” dos eventuais portadores levanta-se a questão da necessidade de os manter ligados ao sistema e com o sistema, por forma a evitar as atitudes de revolta heteropunitivas supra referidas. Torna-se fundamental a colaboração do próprio titular, nomeadamente, no que se refere à submissão voluntária a testes de diagnóstico de VIH e a adopção de comportamentos responsáveis (abandono de comportamentos de risco). Não sendo visível a sua doença e podendo inclusive não ser detectado a presença do

vírus será crucial a criação de um ambiente de confiança no sistema e isso só será alcançável se os cidadãos tiverem garantias de que a “sua verdade” revelada ao médico manter-se-á sob discrição (segredo médico).

Por outro lado, não obstante a SIDA tratar-se, ainda hoje, de uma doença transmissível, incurável e mortal é possível, face às terapêuticas antiretrovíricas disponíveis, os indivíduos infectados manterem, durante um largo período de tempo, uma boa condição de saúde que lhes permita ser socialmente activos- estar infectado com VIH não deve significar inactividade social ou morte antecipada (alguém que, para além de já não servir, deve ser afastado porque constitui fonte de perigo). Com as terapêuticas actualmente disponíveis é perfeitamente possível os indivíduos infectados viverem sem qualquer manifestação de doença, ou com manifestações tão ténues e toleráveis que lhes é possível ter uma vida quase normal. Concordando com Rueff (2008: 2) entendemos que não é justo tratar e equiparar estas pessoas às outras cuja doença já se tenha manifestado e que já apresentem limitações resultantes dos seus sintomas. Citando ainda Rueff (2008: 1)¹⁷⁹ podemos dizer que, de facto, “a medida preventiva por excelência de não transmissão da infecção por HIV passa, a um tempo, pela responsabilização do portador do vírus, mas, a outro – e não menos importante –, pela sua informação, integração e acolhimento no sistema de saúde. O que pressupõe cativar a confiança de eventuais pessoas infectadas, bem como a necessidade de adesão voluntária à realização de testes para diagnóstico por HIV”. A autora citando Rolf Winau propõe a “aposta” numa “ética da responsabilidade” de todos, tanto dos portadores do vírus como das restantes pessoas da sociedade e no reconhecimento dos direitos e deveres humanos em jogo, assim como nos valores da dignidade, integridade e igualdade dentro do sistema de saúde (Rueff, 2004: 459).

6- A NATUREZA SEMI-PÚBLICA DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE SEGREDO-FUNDAMENTOS QUE ESTÃO NA BASE DESSA QUALIFICAÇÃO

Como resulta do preceituado no artigo 198.º do Código Penal o procedimento criminal pelo crime previsto no artigo 195.º - crime de violação de segredo- depende de

¹⁷⁹ RUEFF, Maria do Céu (2008), “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade” in IIX Congresso Virtual HIV/AIDS, Novembro de 2008, pp. 1-15

queixa ou participação, ou seja, para desencadear o processo crime, mais concretamente para proceder a abertura do inquérito o Ministério Público precisa que o ofendido ou outros, a quem a lei atribuir essa faculdade, dêem conhecimento do facto ao MP para que ele promova o processo (artigo 49.º do CPP). A queixa ou participação é, pois, condição *sine qua non* para iniciar o procedimento criminal.

Decorre do artigo 48.º do Código de Processo Penal que o Ministério Público tem legitimidade para promover o processo penal com as restrições constantes dos artigos 49.º a 52.º. Temos, pois, como regra (crimes públicos) que é o Ministério Público que tem legitimidade e competência para promover os processos crime (abrir o inquérito e formular a acusação- os dois momentos do impulso processual). É precisamente a legitimidade total ou limitada do MP para a prática destes dois momentos de impulso processual – abertura de inquérito e acusação- que caracterizam/ diferenciam os crimes em públicos, semi-públicos e particulares.

Nos crimes públicos, que, refira-se constituem a regra (artigo 48.º do CPP) todos os momentos de impulso processual competem à sociedade, através dos órgãos competentes que a representam no exercício da acção penal- Ministério Público. A legitimidade para abrir o inquérito e para acusar são do MP sem qualquer limitação (artigo 48.º do CPP).

Nos crimes semi-públicos (artigo 49.º do CPP) há uma limitação da legitimidade do MP. Ele continua a ter legitimidade para os dois momentos de impulso processual, mas para desencadear o primeiro- abertura de inquérito- precisa que o ofendido ou outro, a quem a lei atribuir essa faculdade, apresentem queixa. A queixa é o mecanismo através do qual o ofendido demonstra a sua vontade para que o processo seja desencadeado. Quanto ao segundo momento a norma excepcional (art.49.º) nada refere pelo que, cai na norma geral. Portanto se houver suficientes indícios da prática do crime o MP acusa tal como acontece nos crimes públicos.

Nos crimes particulares a legitimidade do MP é ainda mais limitada. De acordo com o preceituado no artigo 50.º do CPP nos crimes particulares será necessário para além da queixa que o ofendido ou outros se constituam assistentes e deduzam acusação particular.

Reportando-nos à queixa necessária para desencadear o processo – abertura de inquérito- importa referir que não se trata de uma denúncia qualquer. Trata-se de uma denúncia *sui generis*, uma denúncia que só pode ser apresentada pelo ofendido ou

peçoas a quem a lei atribuir essa faculdade (situações referidas no artigo 113.º do Código penal), como é por exemplo o caso dos representantes dos incapazes (menores e inabilitados) ou o caso dos poderes de sub-rogação em caso de morte do ofendido.

Ao deixar ao ofendido a responsabilidade da decisão de se desencadear ou não, o processo-crime, o Estado pretende deixar alguma margem de manobra à vítima (ofendido) para que, usando da sua autonomia da vontade decida, livremente, sem qualquer imposição, se quer ou não iniciar o procedimento.

Na base da qualificação/ catalogação dos crimes como públicos, semi-públicos e particulares são atendidas razões de vária ordem, nomeadamente, a natureza e o valor dos bens jurídicos objecto de tutela no âmbito da norma, o maior ou menor melindre que a exposição do facto pode ter na vida das vítimas, a capacidade de decisão e autonomia das vítimas etc¹⁸⁰. É certo que o Estado não se deverá substituir, completamente, a quem tem capacidade de decidir e ter vontade, mas não deverá, de forma alguma, sobrevalorizar a autonomia individual em detrimento dos interesses a proteger, até porque, não se pode descurar que a qualificação de um crime como semi-público pode passar a ideia errónea de que se trata de um crime menor comparativamente a um crime qualificado como público.

Olhando para as especificidades da situação dos doentes com VIH/SIDA-portadores de uma **doença incurável e mortal, fortemente estigmatizada**, podendo desencadear, com alguma frequência padrões de comportamento desestabilizados, **baixos níveis de auto-estima**, distanciação social, **perda de sentido de pertença, isolamento, desespero**, etc. importa perguntar se, de facto, perante este quadro não terão a sua capacidade decidir e de ter vontade limitada? Será que, nestas circunstâncias, perante a violação daquilo que é o último reduto na sua realização como ser humano, não precisarão que o Estado decida em lugar delas e por elas? Será que a não apresentação de queixa contra aqueles de quem dependem para a prática de cuidados de saúde pode ser entendido como uma manifestação de vontade livre? Parece-nos que não!

A capacidade de decidir, no uso pleno da autonomia da vontade dos doentes com VIH/SIDA, vítimas de violação do seu direito à reserva da intimidade da vida privada por parte dos profissionais que lhes prestam cuidados de saúde, está, efectivamente,

¹⁸⁰ Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo (1974), *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 121

limitada- Limitada pela situação de fragilidade emocional consequência da doença, limitada pela vergonha de se queixar e expor ainda mais a sua situação de portador de uma doença como a SIDA, limitada pelo medo das represálias por parte daqueles que lhe prestam cuidados e de quem, em certa medida, depende a sua vida e a sua saúde.

Não será afinal, responsabilidade do Estado, proteger os indefesos, os incapazes e os diminuídos? Foi efectivamente a situação de vitimização, de dependência, de fragilidade em que se encontram as vítimas de violência doméstica que motivou a alteração da natureza do crime de violência doméstica para crime público operada em 2000 pela Lei n.º 7/2000 de 27 de Outubro. Ora, se no caso em apreço, a solução da alteração da natureza do crime para crime público não se revela a mais sensata, na medida em que, tal como já se referiu ficaria desprotegida a privacidade daqueles doentes que pretendessem, em absoluto, manter a sua condição de doença longe dos meandros que um eventual processo-crime contra o violador implicaria, parece-nos que deve constiuir obrigação dos pensadores do direito encontrar alternativas que melhor se adequem à situação em concreto.

Como temos vindo a reafirmar, no âmbito do crime de violação de segredo, previsto no artigo 195.º do Código Penal estão acautelados, em nossa opinião, dois bens jurídicos em simultâneo- a reserva da vida privada e a inviolabilidade da pessoa humana ou protecção da sua dignidade através da confiança necessariamente depositada em certos profissionais- importa pois encontrar uma solução em que ambos estes bens fiquem acautelados.

Assim, sem embargo de ser mantida a classificação do crime como crime semi-público, atendendo aos interesses em causa e ao facto do processo penal potenciar a divulgação de dados que estão na esfera da intimidade do doente- o facto de ser portador de VIH/SIDAS- é nosso entender que, a Lei, no que concerne ao impulso processual, deve consagrar uma solução que permita a ponderação da situação em concreto.

Na verdade, **contrariamente ao regime actual**, em que o procedimento depende de queixa do ofendido- **a Lei deve consagrar uma solução que permita ao MP, perante sinais de fragilidade da vítima e atento aos interesses em causa, poder decidir se deve ou não promover o processo.**

Em nosso entender, no caso em apreço, a solução mais justa e adequada para a protecção dos interesses a preservar seria a adopção de um regime que, mantendo a

natureza do crime em questão, permitisse ao MP desencadear o procedimento quando o interesse da vítima o impusse, solução que, refira-se, a norma constante do n.º 6 do artigo 113.º do Código penal, na redacção dada pela Lei 65/98, de 2 de Setembro permitia enquadrar.

7- CONCLUSÕES

A dignidade é algo que assiste ao ser humano pelo simples facto de o “ser” não dependendo de qualquer condição ou circunstância. Fazendo a doença parte da natureza humana, deve a **preservação da dignidade na doença** e no sofrimento constituir um imperativo social, sendo, em nossa opinião, a forma como a sociedade encara e lida com os seus doentes um indicador determinante de cidadania e de evolução da própria sociedade.

Constituindo o respeito pelos direitos fundamentais um dos pilares basilares de um Estado de direito democrático, entendemos que deve ser nos momentos de especial fragilidade e vulnerabilidade como é a situação de doença, que a sociedade deve demonstrar o quanto honra e respeita a magnitude desses direitos.

O drama da sida trouxe à humanidade o problema da verdade. Uma verdade que deverá manter-se tanto quanto possível entre o confidente e o “portador da verdade” e que, a ser revelada, deverá ter o consentimento deste ou, melhor ainda, que seja este a fazê-lo porque se sente devidamente apoiado e informado.

Na nova realidade de prestação de cuidados de saúde em que, em prol de uma melhor qualidade técnica dos serviços a prestar e da própria continuidade dos cuidados de saúde, esta verdade do doente dita ao médico por necessidade é partilhada com muitos outros profissionais, a maior parte deles, jamais reconhecíveis aos olhos do doente, importa **reforçar os meios de garantia e tutela** para a consolidação deste direito fundamental reconhecido como inerente à própria condição humana- o direito à reserva da intimidade da sua vida privada.

O doente confia a **sua verdade** ao médico não porque quer mas, essencialmente, porque precisa. Ele acredita que só “abrindo/**confiando** o seu mundo” a esse alguém, até aí, um estranho poderá obter da parte deste ajuda para aliviar os seus males. Partilha com o médico a sua vivência, os seus segredos, mesmo os seus aspectos mais

recônditos, na esperança de que, na posse destas informações este possa chegar ao diagnóstico da sua doença, proporcionar-lhe a cura, prolongar-lhe a vida ou quando isso não for possível, aliviar-lhe o seu sofrimento, permitindo-lhe viver o que resta com alguma dignidade. “Trair esta confiança e utilizar essa verdade para outros fins é trair a base em que assenta a própria relação médica” (Rueff, 2009: 639).

Tal como vem plasmado no próprio Código Deontológico da Ordem dos Médicos o segredo médico é “condição essencial ao relacionamento médico doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança (artigo 85.º do CDOM).

Os efeitos de uma eventual **traição** dessa confiança serão não só ao nível do lesado (danos à sua saúde e à sua privacidade) mas essencialmente ao nível da comunidade em geral (política de controlo da pandemia; funcionalidade sistémico-social da profissão médica- inviolabilidade da pessoa humana, da sua dignidade e da intimidade da sua vida privada).

Em doenças como o VIH/SIDA o comportamento adoptado pela sociedade- **inclusão** versus **discriminação**- é crucial. Ao sentirem-se discriminados e abandonados os doentes portadores de VIH/SIDA podem desencadear atitudes de revolta heteropunitivas pondo em causa a saúde de toda a comunidade. “A estratégia passa pelo acolhimento total dos portadores do vírus na sociedade e no sistema de saúde, bem como o respeito absoluto pela sua dignidade, através da garantia do segredo médico, respeito pelo princípio da igualdade e tratamento não discriminatório em função da doença” (Rueff, 2009: 15).

Não sendo a doença detectável a “olho nu”, podendo inclusive não ser detectado a presença do vírus no sangue durante um certo período de tempo (período janela), a colaboração do próprio titular, nomeadamente, no que se refere à submissão voluntária a testes de diagnóstico de VIH e a adopção de comportamentos responsáveis (abandono de comportamentos de risco) é fundamental para o controlo da pandemia. Não havendo cura para a doença a prevenção é a arma que nos resta e não podemos desperdiçá-la.

Será pois fundamental a criação de um ambiente de confiança no sistema e isso só será alcançável se os cidadãos tiverem garantias de que a “sua verdade” revelada ao médico manter-se-á sob discrição (segredo médico). Subscrevendo Rolf Winau (1997:23) propomos uma “ética da responsabilidade, investindo na formação da boa consciência”. Boa consciência da parte dos prestadores de cuidados que, respeitando o

segredo que lhes foi confiado deverão nas situações em que esse segredo conflitue com outros bens jurídicos superiores decidir no sentido da boa consciência, boa consciência da parte dos doentes infectados no que se refere a adopção de comportamentos responsáveis e boa consciência da parte de toda a sociedade no que se refere à inclusão/não discriminação dos doentes infectados não lhes negando o direito a uma vida digna já de si limitada pela doença.

As possibilidades ao dispor dos actuais meios de informação, nomeadamente, no que se refere à capacidade de recolha, armazenamento e tratamento da informação, tornando-a numa “mercadoria” susceptível de ser transferida sem constrangimentos de tempo ou espaço, exigem da sociedade respostas adequadas.

À semelhança da CNPD defendemos que a circulação da informação deve obedecer a um princípio de “confidência necessária” em que, para definir o âmbito do segredo, deverão ser considerados o “interesse do doente”, a “natureza da informação” e os “reflexos que a sua divulgação traz para a privacidade do doente”. A **informação a partilhar deverá restringir-se ao estritamente necessário para o exercício da função de cada profissional** envolvido no circuito da comunicação e a partilha deve ser sempre no **interesse do doente** e com o **seu consentimento**.

O desejável seria apetrechar os serviços de suportes automatizados dotados das medidas adequadas de segurança, nomeadamente do uso de *passwords*, a fragmentação da informação em função das categorias profissionais dos diferentes intervenientes (diferentes níveis de acesso, em função do tipo de informação a tratar), separação lógica dos dados administrativos e dados de saúde-, por forma a conferir a necessária segurança à informação clínica, garantindo a confidencialidade das mesmas e consequentemente o direito à intimidade da vida privada do seu titular. Contudo, dado que não é, ainda, essa a realidade das nossas instituições impõe-se a adopção de outros mecanismos, nomeadamente o reforço dos meios de garantia e tutela.

Ao atraso técnico-logístico das instituições alia-se uma cultura em que o medo e a desconfiança perduram traduzindo-se, com alguma frequência, em atitudes discriminatórias motivadas pelo medo e desconfiança associadas ao VIH/SIDA, que apesar de todos os avanços registados continua a ser uma doença incurável e mortal.

Não pode, enquanto isso, o direito conformar-se com a sua actuação, assistindo de forma pacífica a ineficácia dos meios de tutela e garantia por si criados, que não

obstante o seu eventual mérito se revelam impotentes face a especificidade da situação dos portadores do VIH/SIDA.

A nossa proposta é a de que, a par de outras estratégias, como o investimento na informação- doentes, profissionais e cidadãos em geral-, numa cultura e ética da responsabilidade, dotar as instituições de meios técnicos e logísticos que permitam uma maior segurança da informação clínica, garantindo a confidencialidade das mesmas, seja também **consagrada na lei uma solução que permita a ponderação da situação em concreto pelo Ministério Público, ou seja que perante sinais de fragilidade da vítima (medo de represálias por parte dos profissionais que lhe prestam cuidados de saúde ou a fragilidade resultante do próprio quadro da doença- níveis baixos de auto-estima, perda de sentido de pertença etc.) o MP possa desencadear o procedimento sem necessidade e dependência de queixa.**

Portanto sem embargo de ser mantida a classificação do crime como crime semi-público, atendendo aos interesses em causa e ao facto do processo penal potenciar a divulgação de dados que estão na esfera da intimidade do doente propomos a consagração na lei, relativamente ao impulso processual de uma solução que permita ao MP, perante o caso concreto, ponderar se deve ou não promover o processo.

Em termos práticos a medida consistirá em aditar ao actual n.º 5 do artigo 113.º do Código Penal uma alínea c) onde a solução outrora consagrada no n.º 6 do 113.º do CP, na redacção dada pela Lei 65/98, de 2 de Setembro, seja novamente consagrada (represtinar a norma constante do n.º 6 do artigo 113.º do CP na redacção dada pela Lei 65/98).

Esperamos ter deixado o nosso contributo para um melhor enquadramento da questão ora em apreço.

8 - APÊNDICE

Perante a impossibilidade de consultar os processos clínicos dos pacientes tentamos suprir essa falta realizando um inquérito a 200 profissionais da área da prestação de cuidados de saúde abrangendo Médicos, Enfermeiros, Técnicos Diagnóstico e Terapêutica, Auxiliares de acção Médica e Psicólogos com vista a avaliar a sensibilidade de cada grupo profissional à importância do segredo profissional.

Foram formuladas cinco questões de resposta simples a que o profissional deveria responder sim ou não e, em caso de resposta afirmativa, foram disponibilizadas três hipóteses de resposta para o inquirido graduar/ valorizar a posição por si perfilhada.

Questão 1- Considera o segredo profissional importante na prestação de cuidados de saúde? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1-Muito Importante; 2- Importante; 3- Razoavelmente Importante;

Questão 2- Acha que em doenças como o VIH/SIDA os profissionais que prestam cuidados ao doente devem conhecer o diagnóstico? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1- Todos os profissionais da equipa multidisciplinar devem conhecer o diagnóstico;
2-Só aqueles que estiverem directamente envolvidos na prestação de cuidados;
3-Só aqueles, para quem essa informação for indispensável para exercer as suas funções;

Questão 3 – Acha que as regras de higiene e segurança são importantes? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1-Indispensáveis; 2 – Importante; 3–Razoavelmente importante;

Questão 4 – Acha que no caso de doenças como o VIH/SIDA, os profissionais devem reforçar as regras de higiene e segurança? Responda sim ou não conforme a opção em que mais se enquadra:

1-Sim, porque as possibilidades de contágio são maiores;
2-Não, porque se devem cumprir as regras de higiene e segurança em todas as situações, mesmo quando não se conhece o diagnóstico.

Questão 5 - Admite que já violou as “guidelines” de actuação? Responda sim ou não. Se respondeu sim, escolha entre as três opções aquela em que mais se enquadra:

1-Algumas vezes; 2- Poucas vezes; 3- Raras vezes

As respostas obtidas foram as seguintes:

Considera o segredo profissional importante na prestação de cuidados de saúde?

Categoria de profissionais:	Não	Sim		
		Muito Importante	Importante	Razoavelmente Importante
Médico		84%	16%	
Enfermeiro		72%	28%	
TDT		70%	30%	
Psicólogo		90%	10%	
AAM		54%	35%	11%

Considera que os profissionais que prestam cuidados ao doente, em doenças como o VIH/SIDA, devem conhecer o diagnóstico?

Respostas	Categoria de profissionais:				
	Médico	Enfermeiro	TDT	Psicólogo	AAM
Não.					
Todos os profissionais da equipa multi-disciplinar devem conhecer o diagnóstico.		20%	20%	10%	70%
Só aqueles que estiverem directamente envolvidos na prestação de cuidados.	20%	60%	30%	25%	30%
Só aqueles para quem a informação for indispensável para o exercício das suas funções.	80%	20%	50%	65%	

Considera as regras de higiene e segurança importantes?

Categoria de profissionais:	Não	Sim		
		Indispensáveis	Importantes, mas dispensáveis	Razoavelmente Importantes
Médico		88%	12%	
Enfermeiro		74%	26%	
TDT		73%	27%	
Psicólogo		68%	32%	
AAM		65%	35%	

Considera que nos casos de doenças como VIH/SIDA os profissionais devem reforçar as regras de higiene e segurança?

Respostas	Categoria de profissionais:				
	Médico	Enfermeiro	TDT	Psicólogo	AAM
Não! Porque se devem cumprir as regras em todas as situações independentemente de se conhecer o diagnóstico.	55%	33%	43%	64%	20%
Sim. Porque as possibilidades de contágio são maiores.	45%	67%	57%	36%	80%

Admite que já violou as guidelines de actuação?

Categoria de profissionais:	Não	Sim	Algumas vezes	Poucas vezes	Raras vezes
Médico	67%	33%		12%	88%
Enfermeiro	73%	27%		12%	88%
TDT	47%	53%	15%	28%	57%
Psicólogo	57%	43%	73%	21%	6%
AAM	42%	58%	26%	10%	64%

BIBLIOGRAFIA

- AAVV (1979), *Actas das secções da Comissão Revisão do Código Penal – Parte Especial*, Lisboa, Ministério da Justiça, Edição AAFDL.
- AAVV (1997), *Pareceres, Volume VI: Os Segredos e a sua tutela*, Lisboa, Procuradoria-Gerla da República.
- AAVV (2002), *Direito da Medicina-I- Consentimento Informado – Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico, A Violência na sua Interface Jurídico-Psiquiátrica, Responsabilidade Médica Disciplinar no Serviço Nacional de Saúde, s.l., Coimbra Editora.*
- ABRANTES, José João (2005), *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora.
- ABREU, Luís Vasconcelos (2005), “O Segredo Médico no Direito Português Vigente”, in *Estudos de Direito de Bioética* (coord.: José de Oliveira de Ascensão), Coimbra: Almedina, pp. 261-285.
- ALMEIDA, Teodoro Bastos de (2003), “O Direito à Privacidade e a Protecção de Dados Genéticos: uma Perspectiva de Direito Comparado”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol LXXIX, Coimbra: Gráfica de Coimbra, pp. 359-362.
- ANDRADE, Manuel Costa (1993), “Sobre a Reforma do Cód. Penal Português – Dos crimes contra as pessoa, em geral e das gravações e fotografias ilícitas, em particular”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 3, Fasc. 2-4, Abril-Dezembro 1993: pp. 427-497.
- ANDRADE, Manuel Costa (1999), “Devassa da Vida Privada”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (coord: Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 697-845.
- ANDRADE, Manuel da Costa (2004) *Direito Penal Médico- SIDA: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra, Coimbra Editora.
- ANTUNES, Alexandra (1998), “Consentimento Informado”, in *Ética em Cuidados de Saúde* (coord.: Daniel Serrão, Rui Nunes), Porto: Porto Editora, pp. 13-28.
- ANTUNES, João Lobo (2003), “Memória de Nova Iorque e Outros Ensaios, 6ª ed., Lisboa: Gradiva.
- ARCHER, Luís (2001), “Terapia Génica Germinativa”, in *Novos Desafios à Bioética* (coord.: Luís archer, Jorge Biscaia, Walter Osswald), Porto : Porto Editora, pp. 168-171.

ASCENSÃO, Oliveira José (1991), “Direito e Bioética”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, Julho 1991: pp. 429-458.

ASCENSÃO, Oliveira José (2001), *Estudos Sobre o Direito da Internet e da Sociedade da informação*, Coimbra, Almedina.

ASCENSÃO, Oliveira José (2002), “A Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 43, n.º1.

CABRAL, Rita Amaral (1988), “O Direito à Intimidade da Vida Privada”, (Breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil), in *separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa: Faculdade Direito de Lisboa.

CAMUS, Albert (s.d.), *A Peste*, Lisboa, Livros do Brasil

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I vol., 4ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora.

CAPELO DE Sousa, Rabindranath (1995), *Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora.

CARAZO, Carmen Sánchez (2000), *La Intimidad y el Secreto Médico*, Madrid: Ediciones Díaz de Santos.

CARTA DO DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2000/c), proclamada solenemente pelo parlmento Europeu, o Conselho e a Comissão, em Nice, em 7 de Dezembro de 2000 (integrada como Parte II no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, assinado em Roma, pelos Chefes de Estado e de Governo da União Europeia, em 29 de Outubro de 2004) *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 18de Dezembro de 2000, pp. 364/1-22, disponível in www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_pt

CASTRO, Catarina Sarmiento e (2005), *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra: Almedina.

COMISSÃO EUROPEIA (2001), *Protecção de Dados na União Europeia*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.

COMISSÃO NACIONAL PARA A HUMANIZAÇÃO E QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE (s.d.), *Doentes – Direitos e Deveres*, Lisboa: Ministério da Saúde.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1997), “Autorização nº 67/97”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1998), “Deliberação nº 60/98”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1998), “Deliberação nº 86/98”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1999), “Autorização nº 2/99”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1999), “Deliberação nº 23-A/99”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (1999), “Deliberação nº 7/99”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2000), “Autorização nº 55/2000”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2000), “Autorização nº 9/2000”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2001), “Deliberação nº 51/2001”, disponível in <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2001/htm/del/delo51-01.htm>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2001), “Parecer 22/2001”, disponível in <http://www.cnpd.pt/bin/decisoes/2001/htm/par/par022-01.htm>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2002), “Autorização nº 158/2002”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2002), “Autorização nº 73/2002”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2002), “Deliberação nº 163/2002”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2002), “Deliberação nº 34/2002”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2002), Relatório da Comissão Nacional de Protecção de Dados 2001-2002, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2003), “Parecer 2/2003”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2003), “Autorização nº11/2003”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2003), “Autorização nº 478/2003”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2003), “Parecer nº 44/2003”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2004), “Autorização nº 126/2004”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2004), “Deliberação nº 45/2004”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2004), “Relatório de Auditoria ao Tratamento de Informação de Saúde nos Hospitais”, aprovado na sessão plenária de 9 de Novembro de 2004, disponível in <http://www.cnpd.pt/bin/relatorios/outros/outros.htm>.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2004), Principais Orientações da Comissão Nacional de Protecção de Dados 1994-2004, Lisboa: Comissão Nacional de Protecção de Dados.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTECÇÃO DE DADOS (2006), “Autorização nº 765/2006”, disponível in <http://www.cnpd.pt>.

CONFERENCIA NÓRDICA SOBRE O DIREITO À INTIMIDADE, realizada em Estocolmo em 22 e 23 de Maio de 1967, in *El Foro*, Outubro/Dezembro de 1967, disponível in <http://www.bma.org.mx/publicaciones/elforo/1967/octubre-diciembre/conferencia.html>

CONSELHO INTERNACIONAL DE ENFERMEIRAS (2000), Classificação Internacional para a Prática de Enfermagem (CIPE/ICN) (trad. do original inglês por Adelaide Madureira, Leonor Abecassis e Teresa Leal), Lisboa: Associação Portuguesa de Enfermeiros.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV) (1996), “Parecer Sobre a Obrigatoriedade dos Testes da sida – 16/CNECV/96, proferido em 17 de Janeiro de 1996”, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) (1996^a): pp. 111-125.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV) (1999) “Documento de Trabalho 26/CNECV/99, sobre Reflexão Ética sobre a Dignidade Humana”, disponível in <http://www.cnecv.gov.pt>.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV) (2000), “Parecer Sobre o Sigilo Médico – 32/CNECV/2000, proferido em 23 de Outubro de 2000”, in Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) (2001^a): pp. 38-39, disponível in <http://www.cnecv.gov.pt>.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (CNECV) (2006), “Parecer sobre a Execução do Teste de Detecção do VIH após exposição Ocupacional - 49/CNECV/06, de 11 de Julho de 2006”, disponível in <http://www.cnecv.gov.pt>.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, adoptada em Roma, a 4 de Novembro 1950. Aprovada, para ratificação, pela Lei nº 65/78, de 13 de Outubro.

CONVENÇÃO Nº 108 DO CONSELHO DA EUROPA PARA A PROTECÇÃO DE PESSOAS RELATIVAMENTE AO TRATAMENTO AUTOMATIZADO DE DADOS DE CARÁCTER PESSOAL, de 28 de Janeiro de 1981, disponível in <http://www.coe.int/>.

CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DA DIGNIDADE DO SER HUMANO FACE ÀS APLICAÇÕES DA BIOLOGIA E DA MEDICINA: CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM E A BIOMEDICINA, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 19 de Novembro de 1996, aberta à assinatura dos Estados Membros do Conselho da Europa em Oviedo, em 4 de Abril de 1997 e o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, aberto à assinatura dos Estados Membros, em 12 de Janeiro de 1998, Resolução da Assembleia da República nº 1/2001 publ. in Diário da República, I Série – A, nº 2, de 3 de Janeiro de 2001, pp. 26-32.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989 e assinada sob a égide da ONU, em Nova Iorque, a 26 de Janeiro de 1990. Aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República nº 20/90, de 8 de Junho, publ. in Diário da República – I Série, nº 211, de 12 de Setembro de 1990, pp. 3738-(11) – 3738-(20).

DE CUPIS, Adriano (1961), *Os Direitos de Personalidade* (trad. do original italiano por Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro), Lisboa: Morais Editora.

DECLARAÇÃO SOBRE A DEFESA DO PACIENTE, adoptada pela 45ª Assembleia Médica Mundial realizada em Budapeste, na Hungria, em Outubro de 1993 e revista pela Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, em África do Sul, em Outubro de 2006.

DECLARAÇÃO SOBRE A PROMOÇÃO DOS DIREITOS DOS PACIENTES NA EUROPA, elaborada sob a égide do “Regional Office for Europe” da OMS, com base numa Consulta Europeia sobre Direitos dos Doentes, que teve lugar em Amsterdão de 28 a 30 de Março de 1994.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, adoptada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização da Nações Unidas (ONU), na sua Resolução 217ª (III), de 10 de Dezembro de 1948.

- DELGADO, Lucrecio Rebollo (2000), *El Derecho Fundamental a la Intimidad*, Madrid: Dykinson.
- DEMICHEL, André (2001), *Le Secret Médical*, Bordeaux: Les Études Hospitalières.
- DIAS, Jorge Figueiredo (1974), *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora.
- DIAS, Jorge Figueiredo MONTEIRO, Jorge Sinde (1984), “Responsabilidade Médica em Portugal” in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, pp.21-79.
- DIAS, Jorge Figueiredo (2007), *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Coimbra, Coimbra Editora.
- DINIZ, Maria Helena (2005), “O Direito Ante a Nova Imagem da Ética Médico-Científica”, *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 2, n.º 4, Julho-Dezembro de 2005, Coimbra: Centro de Direito Biomédico, pp. 5-10.
- DUROZOI, G. e ROUSSEL, A (2000), *Dicionário de Filosofia*, (trad. do original francês por Maria de Fátima de Sá Correia), Porto: Porto Editora.
- ELOY, Fernando (1954) “Da inviolabilidade das correspondências e do sigilo profissional dos funcionários telégrafo-postais”, in *O direito*, ano LXXXVI.
- ENCICLOPÉDIA LUSO-BRASILEIRA DE CULTURA, Vol.23, Edição Século XXI, Lisboa: Editorial Verbo- S. Paulo.
- FARIA, Paula Lobato de (1991a), “Aspectos éticos e jurídicos da Sida no direito português”, in *Acta Médica Portuguesa*, n.º 4, Supl.1 (I), pp.47-51.
- FARIA, Paula Lobato de (1997), “Confidencialidade da Informação Genética – Breves Notas sobre o ‘Segredo Genético’ e a Genetic Privacy”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 15, n.º 4, Outubro – Dezembro de 1997, Lisboa, pp. 71-72.
- FARIA, Paula Lobato de (1997), “Dados de Saúde Informatizados – o Impasse”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, Vol. 15, n.º 3, Julho – Setembro de 1997, Lisboa, pp.73-75.
- FIGUEIREDO, Cândido (1996), *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. III, 25ª ed., Venda Nova: Bertrand Editora.
- FRATTALONE, R (2001), *Dicionário de Bioética* (coord: Salvino Leone e Salvatore Privitera e trad. do original Italiano por A. Maria da Rocha), Vila Nova de Gaia: Editorial Perpétuo Socorro.
- GASPAR, António Silva Henriques (1978), “A responsabilidade civil do médico” in *Colectânea de jurisprudência*, Ano III; Tomo 1-1978: pp. 335-355
- GLENN, Sally e JOWNALLY, Sheila (1995) “Privacidade: Um Conceito-Chave em Enfermagem”, *Nursing*, Novembro de 1995 n.º 94, Lisboa, pp. 35-38.

- GOMES, Mário M. Vargês (2002), “O Tratamento e a circulação de dados Pessoais”, in *III Jornadas Nacionais de Administrativos da Saúde: Saúde XXI – Formar e Informar*, Lisboa, 9 e 10 de Maio, disponível in <http://www.cnpd.pt>.
- GONÇALVES, Maria Eduarda (2003), *Direito da Informação*, Coimbra: Almedina.
- GRAÇA, António Pires Henrique da (2000), “ Sigilo Médico, Deontologia e Tutela Penal”, *Colectânea de Jurisprudência. Acordãos do Supremo Tribunal de Justiça*, Ano VIII, Tomo I – 2000: pp. 5-12.
- HUNERFELD, Peter (2004), “Esfera Privada e Segredo”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14 – N^{os} 1 e 2- Janeiro-Junho 2004: pp. 197-212.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves (2004), “ Os Rostos de Job: Tecnociência, Direito, Sofrimento, e Vida” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXX, 2004: pp. 137-183.
- MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia (1999), “Telecomunicações e Protecção de Dados”, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação – Actas do Colóquio Organizado pelo IJC em 23 e 24 de Abril de 1998* (coord. António Pinto Monteiro), Coimbra: Instituto Jurídico da comunicação.
- MARTINS, Ana Guerra (2006), *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina.
- MENDES, Vitor (1996), *Casos e Temas de Direito da Comunicação*, Legis Editora.
- MIRANDA, Jorge (1977), “A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição”, in *Estudos sobre a Constituição*, I.º Vol., Lisboa.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2005), *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora.
- MIRET, Ramon Canals /ESPELETA, Lydia Buisán (1998), “El Secreto Médico”, in *Bioética, Derecho y Sociedad* (coord.: María Casado), Madrid: Editorial Trotta, pp. 151-182.
- MONIZ, Helena (1997), “Notas Sobre a Protecção de dados Pessoais Perante a Informática – (O caso Especial dos Dados Pessoais Relativos à Saúde)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fasc. 2.º - Abril-Junho – 1997: pp. 231-298.
- MONIZ, Helena (2004), “Privacidade e Comunicação Intrafamiliar de Informação Genética”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14-N^{os} 1 e 2- Janeiro- Junho 2004: pp. 213-237.
- MONIZ, Helena (2008), *Legislação de direito da Medicina*, 1ª Edição, Coimbra Editora.

- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde (1989), *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Livraria Almedina.
- MORAIS, Yvan (2003), “Segredo Médico”, in *Nova Enciclopédia da Bioética* (coord.: Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa; trad. do original francês por Maria Carvalho), Lisboa: Instituto Piaget, pp. 584-587.
- O. P., Frei Bernardo Domingues (2003), *É Bom Promover a Saúde e a Ética*, Porto: Metanóia.
- OXFORD UNIVERSITY PRESS, *The New Oxford Dictionary of English*, 1ª edição, Oxford: Oxford University Press.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias (2004), *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, António de Sousa Madeira (1959), “O segredo Profissional”, in *Revista da Ordem dos advogados*, Ano 19, 1º trimestre.
- PINTO, Paulo Mota (1993), “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXIX, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 479-585.
- PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota (2000a) “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito* Vol. LXXVI, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 153-204.
- PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota (2000b) “Os Direitos de Personalidade no Código Civil de Macau”, in *Boletim da Faculdade de Direito* Vol. LXXVI, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 205-250.
- RODRIGUES, Cunha (1994), “Perspectiva Jurídica da Intimidade da Pessoa”, in *Cadernos de Bioética, Dez 1994*, Coimbra:Centros de Estudos de Bioética, pp.37-62.
- RODRIGUEZ, Miguel Angel Davara (1993), *Derecho Informativo*, Pamplona: Editorial Aranzadi.
- RUEFF, Maria do Céu (2004), “O Segredo Médico e VIH/SIDA- Perspectiva Ético-Jurídica”, in *Acta Médica Portuguesa*, II Série, volume 17, n.º 6, Nov./Dez. 2004.
- RUEFF, Maria do Céu (2005), “Confidencialidade Médica e prevenção: Conflito de Deveres e Interesses Públicos”, in *Cadernos de Bioética*, nº 38, Setembro de 2005, pp 259-267.
- RUEFF, Maria do Céu (2007), “Direitos Humanos, acesso à saúde e VIH/Sida” in *Arquivos de medicina*, V. 21, nº2 (Março de 2007) pp. 59-65.

RUEFF, Maria do Céu (2008), “Pessoas com HIV/SIDA e Médico com Dupla Responsabilidade”, IX Congresso Virtual HIV/AIDS, Novembro de 2008.

RUEFF, Maria do Céu (2009), *O Segredo Médico Como Garantia de Não-Discriminação- Estudo de Caso:HIV/SIDA*, Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, António de Moraes (1992), *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, Vol. IV, 10ª Edição Revista. Lisboa: Editorial Confluência.

TORGA, Miguel (1995), *Diário XVI*, 2ª ed., Coimbra: Gráfica de Coimbra.

VASCONCELOS, Pedro Pais de (2006), *Direito de Personalidade*, Coimbra: Edições Almedina.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. (1890), “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, nº 5, disponível in http://www.lawrence.edu/fac/boardmaw/Privacy_brand_warr2.htm

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	1
RESUMO.....	2
ABSTRACT.....	6
1 - INTRODUÇÃO.....	9
2 - DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA E FAMILIAR	16
2.1- A Privacidade na Sociedade Técnico-científica.....	16
2.2- Conceito, Conteúdo e Extensão	20
2.2.1- Definição do conceito - Privacidade/ Intimidade / Confidencialidade.....	20
2.2.2- Delimitação do Objecto / Conteúdo do Direito - Limites intrínsecos e extrínsecos.	25
2.3- A protecção jurídica da privacidade – origem e consagração	49
2.3.1- Consagração em Instrumentos Nacionais e Internacionais.....	52
2.3.1.1– Direito Internacional.....	52
2.3.1.2 - Direito interno.....	57
2.3.1.2.1- Tutela Constitucional.....	57
2.3.1.2.2- Tutela Civil	64
2.3.1.2.3- Tutela Penal	68
2.3.1.2.4- Tutela em outras legislação/disposições especiais	69
3 - O SEGREDO MÉDICO – ORIGEM/IMPORTÂNCIA/CONTEÚDO/LIMITES E FRAGILIDADES	75
3.1 - Importância – Da Origem à actualidade	75
3.2 - Os bens jurídicos objecto de tutela	79
3.3 - Noção e Conteúdo/Âmbito	82
3.4 - Limites ao Segredo/Fragilidades - Carácter não absoluto: Quando deve ceder	92
3.4.1- O consentimento.....	96
3.4.2- Revelação para prossecução de interesses legítimos: do portador do segredo; do agente e de terceiros	101
3.4.3- Cooperação com a justiça - situação ilustrada pelo artigo 135.º do CPP.....	107
3.4.4- Revelação em caso de direito de necessidade: A situação específica do VIH/SIDA.	110
3.4.5 - Compatibilização do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada com o direito à informação e o direito a ser informado.....	118
4 - A NOVA REALIDADE DA PRESTAÇÃO DE CUIDADOS DE SAÚDE - O TRABALHO EM EQUIPA E O DIREITO À INTIMIDADE DA VIDA PRIVADA DO DOENTE COM VIH/SIDA	125
4.1 - A sensibilidade dos dados de saúde.....	125
4.2 - As Equipas multidisciplinares - Os diferentes grupos profissionais e a sua vinculação ao segredo.	133
4.3 - A Informação nas Equipas Multidisciplinares – O Segredo Médico como Segredo Partilhado	139
4.4 - O processo clínico e a gestão de informação de saúde	146
5 - O SIDA – ESTIGMA E DISCRIMINAÇÃO	155
6 - A NATUREZA SEMI-PÚBLICA DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE SEGREDO- FUNDAMENTOS QUE ESTÃO NA BASE DESSA QUALIFICAÇÃO	159
7 - CONCLUSÕES	163
8 - APÊNDICE	167
BIBLIOGRAFIA	170