

Data enia

Revista Jurídica Digital

6 
Novembro 2016



O Segredo Médico: Dos fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética

Andreia Costa Andrade

Doutoranda em Direito Público (FDUC)

Investigadora da STEMLAB, S.A.

Investigadora do Centro de Direito Biomédico

RESUMO:

Não obstante o dever de sigilo ser tão antigo como a própria medicina, o tratamento desta temática tem conhecido novos contornos que justificam uma reformulação do paradigma. As indiscutíveis vantagens das inovações das ciências biomédicas acarretam dúvidas e inquietações que nos fazem repensar os limites e as circunstâncias em que a revelação de segredo ocorre legitimamente.

O Segredo Médico: Dos fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética

Andreia Costa Andrade

Doutoranda em Direito Público (FDUC)

Investigadora da STEMLAB, S.A.

Investigadora do Centro de Direito Biomédico

SUMÁRIO: Considerações preliminares. 1. Segredo Médico: do Fundamento à atualidade. 2. Enquadramento normativo, 2.1. Direito Internacional. 2.2. Direito Constitucional. 2.3. Direito Civil, 2.4. Normas Deontológicas. 2.5. Legislação no âmbito da Saúde, 2.6. O Dever de Sigilo no Direito Penal: o Crime de Violação de Segredo. 3. Concretização do Regime: o caso específico dos dados genéticos. Considerações Finais. Bibliografia

O Segredo Médico: dos Fundamentos Hipocráticos às Inovações da Genética

RESUMO: Não obstante o dever de sigilo ser tão antigo como a própria medicina, o tratamento desta temática tem conhecido novos contornos que justificam uma reformulação do paradigma. As indiscutíveis vantagens das inovações das ciências biomédicas acarretam dúvidas e inquietações que nos fazem repensar os limites e as circunstâncias em que a revelação de segredo ocorre legitimamente.

PALAVRAS-CHAVE: Segredo Médico – Direito à Intimidade – Dados Genéticos – Saúde Familiar.

The Medical Secrecy: From Hippocratic principles to Genetics Innovations

ABSTRACT: Although the Medical Secrecy be as old as medicine itself, the treatment of this theme has known new contours that justifies a reformulation of the paradigm. The undeniable benefits of life sciences innovations demand doubts and concerns that make us rethink the limits and the circumstances in which the secret disclosure arises legitimately.

KEYWORDS: Medical Secrecy – Right to Intimacy – Genetic Data – Family Health

“Não existe medicina sem confiança, tal como não existe confiança sem confidências nem confidências sem segredo”

L.PORTES ¹

Considerações Preliminares

O segredo médico é uma das dimensões mais importantes da relação médico-paciente, sendo frequentemente objeto de discussão seja no círculo médico, seja no círculo jurídico. Também nos meios de comunicação social o tema do segredo médico merece destaque sendo reiteradamente questionado quanto aos seus limites em casos de grande complexidade que inflamam a opinião pública. No semanário *Sol* do dia 12 de Maio do corrente ano, foi publicada uma notícia compiladora dos “Maiores Dilemas Médicos” dentre os quais avulta o segredo médico como aquele que mais frequentemente põe à prova as soluções legais e deontológicas atendendo ao enredo dos casos da vida em análise². De facto, a obrigação de segredo médico é reconhecida como fulcral desde o Juramento de Hipócrates, visto que só no pressuposto do seu rigoroso cumprimento poderá o paciente expor em liberdade os sintomas que o afetam, os seus hábitos e receios.

Durante milénios o Homem foi um desconhecido para si próprio mas, graças aos revolucionários conhecimentos da engenharia genética e da biotecnologia alcançados nos últimos anos, foi-lhe permitido transitar da penumbra da incerteza para a luz segura dos conhecimentos científicos no que à vida humana respeita. As descobertas registadas na área sensível dos dados genéticos vieram agudizar a tensão que há muito o Direito procura apaziguar entre o dever de segredo e o dever de revelar. As inovações da genética vieram acicatar o duelo pela tutela jurídica entre bens jurídicos individuais e bens

¹ GILBERT HOTTOIS/ MARIE-HÉLÈNE PARIZEAU, *Dicionário da Bioética*, Instituto Piaget, p.330, *apud* PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, p. 10

² Notícia publicada no dia 12 de Maio de 2014 disponível em:

http://m.sabado.pt/NewsDetails.aspx?NodeID=698820&Type=Multimedia_Detalhe&Lead=Sociedade

coletivos. Tendo o exposto presente, encetamos neste trabalho uma tentativa de operar a concordância prática possível entre os valores em causa que apresente uma solução viável aos profissionais de saúde confrontados com esta problemática no quotidiano.

1. Segredo médico: do fundamento e atualidade

O segredo médico preside desde Hipócrates à salutar relação médico-paciente como pilar estrutural da confiança indispensável ao regular exercício da medicina. Constante de escritos redigidos entre 430 e 330 a.C., é entre os demais segredos profissionais o mais antigo, constituindo «*uma das constantes antropológicas mais estabilizadas e irrenunciáveis da organização social*»³. Este instituto anterior ao próprio direito romano conheceu diversos contextos político-sociais ao longo dos tempos, chegando até nós ancorado como valor fundamental imprescindível.

Durante a Idade Média o segredo médico não teve expressão significativa entre os deveres inerentes à prática da medicina ocidental. Na verdade, a confidencialidade foi prejudicada pela desorganização da profissão médica. Uma realidade bem distinta da medicina árabe que sempre garantiu o cumprimento do segredo. A partir do século XVIII o segredo médico readquiriu importância, ressurgindo atualizado atendendo ao desenvolvimento técnico, científico e social da área de saúde. Daqui por diante, o sigilo médico haveria de percorrer dois caminhos paralelos: um deontológico e um legal. O primeiro foi trilhado sob o advento dos códigos de ética que vieram consolidar o segredo como dever do ofício. Já o quadro histórico-legal ficou marcado pelas primeiras tipificações da violação do segredo em diplomas legais nacionais, como foi o caso do pioneiro Código Civil Francês de 1810, que no amago dos crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais, incriminava no seu artigo 378º a violação de segredo pelos profissionais da saúde. Esta disposição veio inspirar outros diplomas legais na Europa, como é o caso do Código Penal Espanhol de 1822.

³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, 2004, p. 172.

A necessidade de proteção do paciente e da informação a ele ligada adquiriu maior premência após a II Guerra Mundial. Por esta altura, a emergência e consolidação dos direitos humanos conferiu maior essencialidade ao segredo médico que se cristalizou como mandamento imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais. Uma tendência que é testemunhada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, elaborada e promulgada pela Organização das Nações Unidas e em cujo artigo 12º se refere expressamente o direito à não interferência na vida privada pessoal e familiar.

O progresso que a ciência médica registou, nomeadamente com os avanços tecnológicos da genética, o progresso das ciências biológicas, e com a inevitável especialização dos serviços de saúde, exige uma reestruturação do segredo profissional do médico em moldes distintos do que fora na era hipocrática. Hoje, o segredo médico tem como finalidade impedir a publicidade de factos aos quais o médico teve acesso pela sua profissão, e cuja revelação a terceiros seria desnecessária ou acarretaria prejuízos ao interesse do paciente. Não obstante o exposto, acompanhamos CUNHA RODRIGUES quando afirma que *«o segredo médico continua a ser, na actualidade, fundamentalmente um problema de deontologia, mas de deontologia aberta às realidades de um mundo em rápida mutação»*⁴. É neste sentido que desenvolveremos a análise do quadro normativo incidente sobre o segredo médico procurando uma resposta que se coadune com os inovadores conhecimentos da genética e as suas implicações.

2. Enquadramento normativo

2.1. Direito Internacional

Ante as inovações tecnológicas e genéticas, o tema do segredo médico é incontornável, impondo-se uma ponderação e proteção dos valores em causa. Isto mesmo é comprovado pelos numerosos diplomas internacionais dedicados ao tema. Veja-se a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem de 11 de Novembro de 1997, em cujo Artigo 7.º se dispõe: *«Deverá respeitar-se o sigilo, nas condições estabelecidas por lei, dos dados genéticos*

⁴ RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Lugares do Direito – Parte IV Temas de Ciências Criminais – O Segredo Médico*, Coimbra, 1999, pp 491-492.

*associados a uma pessoa identificável e armazenados ou processados para fins de investigação ou para qualquer outro fim»*⁵.

A Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos de 16 de Outubro de 2003 que, sob a epígrafe «Vida privada e confidencialidade», impõe aos Estados desenvolvimento de medidas no sentido da proteção da vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família⁶. Ou ainda a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 19 de Outubro de 2005, em cujo Artigo 9º, sob a epígrafe «Vida privada e confidencialidade», se determina: «*A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas*».

Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou

⁵ Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_19/IIIPAG3_19_1.htm.

⁶ No seu artigo 14º, sob a epígrafe Vida privada e confidencialidade, a declaração prevê: «(a) Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável. (b) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos. A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteómicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais. (c) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica não deverão por norma estar associados a uma pessoa identificável. Mesmo quando esses dados ou amostras biológicas não estão associados a uma pessoa identificável, deverão ser tomadas as precauções necessárias para garantir a sua segurança. (d) Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica só podem manter-se associados a uma pessoa identificável se forem necessários para a realização da investigação e na condição de a vida privada do indivíduo e a confidencialidade dos referidos dados ou amostras biológicas serem protegidos em conformidade com o direito interno. (e) Os dados genéticos humanos e os dados proteómicos humanos não deverão ser conservados sob uma forma que permita identificar o indivíduo em causa por mais tempo que o necessário para alcançar os objectivos com vista aos quais foram recolhidos ou ulteriormente tratados.

Disponível em: http://bvsm.sau.de.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf.

consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional, e nomeadamente com o direito internacional relativo aos direitos humanos»⁷.

Num olhar mais atento sobre o concreto panorama europeu há a realçar dois diplomas: a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, a que Portugal aderiu em 4 de Abril de 1997, em cujo texto e dentre os direitos que os Estados signatários da Convenção acordaram promover e assegurar no âmbito do acesso aos cuidados de saúde, queremos destacar o direito ao respeito da vida privada e à confidencialidade dos dados sobre a sua saúde estabelecido no n.º 1 do artigo 10.º da CDHB estabelece que *«qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde»*. E ainda a Carta Europeia dos Direitos do Paciente, apresentada pela *Active Citizenship Network*, em Bruxelas, no dia 15 de Novembro de 2002 que proclama 14 direitos dos pacientes europeus que pela sua relevância foram reconhecidos pelo Comité Económico e Social Europeu. Os direitos firmados neste documento fundam-se no art.35º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e têm o propósito de garantir um alto nível de prestação de serviços de saúde pelos sistemas nacionais de saúde europeus.

O direito de confidencialidade dos doentes merece destaque no art.6º da Carta⁸, de acordo com a qual: *«Todo o indivíduo tem direito à confidencialidade dos seus dados pessoais, incluindo informação relativa ao seu estado de saúde e diagnóstico potencial ou a procedimentos terapêuticos, assim como à proteção da sua privacidade durante o processo de diagnóstico, visitas de especialistas e tratamentos médicos e/ou cirúrgicos em geral»*⁹.

⁷ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.

⁸ Disponível em: http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4928#direitos

⁹ Quanto aos textos internacionais sobre a matéria específica dos direitos dos utentes importa destacar ainda: a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes da OMS (1996); o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre os direitos do Paciente (2002) e, a recentemente aprovada e publicada, Diretiva 2011/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de Março de 2011, relativa ao exercício dos direitos dos doentes em matéria de cuidados de saúde transfronteiriços.

2.2. Direito Constitucional

Os problemas inerentes ao segredo médico merecem também o foco da ordem jurídica nacional. Enquanto Estado de Direito Democrático fundado na dignidade da pessoa humana¹⁰, o Estado português consagra um amplo leque de direitos fundamentais cruciais para a efetivação da premissa de origem kantiana e iluminista de *pessoa* enquanto sujeito, fim em si mesmo e não meio de relações jurídico-sociais.

Em contexto da relação médico-paciente é fácil de entender a necessidade de proteger o direito à intimidade e reserva da vida privada, tendo em conta que os dados de saúde integram indubitavelmente a esfera da intimidade, sendo qualificados de dados sensíveis, permitindo inclusivamente aceder à esfera mais privada do ser humano. O segredo é portanto assumido como condição imprescindível à relação de confiança a estabelecer entre o médico e o paciente, como factor que concorre de modo decisivo para o estatuto da pessoa humana, porquanto «*visa proteger a intimidade e o poder de autodeterminação do ser humano*»¹¹.

Após a quinta revisão constitucional, aprovada pela Lei Constitucional n.º 1/2001 de 12 de Dezembro, o artigo 26.º da Constituição Portuguesa¹² passou a acolher nove direitos fundamentais que, tal como o direito à vida e à integridade

¹⁰ De acordo com o estipulado no Artigo 1.º da Lei Fundamental «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 GILBERT HOTTOIS/ MARIE-HÉLÈNE PARIZEAU, *Dicionário de Bioética*, p.331, *apud* PEREIRA, André Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º19, 2009, p.15.

¹² Artigo 26.º (Outros direitos pessoais)

1. 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.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

física, se encontram integrados na categoria de direitos de personalidade. Entre estes importa realçar, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar estatuído no final do n.º 1 daquele preceito e que o n.º 2 vem reforçar ao imputar ao legislador a obrigação de estabelecer garantias concretas que impeçam a violação do direito à reserva e intimidade da vida privada e familiar. O Estado fica assim não apenas obrigado a respeitar aquele direito, como também a instituir mecanismos que impeçam a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias¹³.

O direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁴ decompõe-se em dois direitos, ditos menores: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem¹⁵, existindo para isso instrumentos jurídicos de cariz cível e penal ao dispor, do titular destes direitos em ordem à sua garantia. No que ao dever de sigilo médico concerne, o direito à intimidade do doente é afirmado numa vertente positiva como direito a que o conhecimento dos seus dados pessoais se limite ao estritamente necessário ao tratamento médico, e numa vertente negativa no direito a que os dados partilhados com o médico sejam utilizados exclusivamente para os fins e no âmbito do tratamento médico para que haja prestado o seu consentimento¹⁶.

¹³ CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.471.

¹⁴ O Tribunal Constitucional formulou, pela primeira vez, uma definição do conteúdo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, no Acórdão n.º 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 respetivo 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». Posteriormente, encontramos referências ao dito Acórdão em outras decisões emanadas do mesmo Tribunal como é o caso do Acórdão n.º 319/95, de 20 de Junho de 1995, do Acórdão n.º 263/97, de 19 de Março de 1997, do Acórdão n.º 355/97, de 7 de Maio de 1997.

¹⁵ CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*... p.471.

¹⁶ Neste sentido GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética*, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, n.º 26, Enero-Junio, 2007, p.44.

O segredo profissional do médico afigura-se-nos como instrumento de excelência na proteção da esfera da vida privada e familiar do doente que a Constituição delimita por recurso aos critérios de ponderação da dignidade da pessoa humana e da privacidade.

A necessidade de proteção do direito de personalidade da reserva da vida privada justificou a consagração de um *direito ao segredo do ser*, beneficiando na qualidade de direito fundamental do regime especial, previsto no artigo 18.º da CRP, dos *direitos, liberdades e garantias*: aplicação imediata, vinculação de todos os sujeitos de direito, públicos e privados, e restrições impostas apenas por lei e na medida do necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹⁷.

Não obstante o exposto, e atentas as implicações familiares da inovadora medicina genética atual, não deverá este direito fundamental ser revisitado? Dito de outro modo, o reconhecimento do direito à reserva da vida privada e familiar nas duas vertentes que enunciámos reconhece o direito à privacidade dentro do próprio seio familiar onde se estabelecem relações de grande proximidade. Segundo de DIOGO LEITE DE CAMPOS os membros de uma família não se eximem dos seus direitos pessoais no seio familiar¹⁸, mantendo-se o direito à privacidade mesmo na relação com outros elementos da família. No entanto, a determinação do conteúdo, extensão e nível de proteção desse direito deve obedecer aos critérios já enunciados por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, isto é, o respeito dos comportamentos, o respeito do anonimato e o respeito da vida em relação¹⁹. Teremos oportunidade de os densificar em sede própria.

¹⁷ Artigo 18.º «(Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. 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. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

¹⁸ CAMPOS, Diogo Leite de (1991), “Lições de Direitos da Personalidade”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXVII, Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 211.

¹⁹ CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ... p.468.

2.3. Direito Civil

O segredo médico é instrumento privilegiado de proteção do direito à reserva da vida privada e familiar, um direito que, para além da tutela constitucional, merece consagração expressa no Direito Civil. Neste campo específico o dever de segredo radica quer no direito geral de personalidade expresso no artigo 70º, quer no direito especial de personalidade estatuído no artigo 80º, ambos do Código Civil. Como ensina CAPELO DE SOUSA, o artigo 70º do CC representa uma «*tutela geral da globalidade da personalidade humana*»²⁰ cuja violação confere ao lesado o direito de requerer, nos termos do artigo 70º, n.º 2 do CC, «*as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida*». Sobre a mesma norma debruça ORLANDO DE CARVALHO entendendo que se trata de «*um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com jus à sua “liberdade de desabrochar” (com direito ao ‘livre desenvolvimento da personalidade’ de que falam já certos textos jurídicos). Trata-se de um jus in se ipsum radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação (...). Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna*»²¹.

Além desta tutela geral da personalidade e como já referimos, o Código Civil português acolhe no seu artigo 80º, sob a epígrafe «Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada», um direito de personalidade especial. A norma pioneira no panorama jurídico internacional ²² concede tutela expressa ao direito ao segredo estatuído que «1. Todos devem guardar reserva quanto à

²⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *A Tutela Geral da Personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 105.

²¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1981, p. 90, *apud* PEREIRA, André Gonçalves Dias, *Ob. Cit.*, p.16.

²² É importante realçar que no nosso ordenamento jurídico, a lei consagra expressamente a intimidade da vida privada como objeto de um direito de personalidade, contrariamente a outros sistemas legais onde se debate, comumente de forma inconclusiva, se a intimidade da vida privada é alvo de um verdadeiro direito subjetivo, ou se, de modo diverso, corresponde a uma simples liberdade ou faculdade. Sobre este aspeto veja-se CABRAL, Rita Amaral, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: Universidade de Lisboa Editora, p.13.

intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas». Este direito integra a categoria de direitos de personalidade fundamentais que nas palavras de MOTA PINTO são de tal modo essenciais que *«a própria personalidade humana quedaria descaracterizada se a proteção que eles concedem não fosse reconhecida pela ordem jurídica»*²³. O preceito em análise visa proteger a vida privada de cada ser particular e radica na concessão de uma esfera privada onde cada um se possa recolher para orientar a sua conduta pelos valores assumidos, um espaço de autonomia que os outros não devem violar sob pena de ilicitude ²⁴.

2.4. Normas Deontológicas

Para o tratamento deste ponto, principiemos pelos ensinamentos de CUNHA RODRIGUES: *«ao legislador compete eleger os casos em que os superiores interesses da comunidade justifiquem a quebra do segredo. O resto pertence ao médico. A ele, só a ele, cabe a última decisão, tendo sempre presente a relação de confiança que deve existir entre si e o doente, relação que é pressuposto e condição da eficácia do acto médico e, nessa exacta medida, da própria função social da medicina»*²⁵. Aderimos aos ensinamentos do Autor, sem esquecer contudo que cabe antes de mais ao legislador a determinação das áreas cobertas pelo segredo ou as salvaguardadas por causas de justificação da quebra de segredo, e em último caso ao juiz aplicador do Direito a decisão do que venha a ser o não adequado revelar ou manter sob segredo no caso concreto. De resto só assim se pode almejar um sistema sólido e adequado. Vejamos.

A deontologia profissional corresponde a um conjunto de regras relativas à forma como alguém deverá comportar-se na qualidade de membro de um determinado corpo social. É por isso encarada como um dever ser profissional, na medida em que contempla um conjunto de regras referidas a uma determinada profissão, alicerçadas nos princípios da moral e do direito. O

²³ PINTO, Paulo Mota, *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, p.482.

²⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *A Tutela Geral da Personalidade...* p. 317.

²⁵ RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Lugares do Direito – Parte IV Temas de Ciências Criminais – O Segredo Médico*, Coimbra, 1999, p.491.

segredo médico comunga deste caráter normativo encontrando consagração expressa no Código Deontológico da Ordem dos Médicos (CDOM) ²⁶. Uma imposição aos profissionais da medicina inspirada em Códigos Internacionais como Código Internacional de Ética Médica ou os Princípios de Ética Médica Europeia, e em Declarações Universais como sejam a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Declaração de Helsínquia, ou a Declaração de Lisboa.

Neste sentido o CDOM dedica ao segredo médico todo o Capítulo XI, que inicia pela exposição do princípio geral no artigo 85º: «*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*». O segredo médico é reconhecido como dever inerente à profissão médica, independentemente do modo como seja exercida ²⁷. E os médicos empossados de «*confidentes necessários do doente*» ²⁸. Prossegue com a delimitação do âmbito do segredo médico, incluindo no nº2 do seu artigo 86º «*O segredo 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 diretamente 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*

²⁶ Bem como no Código Deontológico da Ordem dos Enfermeiros, publicado em anexo à Lei 11/2009 de 16 de Setembro de cujo artigo 85º sob a epígrafe «Do dever de sigilo» consta O enfermeiro, obrigado a guardar segredo profissional sobre o que toma conhecimento no exercício da sua pro-fissão, assume o dever de:

a) Considerar confidencial toda a informação acerca do destinatário de cuidados e da família, qualquer que seja a fonte;

b) Partilhar a informação pertinente só com aqueles que estão implicados no plano terapêutico, usando como critérios orientadores o bem-estar, a segurança física, emocional e social do indivíduo e família, assim como os seus direitos;

c) Divulgar informação confidencial acerca do indivíduo e família só nas situações previstas na lei, devendo, para tal efeito, recorrer a aconselhamento deontológico e jurídico;

d) Manter o anonimato da pessoa sempre que o seu caso for usado em situações de ensino, investigação ou controlo da qualidade de cuidados.

²⁷ Nesta linha, a relação profissional que investe o médico no dever de segredo não exige um contexto de consulta formal, basta que o confidente se dirija ao agente como médico. O segredo não exige a celebração efetiva de um contrato.

²⁸ ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. I, Coimbra, 2005, p.266.

clínica do doente ou de terceiros; c) Os factos resultantes do conhecimento dos meios complementares de diagnóstico e terapêutica referentes ao doente; d) Os factos comunicados por outro médico ou profissional de saúde, obrigado, quanto aos mesmos, a segredo».

Um leque alargado de factos sinteticamente descritos por LUÍS ABREU que entende abrangido pelo segredo médico *«não só aquilo que foi objecto de diagnóstico, as características físicas e psicológicas do doente e da doença, mas também os hábitos de vida e até a situação económica ou profissional do paciente»*²⁹. De modo mais detalhado, COSTA ANDRADE adianta como factos integrantes do segredo profissional do médico a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, a resposta ao tratamento. Bem como, os exames, os meios de diagnóstico e toda a informação constante de relatórios, ficheiros, processos clínicos, radiografias, ecografias e tumografia computadorizada. Ao que acresce, os traços de carácter revelados pelo paciente, as suas reacções aos diferentes actos médicos, os factos atinentes à sua vida privada, profissional, à situação económica, financeira ou política, bem como os gostos, vícios, abusos, excessos e actos ilícitos, como pertencentes ao âmbito da protecção do segredo médico ³⁰.

Do CDOM importa ainda realçar o artigo 88º que sob a epígrafe «Escusa do segredo médico» dispõe que *«excluem o dever de segredo médico: a) O consentimento do doente (...); 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»*. Bem como o previsto no artigo 89º relativo a condutas que não se consideram violadoras do segredo médico. De acordo com o preceito *«1. A obrigação do segredo médico não impede que o médico tome as precauções necessárias, promova ou participe em medidas de defesa da saúde, indispensáveis à salvaguarda da vida e saúde de pessoas que possam contactar com o doente, nomeadamente dos membros da família e outros conviventes. 2. Sendo a preservação da vida o valor fundamental,*

²⁹ *Idem*, p.275.

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico...*, Coimbra, 2004, p.184.

deverá o médico, em circunstância em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar este comportamento, nomeadamente declarando que irá revelar a sua situação às pessoas interessadas. Se o doente não modificar o seu comportamento, apesar de advertido, o médico deve informar as pessoas em risco, caso as conheça, após comunicar ao doente que o vai fazer». Esta é uma norma de absoluta relevância atentos os atuais contornos do exercício da medicina, e as características das doenças que afetam a nossa sociedade. Aliás, todas as normas deontológicas são de suma importância para outros âmbitos do Direito e a elas nos voltaremos a referir adiante.

2.5. Legislação no âmbito da Saúde

Atenta a premência da proteção do direito à privacidade no contexto das sociedades modernas, também no quadro legislativo da saúde é reconhecido o direito à confidencialidade da informação de saúde dos doentes em vasta legislação dispersa da qual citaremos apenas a mais relevante. Desde logo a Lei de Bases da Saúde aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, estabelece o direito ao respeito pela confidencialidade dos seus dados pessoais - al. d) do n.º 1 da Base XIV. Este direito dos utentes à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhe respeitam decorre, desde logo, do direito fundamental à proteção dos dados pessoais informatizados, consagrado no artigo 35º da CRP, mas também do direito à vida privada e familiar consagrado no artigo 26º que já tivemos oportunidade de explanar.

Neste campo merece destaque a Lei da Proteção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE306, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação ³¹. No artigo 2º do diploma é consagrado como princípio geral que *«o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida*

³¹ Diretiva 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.

privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais». No que aos dados médicos respeita, necessariamente integrados na categoria de dados pessoais sensíveis, o seu artigo 7º, n.º 4 dispõe que os profissionais não médicos que têm por função realizar o tratamento desses dados estão obrigados a segredo, e caso violem esta obrigação poderão, inclusivamente, incorrer no crime previsto no artigo 47º - Violação do dever de sigilo - da presente lei.

A Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, sobre a Informação Genética Pessoal e Informação de Saúde, que definiu os conceitos de informação de saúde, de informação genética, e de circulação de informação de saúde, estabeleceu que a informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa – sendo os estabelecimentos prestadores de cuidados de saúde os seus depositários -, e esta só pode ser utilizada no âmbito da prestação de cuidados, da investigação em saúde e outros fins estabelecidos pela lei (n.º 1 do artigo 3.º). Neste contexto, estabeleceu que - n.º 1 do artigo 4º - ao utente titular da informação de saúde assiste o direito à proteção da confidencialidade da informação, por parte dos responsáveis pelo seu tratamento através de providências que garantam a segurança das instalações e equipamentos, o controlo no acesso à informação, bem como o reforço do dever de sigilo e da educação deontológica de todos os profissionais.

A Lei da Saúde Mental, aprovada pela Lei n.º 36/98, de 24 de Julho, estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica, designadamente das pessoas com doença mental. Segundo este diploma, e para além do disposto na Lei de Bases da Saúde ³², o utente dos serviços de saúde mental tem ainda o «*direito de usufruir de condições dignas de habitabilidade, higiene, alimentação, segurança, respeito e privacidade*» - art.5º, f).

No âmbito específico da proteção de dados relativos à saúde, existem ainda diversas disposições nacionais e internacionais, sem força vinculativa e entre os quais se destaca a Carta dos Direitos das Pessoas Doentes, que menciona o direito do doente à confidencialidade sobre todas as informações sobre o seu

³² A Lei da Saúde Mental remete para a Lei de Bases da Saúde no seu artigo 5º.

estado de saúde, diagnóstico, prognóstico, tratamento, bem como outras informações pessoais, salvo autorização expressa do doente. Por seu turno, a Carta Europeia dos Direitos do Paciente reconhece o direito à confidencialidade sobre a sua informação pessoal e de saúde (diagnósticos e tratamentos). Neste sentido, o Parecer sobre os direitos do paciente do Comité Económico e Social Europeu³³ prevê que *«cada cidadão tem direito à confidencialidade das informações relativas ao seu estado de saúde, ao diagnóstico formulado e às modalidades de tratamento, mas também ao respeito da sua privacidade durante a realização de análises, consultas, tratamentos médicos e intervenções cirúrgicas»*.

Decorre do exposto que a tutelado direito à intimidade e privacidade familiar por meio do segredo médico assume a função de pilar estrutural do próprio sistema de saúde. A proteção do segredo garante a funcionalidade do sistema de saúde dando respostas às exigências individuais que gravitam em torno da prestação de cuidados médicos e se vêm sobrepondo a exigências sociais de saúde pública. Porém, neste tradicional conflito entre a privacidade do indivíduo e a efetividade da saúde pública há novos fatores a ponderar carreados pelas descobertas na área genética, que impõem um redimensionamento das variáveis integradas nesta equação como seja a necessidade de circulação da informação. No restrito campo da informação genética a tensão entre o interesse individual de manutenção da confidencialidade e o interesse de um determinado grupo na divulgação da mesma informação agudiza-se exigindo o repensar dos valores que presidem a esta problemática.

2.6. O Dever de Segredo no Direito Penal: O Crime de Violação de Segredo

³³ Disponível em

<http://www.bmop.pt/parecerdocomiteeconomicoesocialeuropeusobreosdireitosdopaciente.pdf>.

Diferentemente do que vimos suceder com o Direito Civil no *supra citado* artigo 70º do Código Civil, o Direito Penal não prevê norma com similar abrangência por não ser congruente com os princípios da Subsidiariedade, Fragmentariedade e Legalidade, que lhe são inerentes. Como nos ensina COSTA ANDRADE, compreende-se que sejam «*dimensões concretizadas e determinadas ou, noutra linguagem, “zonas” ou “camadas” claramente delimitadas e, por vias disso, necessariamente descontínuas, da personalidade que o direito penal trata como bens jurídicos e a que dispensa a sua específica tutela*»³⁴. A quebra do segredo profissional que incumbe aos médicos constitui a prática do tipo de crime previsto no artigo 195º do Código Penal Português³⁵ que presta tutela a interesses de cariz comunitário e individual. Um breve apontamento histórico para recordar o Decreto-Lei n.º 32 171, de 29 de Julho de 1942, relativo ao sigilo médico e exercício ilegal da medicina. Com ele passou a existir normas de natureza penal e processual penal respeitantes especificamente à matéria do segredo médico, pelo que, em face de lei especial ficou afastada a lei geral do Código Penal de 1852. Vigorou a partir de então e até à entrada em vigor do Código Penal de 1982, o artigo 7º daquele diploma que previa pena de prisão para o médico que revelasse, sem justa causa, segredo que viesse ao seu conhecimento em razão da sua profissão³⁶. Em 1 de Janeiro de 1983 entrou em vigor o novo Código Penal, que deixou de prever especificamente o crime de violação do dever de segredo profissional pelo médico. No entanto, no novo diploma passou a constar o artigo 184º relativo à *Violação do segredo profissional* (preceito veio a ser alterado com a Reforma do Código Penal de 1995, mantendo até hoje a sua redação) incriminação geral de violação de segredo aplicável a todos os que a ele se sujeitassem e revelassem segredo de que tivessem tido conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte.

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico Criminal*, Coimbra Editora, p.12.

³⁵ Poder-se-ia pensar que, estando em causa bens jurídicos ligados à privacidade e intimidade das pessoas, estaríamos perante situações subsumidas à incriminação do artigo 192º do CP, que pune a devassa da vida privada. No entanto, estando em causa uma conduta médica, verifica-se um concurso aparente entre este crime e o Crime de Violação de Segredo previsto e punido pelo artigo 195º do mesmo diploma.

³⁶ Sobre este diploma veja-se: RUEFF, Maria do Céu, *Violação de segredo em medicina*, in *Acta Médica Portuguesa*, nº23, 2010.

Integrado no Capítulo relativo à «*violação da esfera pessoal e da vida privada*», o tipo legal de crime inscrito no artigo 195º do Código Penal³⁷ tem na sua base o dever de confidencialidade por meio do qual «*se pretende proteger, para lá do simples interesse comunitário da confiança na discrição e reserva, a privacidade em sentido material, isto é, a privacidade no seu círculo mais extenso, abrangendo não só a esfera da intimidade como a esfera da privacidade stricto sensu*»³⁸. Para além deste elemento sistemático, também os elementos literal e axiológico apontam para a prevalência da autonomia, a liberdade e a vontade do paciente enquanto titular do segredo. O que não obsta à verificação em paralelo de uma tutela de valores comunitárias e institucionais e que se identificam com o prestígio e confiança que são depositados em determinadas profissões, como seja a profissão médica. Tanto assim é que, o próprio Código de Processo Penal estipula, no seu art.135º, nº5, que, em caso de necessária quebra de segredo, deve ser ouvido o «*organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional*» fazendo, desta forma, intervir as instâncias incumbidas da preservação do prestígio e da confiança na profissão médica: a Ordem dos Médicos.

Em termos simples, integra este tipo legal de crime aquele³⁹ que divulgar ou revelar segredo alheio. O segredo, enquanto facto apenas conhecido por um

³⁷ Violação de segredo - Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

³⁸ MONIZ, Helena, *Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro, 2000, p. 636. Para maior detalhe sobre a *Teoria das Três Esferas* veja-se ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ªed, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2012, Artigos 192º, § 9 e ss e 195º, § 16. No sentido da Autora citada, MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *La protección penal del secreto médico en el Derecho español*, in *Actualidad Penal*, Número 10, 1996, que sintetizando os critérios que justificam a punição da quebra do dever de segredo, entende que «*el bien jurídico protegido es junto al quebrantamiento del deber profesional del médico, la vulneración de la intimidad del paciente*».

³⁹ O nosso CP optou por uma formulação geral e abstrata à semelhança do que acontece no CP espanhol – art.199º, nº1 «*El que revelare los secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*». Em sentido diverso, o CP alemão optou no seu §203 por uma enumeração taxativa das profissões cuja violação de segredo merece sanção criminal, apesar de não se descortinar um critério orientador das escolhas do legislador. HÜNERFELD, Peter, *Esfera Privada e Segredo* – Tradução da versão alemã de HELENA MONIZ e BERND SPEIDEL – in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.

círculo restrito de pessoas, deverá ser composto por três elementos sublinhados por HELENA MONIZ: a) tratar-se de factos conhecidos de um número circunscrito de pessoas (que não sejam do conhecimento público ou de um círculo alargado de pessoas ou que não seja um facto notório); b) que haja vontade de que os factos continuem sob reserva; e c) existência de um interesse legítimo, razoável ou justificado na reserva ⁴⁰.

Uma vez que não se pretende uma análise exaustiva da incriminação da violação do segredo profissional, terminaremos este ponto referindo apenas que se trata de uma crime de dano contra a privacidade, e ainda de um crime específico próprio. Para que seja (típica e) ilícita a conduta do médico que revela informações de saúde do seu doente tem de se tratar de factos conhecidos «*em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte*» e atingir o portador concreto do segredo. Nestes termos, o médico será punido, sempre que revelar informações sobre o paciente não estando a sua conduta a coberto do consentimento do titular do segredo ou de outra causa de justificação, nomeadamente o direito de necessidade.

O médico que tem conhecimento do segredo tem um dever de o preservar, não revelar a identidade da pessoa, os sintomas relatados, o resultado de exames complementares de diagnóstico, o diagnóstico final ou o tratamento a que foi sujeito. A violação do dever de segredo apenas não será punível se em concreto a pessoa a quem o segredo respeita permitir a divulgação. De facto, a doutrina maioritária entende que o consentimento livre e expresso do paciente dispensa da obrigação de guardar segredo e converte a conduta em lícita, uma vez que o afetado com a revelação dos factos renunciou ao seu direito à intimidade neste restrito campo ⁴¹.

De facto, direito de proteção dos dados médicos do doente pode colidir com outros direitos e interesses de maior importância, como seja a saúde de

⁴⁰ MONIZ, Helena, *Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra...* Ob. Cit., p.636.

⁴¹ Sobre esta causa de exclusão da ilicitude (ou segundo COSTA ANDRADE, exclusão da tipicidade) prevista tanto no Direito Penal – art.34º CP - como no Direito Civil – art.339º CC - veja-se com maior detalhe ANDRADE, Manuel Costa, *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, 2004, p.202; e ainda PINTO, Paulo Mota, *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. 479-586.

terceiras pessoas e a preservação da saúde pública em geral estreitamente relacionada com a dinâmica do sistema nacional de saúde, ou ainda a administração da justiça. O legislador não se eximiu de apresentar soluções para estes conflitos, tendo estabelecido as condições em que a violação do dever de segredo médico não é punida atentos os valores em causa, através desde logo das autorizações legais que, mais do relativizar o segredo, impõem limites à sua extensão no quadro do serviço nacional de saúde ⁴².

Do mesmo modo, não será ilícita a violação de segredo sempre que sejam ameaçados por um perigo iminente interesses sensivelmente superiores ao do titular do segredo e seja razoável impor-lhe o sacrifício deste interesse na confidencialidade dos factos. O Direito de Necessidade a que nos referimos é uma cláusula de exclusão da ilicitude que a Doutrina entende aplicável em hipóteses que envolvam a) a administração da justiça; b) a proteção de interesses de terceiros ou c) a defesa de interesses do próprio médico ⁴³.

3. Concretização do Regime: o caso específico dos dados genéticos

Nas sociedades modernas atuais não podemos olvidar que a ciência médica se converteu num serviço público, com as suas inerentes vantagens e desvantagens, pois a vida e a saúde das pessoas passaram a ser tuteladas como um bem comum. A própria evolução da medicina, demonstra-nos que o segredo médico não pode ser defendido em termos absolutos, devendo antes tolerar-se certas limitações, perante a prevalência de interesses coletivos sobre o interesse

⁴² É o caso do estatuído no artigo 89º do CDOM que sob a epígrafe «Precauções que não violam o segredo médico», estabelece que «a obrigação do segredo médico não impede que o médico tome as precauções necessárias, promova ou participe em medidas de defesa da saúde, indispensáveis à salvaguarda da vida e saúde de pessoas que possam contactar com o doente, nomeadamente dos membros da família e outros conviventes». Previsão reforçada pelo nº2 do mesmo artigo e que parece direcionada para a resolução de casos de portadores de HIV, em que esteja em causa um risco real e significativo para a vida, que tenha sido efetuada uma tentativa de persuasão por parte do médico de que seja o próprio doente a comunicar ao seu parceiro a sua situação clínica e por fim, que essa comunicação seja feita apenas às pessoas em risco, depois de comunicar ao portador que perante a sua falta de atuação, será o próprio médico a fazê-lo.

⁴³ Para maior desenvolvimento desta questão veja-se: PEREIRA, André Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº19, 2009. HÜNERFELD, Peter, *Esfere Privada e Segredo* – Tradução da versão alemã de HELENA MONIZ e BERND SPEIDEL – in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004. ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ªed, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Artigo 195º, Coimbra, 2012.

individual. Na verdade, em determinados casos o carácter absoluto do sigilo médico inviolável parece estar em contradição com o exercício profissional. Por outro lado, também não é defensável a posição oposta, que pressupõe a abolição do segredo médico, descorando a proteção individual que este envolve em detrimento de interesses coletivos, o que equivale fazer transfigurar o dever de segredo numa “farsa” na relação médico-doente.

As novas possibilidades de lesão do direito à intimidade e reserva da vida privada que a ciência médica hodierna oferece por meio da recolha, tratamento e divulgação de dados genéticos exigem do legislador uma proteção especial para o tratamento destes dados, seja a nível nacional, seja internacional. Uma preocupação em nada despicienda uma vez que a informação em causa se caracteriza por ser preditiva e geracional, ou seja, o seu acesso e revelação afeta a vida futura não só do titular mas também dos membros da sua família. Neste sentido a Recomendação (97) 5, de 13 de Fevereiro de 1997 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros, relativa à proteção de dados médicos, qualifica os dados genéticos como dados de qualquer tipo relacionados com as características que compõem o património genético de um grupo de indivíduos aparentados, os quais parecem outorgar-lhes certa especificidade. Não faltando quem, como RUIZ DE MIGUEL, defenda a configuração de um específico direito à intimidade genética entendido como o direito a determinar as condições de acesso à informação genética e cujo titular se deverá considerar o ser humano a que se referem os dados, independentemente da fase da vida em que se encontre ⁴⁴.

Neste contexto assume relevância a problemática do dever de segredo médico, especialmente em face dos casos de colisão entre a salvaguarda do direito à confidencialidade do doente e os interesses dos familiares do doente a que se referem os dados genéticos em aceder aos mesmos como forma de prever ou conhecer o seu próprio estado de saúde. É reconhecido na comunidade científica que, em muitas das doenças com origem numa anomalia genética, o diagnóstico e intervenção terapêutica atempadas é o único meio de prevenir

⁴⁴ *Apud* GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, *Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética*, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº26, Enero-Junio, 2007, p.73.

lesões graves e mesmo irreversíveis na saúde de uma pessoa⁴⁵. O que nos remete para a possibilidade de o médico⁴⁶ revelar uma mutação genética familiar contra a vontade do seu paciente.

O respeito pela confidencialidade demonstra-se essencial para a prática médica, porém, quando se trata de aconselhamento genético e os resultados dos testes demonstrarem que outros membros da família do paciente podem ser afetados, surgem dilemas éticos, como nos casos em que há risco para os parentes de desenvolver a doença ou terem filhos afetados por uma doença genética. É evidente o conflito entre o respeito pela confidencialidade e pela autonomia da pessoa em não querer revelar essa informação ao restante da família, e a proteção da saúde dos familiares por intermédio dos benefícios que essa informação poderia proporcionar. Se o indivíduo apresentar resistência em informar seus familiares sobre dados genéticos relevantes, podemos recorrer às soluções perfilhadas por dois modelos: o modelo legal que se fundamenta no direito à privacidade da pessoa, segundo o qual a pessoa tem direito de decidir sobre seu corpo e sua herança genética. Esta é a solução mais utilizada pelos países da União Europeia, sem esquecer o caso do Reino Unido onde a discussão em torno do valor da privacidade continua. Uns não a consideram direito absoluto nos casos de divulgação de informação a familiares, outros, entendem que as vantagens que se pretendem almejar com a revelação do segredo, como seja a cura ou tratamento, são praticamente nulas e não justificam a violação do direito à privacidade. Contraposto ao modelo médico no qual se considera a necessidade de tratar pacientes que apresentam riscos de natureza genética, tendo portanto subjacente a promoção da saúde, devendo

⁴⁵ Sobre a relevância que os dados genéticos contidos nos modernos exames complementares de diagnóstico podem assumir para a saúde dos familiares veja-se: MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004. A Autora apresenta dados de um estudo com números expressivos da relevância da revelação dos dados genéticos em doenças como o cancro rectal ou da mama.

⁴⁶ Vamos aqui assumir que o facto de ser ou não médico da família e não exclusivamente do doente titular dos dados genéticos é indiferente, pois consideramos que a solução que propugnamos será aplicável em qualquer dos casos.

pois o paciente partilhar a informação genética de que dispõe com os seus familiares⁴⁷.

A solução para este conflito entre a proteção dos dados genéticos e a proteção da saúde tem sido alcançada por via da figura do estado de necessidade que tende a tutelar os direitos dos familiares quando a saúde ou a vida dos mesmos estiverem em risco. Ainda assim, alguns países possuem legislação para incidente sobre este problema. Veja-se o caso da Austrália onde se estabeleceu que, uma vez envidados todos os esforços para obter o consentimento, não se alcance sucesso, é lícito revelar a informação genética pertinente caso haja risco iminente para outro membro da família. Em sentido oposto, nos Estados Unidos da América, a Associação Médica Americana proíbe os profissionais da saúde de revelar qualquer dado médico ou genético à família sem o consentimento do doente. No entanto, a justiça americana proferiu decisões considerando existir de um dever de informar familiares sobre resultados de exames que podem trazer risco de vida iminente, entendimento que tem sido estendido aos testes genéticos⁴⁸.

Quanto ao panorama nacional, e tendo presente o enquadramento normativo anteriormente exposto, a violação do segredo profissional em situações justificadas não pode configurar como ilegalidade (seja da perspetiva civil, seja penal ou até disciplinar), principalmente quando se visa proteger um interesse contrário superior e mais importante (não faltando mesmo quem se refira a um *duty to disclose*). Do mesmo modo que não pode ficar dependente da verificação em concreto de todos os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude. Referimo-nos em concreto aos requisitos de perigo iminente para o bem jurídico de que depende a justificação da conduta típica por via do direito de necessidade e cuja verificação nos casos de doenças genéticas não é questão linear⁴⁹. Um raciocínio igualmente válido para a ilicitude civil.

⁴⁷ MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004, p. 220.

⁴⁸ BLACK L, MCCLELLAN KA, *Familial communication of research results: A need to know?*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2011, Vol. 39:4.

⁴⁹ MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004, p. 234.

Seguimos de perto a proposta apresentada por HELENA MONIZ quanto à necessidade de legislar mais especificamente no âmbito do segredo médico no sentido da atipicidade da conduta do médico que, tendo em vista a saúde de pessoas interessadas no conhecimento dos dados médicos revelados pelo paciente que decide não colaborar, quebre o segredo. Com a Autora, entendemos que a fim de evitar dificuldades na qualificação casuística como lícita ou ilícita da conduta do médico que revela informação genética significativa para a proteção da saúde de familiares potencialmente afetados pela mutação genética detetada no exame genético realizado ao seu paciente, deve ser expressamente consagrada solução legal que delimite as situações em que aquela revelação não será punível.

O normativo proposto pela ilustre jurista congrega os pressupostos de exclusão da ilicitude: *«Não é punível a revelação de segredo alheio efetuada 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, a prevenir grave e irreversível lesão da saúde física ou psíquica de terceiro»*⁵⁰. cremos ser esta a melhor solução a adotar amplamente de modo a abranger os vários ramos do direito que referem e sancionam a violação do dever de segredo médico.

⁵⁰ *Idem.*

Considerações Finais

«Neste mundo desapiedado 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»

MIGUEL TORGA ⁵¹

Tradicionalmente ligado à questão da humanização na saúde, e apesar de presente desde tempos remotos como mandamento fundamental e invariável das relações médico-paciente, o segredo médico é na atualidade instado a dar resposta às novas necessidades decorrentes dos conhecimentos permitidos pelas descobertas realizadas pela genética. Isto porque, a informação genética agora acessível através de testes preditivos e de diagnóstico apresenta características diversas dos tradicionais dados médicos. Estes eram decisivamente individuais gozando sem restrições da tutela da privacidade proporcionada pelo dever de segredo médico. Os novos dados genéticos, pelo contrário apresentam um carácter familiar que poderá fundamentar um desvio ao individualismo que marcou a prestação de cuidados médicos, no sentido da sustentação de um dever de defesa e promoção da saúde (familiar). A constatação destes novos aspetos dos cuidados médicos implica repensar o dever de segredo, reconformar a confidencialidade em que assenta a confiança médico-paciente.

⁵¹ TORGA, Miguel (1995), Diário XVI, 2ª ed., Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 19.

Bibliografia

ABREU, Luís Vasconcelos, *O segredo médico no direito português vigente*, in Estudos de Direito da Bioética, Vol. I, Coimbra, 2005.

ANDRADE, Manuel Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ªed, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Artigo 195º, Coimbra, 2012.

_ *Direito Penal Médico: SIDA, testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra, 2004.

_ *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Uma perspectiva Jurídico Criminal*, Coimbra Editora, 1996.

BLACK L, MCCLELLAN K. A., *Familial communication of research results: A need to know?*, in The Journal of Law, Medicine & Ethics, 2011, Vol. 39:4.

CABRAL, Rita Amaral, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa: Universidade de Lisboa Editora.

CAMPOS, Diogo Leite de (1991), “Lições de Direitos da Personalidade”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXVII, Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 211.

CANOTILHO, J J Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.471.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath, *A Tutela Geral da Personalidade* Coimbra Editora, 1995.

CASABONA, Carlos M. Romeo, *Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnología*, in Poder Judicial, 2ª época, Número 31, Setembro de 1993.

FRIEDLAND, Bernard, *Physician-patient confidentiality. Time to re-examine a venerable concept in light of contemporary society and advances in medicine*, in The Journal of Legal Medicine, nº15.

GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, *Los límites del deber de sigilo del médico en las situaciones de riesgo. Especial referencia al ámbito de la genética*, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº26, Enero-Junio, 2007.

GRAÇA, António Pires Henriques da, *Sigilo Médico, deontologia e tutela penal*, in *Coletânea de Jurisprudência do STJ*, ano VII, Tomo I, 2000.

HÜNERFELD, Peter, *Esfera Privada e Segredo – Tradução da versão alemã de HELENA MONIZ e BERND SPEIDEL – in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.

LOUREIRO, João Carlos Gonçalves, *Genética, moínhos e gigantes: Quixote revisitado. Deveres fundamentais, «sociedade de risco» e biomedicina?*, in *Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, p. 29-48.

MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, *La protección penal del secreto médico en el Derecho español*, in *Actualidad Penal*, Número 10, 1996.

MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia de, *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad “versus” interés público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MONIZ, Helena, *Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº14, 2004.

MONIZ, Helena, *Segredo Médico, Acórdão da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2000 e Acórdão da Relação do Porto de 20 de Setembro de 2000*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 10, Fasc. 4.º, Outubro – Dezembro, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme Falcão de, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma*, in *Temas de Direito da Medicina I*, Coimbra, 2005.

OTERO, Paulo, *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, 1999.

PEREIRA, André Dias, *O dever de sigilo médico: um roteiro da lei portuguesa*, in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº19, 2009.

PINTO, Paulo Mota, *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. 479-586.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Lugares do Direito – Parte IV Temas de Ciências Criminais – O Segredo Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

RUEFF, Maria do Céu, *Segredo médico e VIH/SIDA, Perspectiva Ético-Jurídica*, in *Acta Médica Portuguesa*, n.º17, 2004.

RUEFF, Maria do Céu, *Violação de segredo em medicina*, in *Acta Médica Portuguesa*, n.º23, 2010.

Andreia Costa Andrade

Doutoranda em Direito Público (FDUC)
Investigadora do Centro de Direito Biomédico

Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 4 • N.º 06 • Novembro 2016

