



Sónia de Sousa Mendes

**Violação de Segredo Médico e o Direito de Necessidade
como causa de justificação:
Estudo do caso do VIH/SIDA**

Dissertação em Ciências Jurídico-Forenses, com a orientação da Professora
Doutora Maria João Antunes

Coimbra, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**Violação de Segredo Médico e o Direito de Necessidade como causa de
justificação:
Estudo do caso do VIH/SIDA**

**Violation of Medical Confidentiality and their breach justified with the
Right of Necessity:
Study of HIV/AIDS**

Sónia de Sousa Mendes

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses

Orientadora: Professora Doutora Maria João Antunes

Coimbra
2017

Agradecimentos

A realização de uma dissertação exige um trabalho individual e por vezes solitário, no entanto, indirectamente somos ajudados por aqueles que nos rodeiam seja pelos conselhos, pela motivação ou pela paciência em momentos de maior tensão.

Por este motivo, começo por agradecer à minha mãe e à minha irmã pelo apoio incondicional, pela motivação, pela paciência e, sobretudo, por acreditarem nas minhas capacidades. Obrigada por serem um exemplo a seguir e por estarem sempre do meu lado.

Agradeço também à minha família pelo carinho, pelo incentivo e por compreenderem as minhas ausências nas fases mais complicadas.

A todos os meus amigos e ao Gustavo, pelo companheirismo, por estarem sempre presentes e prontos a ajudar e por me dizerem constantemente “Tu vais conseguir”, um grande obrigada.

Por fim expresso o meu agradecimento à Professora Doutora Maria João Antunes pela disponibilidade e pela orientação desta dissertação pois, sem a sua ajuda, a apresentação deste trabalho não seria possível.

Resumo

Este estudo aborda o dever de sigilo médico, cuja violação se encontra prevista, ainda que de forma generalizada, no art.195º do Código Penal. É feita uma exposição acerca das suas características e limites recorrendo à doutrina e jurisprudência. Para finalizar, são abordadas as situações em que é permitido ao médico violar o dever de segredo, dando ênfase à questão do direito de necessidade quando confrontados com pessoas portadoras do vírus VIH/SIDA.

Palavras-chave: Segredo, Violação de Segredo, Sigilo Médico, art.195º, Médico, Causas de Justificação, Direito de Necessidade, VIH, SIDA

Abstract

This study addresses the duty of medical confidentiality, whose violation is foreseen, although in a generalized way, in art. 195º of the Penal Code. An exposition is made about it's characteristics and limits resorting to the doctrine and jurisprudence. Finally, it addresses the situations in which the doctor is allowed to violate the duty of confidentiality, emphasizing the issue of the right of necessity when confronted with people with HIV/AIDS.

Key-words: Confidentiality, Violation of Confidentiality, Medical Confidentiality, art.195º, Doctor, Breach of Confidentiality, Right of Necessity, HIV, AIDS

Lista de siglas e abreviaturas

Al.: Alínea

Art.: Artigo

CDOM: Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CNECV: Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

CP: Código Penal

CPP: Código Processual Penal

CRP: Constituição da República Português

DL: Decreto-Lei

DLG: Direitos, Liberdades e Garantias

EOM: Estatuto da Ordem dos Médicos

Nº: Número

OM: Ordem dos Médicos

PGR: Procuradoria-Geral da República

SIDA: Síndrome de Imunodeficiência Adquirida

SINAVE: Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica

VIH: Vírus da Imunodeficiência Humana

Índice

Agradecimentos	2
Resumo	3
Abstract.....	3
Lista de siglas e abreviaturas	4
Índice	5
Introdução	7
Capítulo I.....	8
1. História.....	8
2. Breve alusão a outros Ordenamentos Jurídicos	9
3. Direito Português	10
3.1 Direito Constitucional	10
3.2 Direito Penal	12
3.3 Lei de bases da saúde.....	13
3.4 Carta dos Direitos e Deveres do doente.....	14
3.5 Estatuto da Ordem dos Médicos	14
3.6 Código Deontológico	14
4. Bem Jurídico protegido.....	16
5. Segredo	18
5.1 Segredo Médico	20
Titular do segredo	22
Sujeitos do dever.....	23

Pessoas de quem o médico tem que guardar segredo	24
Dimensão temporal	25
Consentimento	26
Capítulo II.....	28
1. Acordo presumido.....	29
2. Autorizações e imposições legais	29
3. Médico chamado a testemunhar	31
4. Direito de Necessidade	33
5. Prossecução de interesses legítimos	37
Capítulo III.....	39
1. Sida: Breve Noção	39
2. Direito de necessidade e HIV: Revelação de factos a terceiros.....	41
Revelação ao cônjuge/companheiro	43
Revelação a outros familiares/terceiros	49
Conclusão.....	51
Bibliografia	54
Outras referências:	55
Legislação	56
Jurisprudência	56

Introdução

A nossa Constituição consagra uma série de Direitos Fundamentais e um deles visa proteger a intimidade e vida privada de uma pessoa. Sendo um direito essencial à vida em comunidade, também é protegido pela nossa lei penal, que prevê expressamente, ainda que de forma generalizada, a Violação de Segredo no seu art.195°.

Com este trabalho pretendo abordar este crime de Violação de Segredo em conjugação com os códigos e normas deontológicas médicas, tendo como objectivo compreender em que casos é que estes profissionais de saúde podem violar a intimidade de uma pessoa recorrendo a uma das suas causas de justificação: o direito de necessidade.

Ademais, visto que o HIV/SIDA configura um dos problemas de saúde da actualidade, com um impacto bastante negativo aos olhos da sociedade, resultando muitas vezes na discriminação dos portadores do vírus, será feita uma análise dos casos em que aos médicos é permitido revelar a terceiros, através do direito de necessidade, que o doente é seropositivo.

Ao longo deste estudo, serão abordadas as características e limites deste dever de segredo, recorrendo às normas portuguesas, mas também à doutrina, jurisprudência e direito comparado.

Capítulo I

“Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo religioso.”¹

“Mesmo após a morte do doente respeitarei os segredos que me tiver confiado.”²

1. História

Segredo, do Latim, *Secretu*, diz respeito a algo que é revelado a outra pessoa mas que, por sua vez, não deve ser revelado a terceiros. Como afirma Cunha Rodrigues, as sociedades evoluíram segundo o segredo, desde a organização das tribos, o aparecimento das cidades, os conselhos de sábios que deliberavam à porta fechada, utilizando a expressão: *“é frequente os príncipes levarem os segredos para a tumba”*.³

A sua origem na medicina remonta aos escritos hipocráticos⁴, considerando-se o primado histórico face aos restantes segredos profissionais⁵. Ademais, estes escritos forneceram uma delimitação da arte e impuseram determinadas condutas e comportamentos relativamente à relação médico – doente e, por fim, actuou como *“veículo de transmissão de conhecimentos entre os pares”*.⁶

A medicina Árabe e Judaica conservou este dever deontológico, ao passo que, na Idade Média, este não era garantido no mundo Ocidental. Todavia, este volta a emergir na Europa em virtude, numa primeira fase, do pensamento Iluminista e, posteriormente, do

¹ HIPOCRATIS OPERA VERA ET ADSCRIPTA, Tomus Quartus, Lausanne MDCCLXXI, pág: 197-198-199

² FÓRMULA DE GENEBRA, Adoptado pela Associação Médica Mundial, em 1983

³ RODRIGUES, CUNHA, *“Lugares do Direito”*, Coimbra Editora, 1999, pág.471

⁴ Hipócrates é considerado uma das figuras mais conceituadas da medicina, sendo apontado por alguns como o “pai da medicina”. Nasceu na ilha de Cós, Grécia, e estima-se que terá vivido entre 460 a 370 a.C.

⁵ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *“Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo”*, Coimbra Editora, 2004, pág. 172

⁶ RUEFF, MARIA DO CÉU, *“O Segredo Médico como garantia de não discriminação, Estudo de caso: HIV/SIDA”*, Coimbra Editora, 2009, pág.74

espírito Liberal. Na sequência da II Guerra Mundial, a preocupação com a defesa dos Direitos Humanos intensificou-se e o segredo médico acompanhou essa nova via de pensamento.⁷ Por conseguinte, surgiram inúmeros textos, nacionais e internacionais que contemplaram este segredo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 10 de Dezembro de 1948, prevê no seu art. 12º o seguinte: “*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.*”

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 16 de Dezembro de 1966, preceitua no seu art.17º nº1: “*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. Breve alusão a outros Ordenamentos Jurídicos

CUNHA RODRIGUES, na sua obra “Lugares do Direito”, elabora uma breve compilação de direito comparado relativo ao segredo médico que se demonstra oportuno analisar.

Desde já, é possível afirmar que todos os sistemas têm em si uma certa percepção sobre o segredo médico, sendo que, com base na generalidade da doutrina, este é sustentado na ideia de confidência.

- i. França: existe uma concepção que alegadamente é de segredo absoluto, no entanto, existe um número considerável de excepções. Por exemplo, os médicos têm a possibilidade de denunciar a prática de abortos clandestinos.

⁷ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS: “*O Sigilo Médico: Análise do Direito Português*”, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, 2008, pág. 3

- ii. Alemanha: está prevista a violação do segredo e é admitida a recusa de colaboração com a justiça, no entanto, é imposto ao médico o dever de informar em certas situações e ainda o obriga a depor no caso de haver o consentimento expresso do doente.
- iii. Itália: dispõe de uma lista de casos que impõem ao médico a revelação de certos factos. Relativamente ao dever de cooperação com a administração da justiça, é admitido o direito de recusa, excepto quando seja imposto por exigências de processo penal.⁸

3. Direito Português

Inicialmente, o segredo médico era tido como um valor absoluto e supremo, ao qual apenas competia ao médico decidir sobre ele, porém, este pensamento já não se harmoniza com a sociedade e a medicina dos dias de hoje.⁹

O segredo médico surge tipificado pela primeira vez no Código Penal de 1852, aludindo, de uma forma generalizada, a todos os funcionários públicos.¹⁰ Desde então, é possível encontrar vários diplomas que consagram este segredo, além do já referido Código Penal, sendo imperativo mencionar que se refere a um valor protegido constitucionalmente. Importa, de seguida, fazer uma alusão a alguns desses diplomas em que é possível encontrar este dever de sigilo.

3.1 Direito Constitucional

O segredo médico não se encontra expressamente previsto na CRP, não obstante, é aceite pela doutrina e jurisprudência pátrias que as informações relativas ao estado de saúde de uma pessoa dizem respeito à sua vida privada logo, a sua tutela constitucional

⁸ RODRIGUES, CUNHA, “*Lugares (...)*”, 1999, págs. 474 - 476

⁹ ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “*O Segredo Médico no Direito Português Vigente*”, Separata: Estudos de Direito da Bioética, Almedina, 2005, pág. 263

¹⁰ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009, págs. 408 e 409

advém de um direito fundamental¹¹ consagrado no art.26º nº1 *in fine* e nº2 deste compêndio normativo, que nos diz: “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.”

Ao leque de Direitos Fundamentais previsto na CRP, antevém o princípio da dignidade da pessoa humana¹², de inspiração kantiana e iluminista¹³, servindo de alicerce a todos os artigos que lhe seguem.

Destarte, como este artigo está incluído no catálogo dos Direitos Fundamentais protegidos constitucionalmente, beneficia do regime de aplicação imediata que lhes é inerente, previsto no art.18º da CRP¹⁴, aplicando-se imediatamente e vinculando todos os sujeitos de direito, tanto públicos como privados, apenas permitindo as restrições expressamente previstas pela lei e na medida do necessário para acautelar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.¹⁵

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁶ defendem que este direito fundamental à reserva da vida privada e familiar se divide em dois pontos: 1. o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; 2. o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem.

¹¹ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, “*Segredo Médico: O Princípio da Confidência Necessária (O caso particular do VIH/SIDA)*”, Lex Medicinæ, Ano 10, nº20, Coimbra, 2013, págs. 114 e 115

¹² “Art.1º: 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.”

¹³ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O Sigilo (...)*”, 2008, págs. 6 e 7

¹⁴ Art.18º: 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.

¹⁵ ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “*O Segredo(...)*”, 2005, pág. 265

¹⁶ CANOTILHO, GOMES / MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Anotada*”, vol.I, Coimbra Editora, 2007, pág. 467 e 468

Dentro do catálogo dos Direitos Fundamentais, importa ainda referir o art. 35^{o17} da CRP que visa proteger o tratamento informático de dados pessoais através do sigilo, ou seja, sobre os responsáveis dos ficheiros recai uma obrigação de protecção dos dados e a proibição de acesso aos mesmos por terceiros salvaguardando, desta forma, os titulares dos dados em questão.

3.2 Direito Penal

O Direito Fundamental à vida privada e familiar não merece apenas protecção constitucional, é também salvaguardado pelo Direito Penal, um direito que visa tutelar os bens jurídicos essenciais que servem de alicerce à sociedade, protegendo-os das demais agressões.¹⁸ Como supramencionado, o segredo médico surge tipificado pela primeira vez, apesar de generalizadamente, no CP de 1852, tendo sofrido diversas alterações deste então.

Nos dias de hoje, o crime de Violação de segredo está previsto no art.195^o do CP¹⁹ tendo como finalidade a protecção penal da privacidade. Este artigo difere do art. 192^{o20} do

¹⁷ “Art.35^o - Utilização da informática: 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. 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. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.”

¹⁸ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O Sigilo (...)*”, 2008, pág. 12

¹⁹ “Art.195^o - 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.”

²⁰ Art.192^o - Devassa da vida privada: 1. Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual: a) Interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada; b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objectos ou espaços íntimos; c) Observar ou escutar às ocultas pessoas que se encontrem em lugar privado; ou d) Divulgar factos relativos à vida privada ou a doença grave de outra pessoa; é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias. 2. O facto previsto na alínea d)

mesmo compêndio normativo, pois, enquanto este visa proteger a esfera privada contra a devassa vinda de fora, o outro tem como fundamento a protecção contra a traição.

Este artigo, como o vemos hoje, sofreu diversas transformações ao longo dos tempos, sendo que umas das mais significativas se relaciona com o desdobramento da matéria proibida por duas incriminações que hoje se têm como autónomas e que permitiu ao legislador a regeneração do crime em questão. São estas a já referida *Violação de segredo* prevista no art. 195º, que visa proteger a privacidade, e o *Aproveitamento indevido de segredo* contemplada pelo art. 196º que tutela interesses patrimoniais.²¹ Ademais, hoje em dia este configura um crime de dano, tendo sido eliminada a questão da “justa causa”, fazendo hoje parte do catálogo de crimes que dependem de participação ou queixa, isto é, um crime semi-público, tal como contempla no art.198º.²² O legislador português optou, neste caso, por não elencar o grupo de profissões abrangidas por este dever de segredo, prevendo apenas uma fórmula geral, ao contrário do que se verifica no Direito Austríaco que apenas compreende dois grupos profissionais, os da saúde e aqueles nomeados pelo tribunal.²³

Este é o ramo do Direito que nos cumpre analisar com mais profundidade após uma breve análise às normas deontológicas e legislação de direito da saúde.

3.3 Lei de bases da saúde

A Lei de bases da saúde (Lei 48/90, de 24 de Agosto, com as devidas alterações previstas na Lei nº 27/2002 de 8 de Novembro) consagra, na base XIV, nº1 al. c) e d), relativa ao Estatuto dos utentes, que estes têm o direito a ser tratados com *privacidade e respeito*, devendo ser respeitada *a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados*.

do número anterior não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante.

²¹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário ao artigo 195.º do Código Penal, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*”, (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pág. 1116

²² “Art. 198º - Queixa: Salvo no caso do artigo 193.º, o procedimento criminal pelos crimes previstos no presente capítulo depende de queixa ou participação.”

²³ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1118

3.4 Carta dos Direitos e Deveres do doente²⁴

Após consagrar o Direito à saúde sem discriminação, esta carta prevê no seu ponto 5 o direito ao sigilo e à protecção da vida privada: *“O doente tem direito ao sigilo em relação a factos da sua vida privada e familiar e quaisquer outros de que o pessoal da saúde tenha conhecimento no exercício das suas funções. Todas as informações referentes ao estado de saúde do doente – situação clínica, diagnóstico, tratamento e dados de carácter pessoal – são confidenciais e não podem ser revelados sem o expresse consentimento do doente.”*

3.5 Estatuto da Ordem dos Médicos²⁵

A Ordem dos Médicos, instituída pelo Decreto-Lei nº 29171, de 24 de Novembro de 1938, elaborou um Estatuto com o intuito não só de proteger os médicos, mas também estabelecer certas regras de conduta assentes numa medicina humanizada, respeitando os interesses do doente. Assim, o seu art. 139º impõe nitidamente o segredo profissional, sendo que a sua *violação pode conduzir à aplicação de uma sanção disciplinar.*²⁶

3.6 Código Deontológico²⁷

O Código Deontológico comporta um conjunto de normas orientadas segundo os diferentes aspectos das relações humanas que decorrem do exercício da arte, ocupando o segredo médico um lugar de destaque, dedicando um capítulo à sua regulação, esclarecendo uma série de questões pertinentes.

Encontramos a consagração do dever de sigilo médico no art.29º do CDM²⁸, que afirma que este é a base da relação médico-doente, assente na verdade e confiança entre

²⁴ Aprovada na reunião do conselho nacional de saúde a 20/12/2011.

²⁵ DL nº 282/77, de 5 de Julho

²⁶ ABREU, LUÍS VASCONCELOS, *“O Segredo (...)”*, 2005, pág.265

²⁷ Regulamento nº 707/2016, publicado no Diário da República, 2ª Série – nº 139, 21 de Julho de 2016

ambos. Como afirma LUÍS VASCONCELOS ABREU: *“O médico é o confidente necessário do doente. Este tem que lhe revelar aspectos íntimos para que o clínico possa proceder a um diagnóstico correcto, primeiro passo para se alcançar o resultado desejado.”*²⁹ Seguidamente, no art.30º, encontra-se uma explanação do âmbito do segredo, que começa por afirmar no seu nº2: *“O segredo abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela”,* sendo posteriormente elencadas diversas situações: *“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 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.”*

Destarte, é mencionado que mesmo que o serviço não haja sido remunerado a obrigação de segredo mantém-se, e ainda que o segredo médico deverá perdurar mesmo após a morte do paciente.

Face ao exposto, é possível concluir que o espírito deste artigo assenta na protecção dos factos a que o médico teve acesso privilegiado devido à conversa e observação do doente, sendo certo que a sua revelação dá origem ao devido processo disciplinar a cargo da Ordem dos Médicos,³⁰ verificando-se que as excepções a este dever de segredo se encontram limitadas.

²⁸ “Art.29º - O Segredo Médico: 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.”

²⁹ ABREU, LUÍS VASCONCELOS, *“O Segredo (...)”*, 2005, págs. 266 e 267

³⁰ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, *“O Sigilo (...)”*, 2008, págs. 19 e 20

4. Bem Jurídico protegido

A determinação do bem jurídico do crime previsto no art.195º do CP ainda não é consensual entre a doutrina e jurisprudência, apresentando duas concepções opostas. A primeira tem como base a defesa da *privacidade*, um valor pessoal-individual; já a segunda assenta na *confiança da comunidade* no sigilo imposto a determinados profissionais, ou seja, um bem jurídico supra-individual institucional ou comunitário.³¹ Surge ainda uma solução que sustenta uma posição intermédia, conduzida pelos médicos enquanto grupo profissional, que visa proteger o prestígio da própria classe.³² Outros acreditam que ambos os valores sobem à categoria de bem-jurídico típico de forma equitativa.³³

A doutrina alemã, defensora da segunda concepção, afirma que o bem jurídico assenta no *interesse comunitário da confiança na descrição e reserva* dos médicos, de forma a assegurar o desempenho eficaz da profissão. Promovem desta forma uma relação de confiança plena entre médico, paciente e respectivos sistemas de saúde. Conclui-se que aqui está presente a tese do bem jurídico comunitário ou supra-individual. Para sustentar a mesma, estes recorrem ao facto de o legislador ter limitado a sua punição a um número taxativo de profissões sendo, de resto, alvo de diversas críticas.³⁴

Entre nós, o interesse preponderante aponta no sentido de estar em causa um bem jurídico pessoal, a *esfera privada do indivíduo*³⁵, considerado, como já referido, um direito fundamental, reservando à tutela dos interesses supra-individuais um lugar indirecto e secundário. No entanto, a prevalência dada a um não implica a desvalorização de outro, muito pelo contrário, visto que ambos surgem incindivelmente ligados à punição da violação de sigilo. A relação entre médico-doente não pode ser considerada igualitária, tendo de existir confiança da parte do doente para expor a sua intimidade a um profissional de saúde. Sem esta confiança, o paciente poderia limitar a informação fornecida a estes, prejudicando o seu diagnóstico e tratamento.³⁶ Esta é a tese seguida pela generalidade dos

³¹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1119

³² ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.179

³³ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1120

³⁴ Ibidem, pág. 1120 e 1121

³⁵ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, “Segredo (...)”, 2013, pág.119

³⁶ ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “O Segredo (...)”, 2005, pág.269

códigos penais europeus mais recentes³⁷, surgindo a infracção juntamente com os *crimes contra as pessoas*, mais concretamente no capítulo dos atentados contra a privacidade.

Ademais, este valor supra-individual encontra-se consagrado no art.135º do CPP³⁸, que se reconduz à *garantia da eficácia do sistema de saúde, estabilização da confiança nas relações médico-paciente e resguardo dos médicos face à complexidade dos conflitos*.³⁹

Como refere COSTA ANDRADE (2014): “*A tese do bem jurídico pessoal é hoje sustentada tanto pela força hermenêutica e não despicienda do elemento sistemático, como pelas sugestões convergentes dos argumentos literal e histórico.*” Para sustentar esta afirmação, este recorre à alteração ao CP em 1995 relativa à epígrafe do art.195º (a saber, de *Violação de segredo profissional para Violação de segredo*) e ainda a conversão da infracção de crime público para semi-público. Isto faz todo o sentido, uma vez que não se mostrava adequado que a iniciativa processual dependesse de queixa se os valores em causa se reconduzissem aos interesses comunitários.

Estamos então perante o bem jurídico típico da *privacidade em sentido material*, que compreende a *privacidade no seu círculo mais extenso*, mas apenas na medida em que seja protegida pela *barreira do segredo* (compreende os casos em que o médico tenha

³⁷ Códigos penais Austríaco e Espanhol

³⁸ Art.135º - Segredo Profissional: 1- Os ministros de 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 guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos. 2- Havendo dúvidas fundadas sobre a legitimidade da escusa, a autoridade judiciária perante a qual o incidente se tiver suscitado procede às averiguações necessárias. Se, após estas, concluir pela ilegitimidade da escusa, ordena, ou requer ao tribunal que ordene, a prestação do depoimento. 3- O tribunal superior àquele onde 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 do 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, officiosamente ou a requerimento. 4- Nos casos previstos nos n.ºs 2 e 3, a decisão da autoridade judiciária ou do tribunal é tomada ouvido o organismo representativo da profissão relacionada com o segredo profissional em causa, nos termos e com os efeitos previstos na legislação que a esse organismo seja aplicável. 5- O disposto nos n.ºs 3 e 4 não se aplica ao segredo religioso.

³⁹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.233

acesso a determinada informação através de outro meio não conexo com a sua actividade profissional).⁴⁰

5. Segredo

MARIA DO CÉU RUEFF⁴¹ afirma: “*segredo é a verdade de cada um perante si próprio e perante os outros, dada a alguém sem consentimento de revelação; continuando: o Homem “defende-se” com o segredo, que garante, por assim dizer, a sua verdade última ou, se quisermos, o reduto material e espiritual da pessoa humana.*”

Noutras palavras, por COSTA ANDRADE⁴²: “*segredo diz respeito a um facto apenas conhecido de um círculo determinado de pessoas e em relação ao qual aquela a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável e digno de tutela de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou de quem ele decidir*”. Este conceito de segredo, que de seguida iremos analisar, integra três elementos: o elemento objectivo, o elemento subjectivo e o elemento normativo. A doutrina que acolhe estes elementos é denominada de *doutrina tridimensional*, e não se apresenta como algo consensual visto que apenas o primeiro elemento é reconhecido pela unanimidade dos autores.⁴³

O elemento objectivo diz respeito aos factos, não compreendendo em si informações que não sejam verdadeiras ou *juízos de valor*. Ademais, estes não se reconduzem apenas à esfera da vida privada, podendo estar relacionados com informações de negócios. Importa ainda que este segredo diga respeito a factos exclusivos, não tendo de se tratar de um círculo fechado, mas antes de um número reduzido e controlável de pessoas com acesso ao mesmo. Todavia, um facto pode ser tido como segredo mesmo que seja do conhecimento de um número considerável de pessoas, mas, inversamente, um facto que seja do conhecimento de um número reduzido de pessoas pode não o ser. É impossível determinar um limiar concreto de pessoas a partir do qual se afirme que deixou de haver

⁴⁰ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004. Págs.182 e 183

⁴¹ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009, pág.455 e 456

⁴² ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário (...)*”, Tomo I, 2012, pág.1126

⁴³ *Ibidem*

reserva de informação.⁴⁴ O que importa é que apenas as pessoas legitimadas para tal tenham conhecimento do mesmo.⁴⁵

Quando o facto atinge o *limiar da publicidade*, considera-se que deixa de haver segredo, isto porque para o seu titular já é indiferente que mais ou menos pessoas tenham conhecimento do mesmo.⁴⁶ Destarte, não podem estar abrangidos pelo segredo os factos ocorridos em espaços públicos nem aqueles que são notórios, perceptíveis pela comunidade como por exemplo uma cicatriz em local visível, o uso de óculos ou aparelhos de audição.

O elemento subjectivo funda-se na vontade do titular do segredo de que este se mantenha sob reserva, podendo ser admitidas duas direcções, uma negativa e outra positiva. No sentido negativo compreendemos a não existência de segredo quando em causa estão factos que a pessoa não quer manter sob reserva. Já a sua vertente positiva pode permitir a existência de segredo relativamente a informações que para outros prevalecem como triviais ou corriqueiras. Este último é completado pelo elemento normativo: “*não significando que a lei se proponha a tutelar mesmo a vontade caprichosa ou imotivada, frívola ou arbitrária* (LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS 399)”.⁴⁷

O último elemento opera como um *controlo de razoabilidade*, mostrando-nos que não basta apenas a vontade do titular do segredo, exigindo um interesse legítimo na protecção do facto, devendo, para isto, relevar a vontade deste último e não a vontade de terceiros.⁴⁸ Esta razoabilidade não tem que assentar num qualquer *interesse público* ou *juridicamente aprovável*, devendo ser valorada a relação que o titular do segredo tem com o facto. Em suma, compreende-se que informações como crenças e ideais puramente pessoais se integram na esfera do segredo, até mesmo condutas consideradas imorais e

⁴⁴ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009, pág.467

⁴⁵ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário (...)*”, Tomo I, 2012, pág.1128

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ Como exemplo, COSTA ANDRADE refere-se à vontade dos pais em manter em segredo a gravidez da filha menor. Como já se viu, essa vontade é insignificante.

crimes, não tendo, apesar disso, de se tratar de informações negativas a respeito do titular do segredo⁴⁹, importando *afastar o puro arbítrio e o humor*.^{50 51}

5.1 Segredo Médico

Após esta referência geral ao conceito de segredo, iremos debruçar-nos sobre o segredo médico em específico, pois é este que servirá de base ao restante trabalho.

Segundo um Parecer emitido pelo Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República⁵², *“o segredo médico é, de todos, o que suscita as questões mais complexas e delicadas, como desde logo se compreende face ao plano axiológico em que se situam, onde se imbricam valores essenciais como a vida, a saúde, a intimidade da vida privada, a liberdade individual, a dignidade da pessoa humana, que poderão conflitar com outros princípios também valiosos, a demandar uma solução que passa pela tentativa de realizar o máximo de concordância prática entre princípios e valores, “sem a qual se porá em causa a própria possibilidade de vida em sociedade”.*”

O segredo médico surge aliado a um compromisso profissional, que tem como alicerce o Juramento de Hipócrates mas também normas constitucionais, penais e ainda deontológicas. Este tem carácter universalista, não respeitando apenas à doença propriamente dita⁵³, abrangendo, segundo COSTA ANDRADE⁵⁴: *a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, a resposta ao tratamento. Abrange ainda os exames, os meios de diagnóstico e toda a informação constante de relatórios, ficheiros, etc.*

⁴⁹ A título de exemplo, o facto do titular do segredo ser homossexual e não querer ver esta informação revelada a terceiros.

⁵⁰ Informações como o prato ou local de férias favorito não estão abrangidas pelo dever de segredo pois não detêm o mínimo de relevância típica.

⁵¹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1129

⁵² Parecer P000491991 do Conselho Consultivo da PRG, disponível online em: <http://www.dgsi.pt/pgpr.nsf/0/f71a7e78b754d0ca80256617004207b0?OpenDocument> (consultado a 7 de Janeiro de 2017)

⁵³ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, “Segredo (...)”, 2013, pág.122

⁵⁴ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.184

Da sua característica universalista, também retiramos que não são apenas os factos relativos à saúde do doente que são objecto do segredo. Informações que sejam perceptíveis pelo médico, atinentes à vida privada, profissional e económica, certos vícios e excessos, características psicológicas, também se encontram protegidos. Segundo alguma jurisprudência alemã, que acompanhamos, ainda se podem incluir aqui neste repertório, o nome do paciente, as circunstâncias em que o mesmo chega ao hospital que permitam identifica-lo, doença venérea, seropositividade, entre outras.⁵⁵ O que é essencial é que esse segredo seja conhecido em razão da profissão, ou seja, na qualidade de médico ou profissional de saúde.^{56 57}

Desta vertente profissional retiramos a ideia de que, mesmo que o médico se encontre com um paciente fora do local destinado à consulta e este lhe coloca qualquer questão que se relacione com a sua veste de profissional de saúde, este também está obrigado ao segredo. Apesar de as informações não terem sido confiadas em local de trabalho, a pessoa dirige-se a este enquanto médico e porque é médico.

Cumpramos ainda referir o segredo de terceiro, ou seja, aqueles factos que são revelados ao profissional de saúde relativos à vida privada de uma terceira pessoa, presumindo-se que este os quer manter sob reserva.⁵⁸ Estes factos também pertencem à esfera de protecção penal do art.195º do CP, que refere expressamente que tem que se tratar de um segredo alheio, ou seja, não são aqui protegidos segredos relacionados com o médico.

O dever de sigilo médico é abrangido por uma vertente negativa: *não revelar informações abrangidas por segredo profissional a terceiros*; e também uma vertente

⁵⁵ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “O Sigilo (...)”, 2008, pág.22

⁵⁶ ESTORNINHO, MARIA JOÃO / MACIEIRINHA, TIAGO, “Direito da Saúde”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pág.278

⁵⁷ MARIA DO CÉU RUEFF exemplifica: “Não se encontrará sujeito a segredo o médico que sabe, através de um amigo seu, que o carteiro sofre de perturbações gástricas”

⁵⁸ COSTA ANDRADE dá como exemplo o facto de alguém revelar ao médico que o seu cônjuge é seropositivo.

positiva: *ter os devidos cuidados para que terceiros não tenham acesso a essas informações.*⁵⁹

Segundo alguns autores, a relação médico-paciente tem por base a confiança, constando como elemento necessário à relevância jurídico-penal do segredo. Ora, COSTA ANDRADE não concorda com esta posição, afirmando que *a confiança está longe de figurar como momento necessário da interação médico-paciente*. Para isto, dá exemplos como o caso de o paciente chegar ao hospital inconsciente e ainda a eventualidade (cada vez mais frequente) de o médico ser imposto, como acontece nos estabelecimentos prisionais. O que é certo é que hoje em dia os serviços de saúde se encontram cada vez mais anónimos e impessoais.⁶⁰

Em suma, aludindo ao art.195º, encontra-se preenchida a conduta típica se se encontrarem preenchidos três requisitos: estarmos perante um segredo, alheio e que foi conhecido no exercício da profissão ou arte.

Titular do segredo

Como o objecto do segredo se relaciona com a privacidade e vida íntima do doente, não restam dúvidas que o titular do segredo é este mesmo.⁶¹ No caso já referido de segredo de terceiro, o titular do mesmo é o terceiro. Como é consensual entre a maioria da doutrina,

⁵⁹ Aqui temos o exemplo do art.36 do CDOM – “Dados médicos informatizados: 1- Os ficheiros automatizados, as bases e bancos de dados médicos, contendo informações extraídas de histórias clínicas sujeitas a segredo médico, devem ser equipados com sistemas, e utilizados com procedimentos de segurança, que impeçam a consulta, alteração ou destruição de dados por pessoa não autorizada a fazê-lo e que permitam detetar desvios de informação. 2- O acesso aos ficheiros automatizados, as bases e bancos de dados médicos são da responsabilidade de um médico. 3- Os responsáveis pelos ficheiros automatizados, as bases e bancos de dados médicos, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais neles registados, ficam obrigados a segredo, mesmo após o termo de funções. 4- Os ficheiros automatizados, as bases e bancos de dados médicos não podem estar conectados com outro tipo de redes informáticas, a menos que possam garantir -se as condições de segurança referidas no n.º 1.”

⁶⁰ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, págs. 186 e 187

⁶¹ ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “*O Segredo (...)*”, 2005, pág.270

a disponibilidade sobre o segredo pertence ao titular deste e não à pessoa que o faz chegar ao conhecimento do médico.⁶²

Sujeitos do dever

Obrigados ao dever de segredo estão, certamente, os médicos que interagem com o paciente independentemente da fase em que este se encontra, desde a primeira consulta, ao diagnóstico, tratamento, pós-operatório, etc. Para saber o conceito de médico no direito português devemos recorrer ao EOM, que nos diz que é reconhecida esta qualidade aos titulares do grau de licenciatura em Medicina, sendo obrigatória a inscrição na OM para a atribuição de título profissional.⁶³ O dever de segredo médico é, então, uma característica inerente ao detentor daquele título profissional.

No conceito de médico também se devem incluir aqueles que são chamados a dar *parecer* ou *aconselhamento terapêutico*. Ainda convém referir que o dever de segredo médico também obriga as pessoas que têm contacto com o paciente como: *enfermeiros, auxiliares de enfermagem, paramédicos, analistas, farmacêuticos, operadores de radiografia, ecografia, tomografia computadorizada, terapeutas, massagistas e técnicos de reabilitação*. Se durante alguma parte do processo um estudante ou formando tiver contacto com o paciente ou respectivo processo clínico, este também fica obrigado ao

⁶² ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.188

⁶³ “Art.98º - Inscrição: 1- A atribuição do título profissional, o seu uso e o exercício da profissão de médico dependem da inscrição na Ordem. 2- Podem inscrever-se na Ordem: a) Os titulares do grau de licenciado em Medicina conferido na sequência de um ciclo de estudos de licenciatura realizado no quadro da organização de estudos anterior ao regime de organização de estudos introduzido pelo Decreto-Lei n.º 74/2006, de 24 de março, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 107/2008, de 25 de junho, 230/2009, de 14 de setembro, e 115/2013, de 7 de agosto; b) Os titulares do grau de mestre em Medicina conferido na sequência de um ciclo de estudos integrado de mestrado realizado no quadro da organização de estudos introduzida pelo Decreto-Lei n.º 74/2006, de 24 de março alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 107/2008, de 25 de junho, 230/2009, de 14 de setembro, e 115/2013, de 7 de agosto; c) Os titulares de graus académicos superiores estrangeiros em Medicina a quem tenha sido conferida equivalência a um dos graus a que se referem as alíneas anteriores; d) Os profissionais nacionais de Estados membros da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu cujas qualificações tenham sido obtidas fora de Portugal, nos termos do artigo 114.º(…)”

dever de sigilo. Aqui também se devem incluir as secretárias e familiares do profissional de saúde que com estes colaborem no consultório.⁶⁴

Pessoas de quem o médico tem que guardar segredo

O dever de segredo vale para todas as pessoas que não têm conhecimento do mesmo por vontade do paciente, mesmo que sejam familiares e amigos próximos, incluindo filhos e cônjuges.

A acção típica do dever de segredo consiste na revelação *de segredo*. Quer isto dizer que é alargado o *universo de pessoas que passam a ter conhecimento dos factos* que anteriormente não conheciam. Esta revelação é considerada típica se feita a pessoa igualmente obrigada a sigilo profissional, ou seja, mesmo entre médicos deve existir o dever de segredo.⁶⁵

Defendido por autores e tribunais alemães e, entre nós, por COSTA ANDRADE, está o entendimento segundo o qual *não vale como acção típica de revelação a comunicação e a circulação de informação no interior do que se vai designando como o “círculo de pessoas que são legitimamente chamadas a saber”*.⁶⁶

No entanto, desde que no interesse do doente e na medida do necessário, a troca de informação entre outros profissionais de saúde que intervêm no tratamento pode considerar-se justificada, sendo este denominado de *segredo partilhado*⁶⁷ ou *trabalho em equipa*, algo cada vez mais recorrente nos dias de hoje.⁶⁸

Já em relação à consulta de outros profissionais de saúde pelo médico, de forma a obter recomendação ou conselho é discutível. Há autores que defendem que a consulta a colegas com particulares conhecimentos e experiência na área da medicina em questão, se

⁶⁴ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.188

⁶⁵ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1134

⁶⁶ Ibidem, pág.1135

⁶⁷ ABREU, LUÍS DE VASCONCELOS, “O Segredo (...)”, 2005, pág.273

⁶⁸ RUEFF, MARIA DO CÉU, “O Segredo (...)”, 2009, pág.494

encontra justificada pois prossegue os interesses do paciente num melhor diagnóstico e tratamento. Em sentido oposto surgem autores que não concordam com a situação referida anteriormente excepto se obtido o devido *consentimento/acordo* do paciente. Nesta linha de pensamento, é permitida a consulta a outro médico caso não sejam revelados elementos essenciais à identificação do paciente⁶⁹, sendo esta a posição que acompanhamos.

Dimensão temporal

Surge ainda uma última questão relevante que diz respeito à subsistência do segredo após a morte do seu titular ou da pessoa obrigada a segredo.

Sobre a morte do médico a quem foi revelado o segredo o direito português é omissivo. Partindo deste ponto, é possível concluir que não fica obrigado ao sigilo o terceiro a quem o médico tenha revelado os factos ainda em vida, isto porque o terceiro não teve conhecimento dos mesmos em razão da sua profissão. Contrariamente, se o terceiro for um médico a quem foi pedido um conselho ou parecer, isto é, se teve conhecimento do segredo no exercício da medicina, este fica obrigado a não revelar os factos, uma vez que a obrigação que impende sobre este funda-se em si mesmo, e não no médico que revelou os factos entretanto falecido.⁷⁰

Quando se fala na morte do titular do segredo, a lei também é omissiva, no entanto seguimos a linha de pensamento da lei alemã, que *assegura o dever de segredo mesmo após a morte do seu titular*, a não ser que este, ainda em vida, autorize expressamente a revelação *post mortem* do mesmo. Deve ser feita uma distinção entre os segredos de conteúdo patrimonial, que se transmitem aos herdeiros passando estes a ter o seu domínio e disponibilidade; e aqueles de índole pessoal, sendo a estes que se aplica o regime referido anteriormente, não podendo os herdeiros ou familiares reivindicarem a revelação destes.⁷¹

⁶⁹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.192

⁷⁰ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.193

⁷¹ Ibidem, págs.194 e 195

Neste caso, o lapso temporal em que o médico teve conhecimento dos factos é indiferente, ou seja, pode ter sido antes ou depois da sua morte.⁷²

Nesta matéria, o decurso do tempo pode ter alguma relevância significativa, originando uma perda de interesse na manutenção do segredo: “*a necessidade de tutela atenua-se à medida que a memória da pessoa falecida se desvanece*”.⁷³ Se em causa estiverem pessoas conhecidas pela comunidade em geral (ditas figuras públicas), a resposta já é ambígua, entre aqueles que defendem a preservação da imagem da mesma após a sua morte ou outros que definem tal preservação como desajustada.

Consentimento

Para que haja responsabilização à luz do art.195º do CP a revelação tem que ocorrer sem o consentimento do titular do segredo.⁷⁴ Como o que está a ser protegido é a privacidade deste, não há ilícito se o médico revelar o segredo por vontade do paciente.

COSTA ANDRADE fala de um *acordo-que-exclui-o-tipo*, que se contrapõe à doutrina do *consentimento justificante*, sendo que a maioria dos autores segue a primeira que é a que mais se adequa ao ordenamento jurídico português.⁷⁵

O consentimento para ser eficaz deve ser dado em condições de compreender o alcance e dimensão do mesmo, isto é, a pessoa tem que saber qual o resultado de tal acto e em relação a quem está a consentir. Quando estão em causa segredos de terceiro surgem novamente questões doutrinárias. A doutrina maioritária afirma que quem tem legitimidade para dar consentimento é o titular do segredo; já a outra parte da doutrina defende que esta legitimidade pertence ao paciente. Estes últimos acreditam que a base da relação médico-paciente é a confiança que, como já foi mencionado anteriormente, não é a tese que sustentamos. Surge ainda uma outra posição intermédia que reconhece a legitimidade tanto ao paciente como ao terceiro. O direito pátrio segue aquela primeira, desde logo devido ao

⁷² A título de exemplo: O médico que tem conhecimento, após a morte do paciente, que este morreu de SIDA.

⁷³ LENCKNER *apud* ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.195

⁷⁴ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009, pág.518

⁷⁵ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário (...)*”, Tomo I, 2012, pág.1146

argumento literal que se recusa a aceitar a relação de confiança como vinculação típica do segredo; e ainda ao *argumento teleológico-racional*, que assenta na defesa da privacidade do titular do segredo (carácter individual-pessoal).⁷⁶

Neste sentido temos o art.32º al. a) do CDOM, com a epígrafe: *Escusa do segredo médico*, que nos diz: “*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;(...*” Em relação à parte final desta alínea, compreende-se que os terceiros só podem restringir a revelação do segredo do paciente apenas e na medida em que diga respeito a direitos fundamentais que também os abranja, mais concretamente o direito destes à reserva da vida privada.⁷⁷

O art.38º do CP⁷⁸ também prevê o consentimento como causa de exclusão da ilicitude, assinalando que este tem que ser dado por quem seja maior de 16 anos e que tenha capacidade de compreender a sua decisão, traduzida numa vontade livre e séria.

O consentimento não tem que obedecer a uma forma específica, isto é, não tem que ser dado de forma expressa ou explícita, podendo ser dado através de um comportamento concludente (acordo tácito). Para isso, *bastará que a conduta do portador possa, sem interpretações artificiosas, sustentar a conclusão de que ele quer dar o acordo.*^{79 80}

⁷⁶ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, págs.203 e 204

⁷⁷ PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “O Sigilo (...)”, 2008, pág.29

⁷⁸ Art.38º - *Consentimento: 1- Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2- O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3- O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4- Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa.*

⁷⁹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.205

⁸⁰ A título de exemplo, podemos referir a hipótese de um paciente se dirigir a um consultório médico para saber o resultado de um determinado exame, e se faz acompanhar de outra pessoa (normalmente um familiar). Esse comportamento leva-nos a acreditar que este consentiu que os factos sejam revelados na presença daquele.

Capítulo II

Até agora analisamos várias características do crime de *Violação de segredo* previsto no art.195º do CP, importando nesta fase analisar as situações em que, apesar de preenchido o tipo, é licitamente permitido ao médico revelar os factos protegidos pelo dever de sigilo. Esta análise será breve, pois, como já mencionado inicialmente, iremo-nos centrar na questão do direito de necessidade e destringir em que medida o médico pode ou deve revelar a seropositividade de um doente, matéria reservada ao capítulo seguinte.

Nestes casos de exclusão de ilicitude ou de justificação da revelação, deve ser feita uma ponderação de interesses entre os bens jurídicos tipicamente tutelados e os valores que devem prevalecer em sacrifício da quebra de sigilo. De um lado temos direitos fundamentais como a *privacidade/intimidade* e ainda *valores institucionais-comunitários* que assentam na confiança da confidencialidade dos profissionais de saúde. Em sentido oposto surgem *contra-interesses* que têm por base valores comunitários, interesses de terceiros, médico e pacientes; que defendem a ideia de bem-comum através da transparência e preservação da saúde pública.⁸¹ Na voz de CUNHA RODRIGUES⁸²: “*Em síntese, a atitude do médico quanto a segredo profissional deparar-se-á com hipóteses em que a revelação implica o cometimento de crime, com outras em que fica excluída a ilicitude desde que efectuada a ponderação de interesses prevista na lei e ainda com outras em que sobre o médico recai o dever jurídico de informar resultante de expressa previsão legal.*”

⁸¹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.212

⁸² RODRIGUES, CUNHA, *Lugares (...)*, 1999, págs. 482 e 483

1. Acordo presumido

Diferentemente do que acontece com o consentimento tácito/concludente, o acordo presumido não pode ser visto como um *acordo-que-exclui-o-tipo*, fazendo parte do elenco das causas de exclusão da ilicitude.

Estamos perante a figura do acordo presumido quando, uma vez que não foi possível obter o acordo efectivo em tempo útil, se acredita que se tivesse sido possível, o doente certamente o teria dado. Trata-se de uma vontade hipotética. Isto acontece, por exemplo, quando o paciente se encontra inconsciente e o médico informa os familiares do seu estado de saúde.⁸³

Estas situações devem ser excepcionais, ainda mais se estivermos perante casos de doente com SIDA, pois têm que existir circunstâncias que permitam concluir o desinteresse do doente em manter o segredo.

2. Autorizações e imposições legais

Existem inúmeras autorizações e imposições legais impostas pelo legislador, no entanto, no Direito da Medicina estas não são abundantes. Neste caso, podemos referir as doenças de declaração obrigatória, alicerçadas nas exigências de saúde pública e identificação de situações de risco.

O regulamento⁸⁴ impõe aos profissionais de saúde a quebra de sigilo, obrigando-os a denunciar casos de doenças transmissíveis e outros riscos para a saúde pública (identificados no art.6^o⁸⁵), através de uma aplicação informática (SINAVE) que garante o

⁸³ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág. 1152

⁸⁴ Regulamento de notificação obrigatória de doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, aprovado pela portaria nº 248/2013 de 5 de Agosto, e alterado pela portaria nº22/2016 de 10 de Fevereiro, publicado em Diário da República, 1ªsérie – nº28 de 10 de Fevereiro de 2016

⁸⁵ Artigo 6º - Identificação de casos: 1- Os casos de doenças sujeitas a notificação obrigatória e outros riscos para a saúde pública são identificados por médicos no exercício da sua profissão que efetuam a notificação clínica e completados com a notificação laboratorial, sempre que aplicável, sem prejuízo da notificação a efetuar por outros profissionais de saúde expressamente implicados para o efeito de acordo com despacho do

cumprimento das medidas especiais de segurança, impondo determinados prazos para a comunicação dependendo da gravidade da situação em questão. Importa ainda referir que os responsáveis pelo SINAVE se encontram obrigados a sigilo com base no art.13⁸⁶ do mesmo regulamento.

Cumpra ainda referir que o art.32º al. d) do CDOM também prevê esta exclusão do dever de segredo: “*Excluem o dever de segredo médico: d) As doenças de declaração obrigatória.*”

No direito comparado encontramos algumas diferenças em relação ao direito pátrio, como por exemplo o direito argentino que prevê a obrigatoriedade do médico revelar a seropositividade de um recluso ao director do estabelecimento prisional. Noutros países foi ainda consagrada a obrigatoriedade de submissão ao teste da SIDA.⁸⁷ Estes exemplos não se compaginam com aquilo que defendemos no direito português.

O despacho nº15385-A/2016 de 21 de Dezembro contém a listagem das doenças transmissíveis de notificação obrigatória (no total são 50) a que se refere o regulamento referido supra, entre elas o Dengue, Febre Amarela, Hepatite (A, B, C e E), infecção por vírus Zika e VIH/SIDA.

director -geral da Saúde, e comunicados, através da aplicação informática de suporte ao SINAVE, às autoridades de saúde. 2- Após a identificação e notificação das doenças sujeitas a notificação obrigatória, os casos são categorizados pelas autoridades de saúde como «possíveis», «prováveis» e «confirmados». 3- São casos possíveis aqueles em que, geralmente, se preenchem os critérios clínicos descritos na definição do caso, sem que, no entanto, haja provas epidemiológicas ou laboratoriais da doença em causa. 4- São casos prováveis aqueles em que, geralmente, se preenchem critérios clínicos e apresentam uma relação epidemiológica tal como descrito na definição correspondente. 5- São casos confirmados aqueles que, podendo ou não cumprir os critérios clínicos tal como descrito na respetiva definição de caso, são confirmados laboratorialmente, inserindo -se numa das três subcategorias seguintes: a) Caso confirmado laboratorialmente acompanhado de critérios clínicos: o caso preenche os critérios laboratoriais necessários à sua confirmação e os critérios clínicos incluídos na definição do caso; b) Caso confirmado laboratorialmente com critérios clínicos desconhecidos: o caso preenche os critérios laboratoriais necessários à sua confirmação, mas não há informação disponível relativa aos critérios clínicos; c) Caso confirmado laboratorialmente não acompanhado de critérios clínicos: o caso preenche os critérios laboratoriais necessários à sua confirmação, mas não obedece aos critérios clínicos incluídos na definição do caso ou é assintomático.

⁸⁶ Artigo 13º - Dever de sigilo A entidade responsável pelo SINAVE e as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados constantes nos seus registos ficam obrigadas ao sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções.

⁸⁷ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.231

3. Médico chamado a testemunhar

O art.135º do CPP não reconhece o direito ao silêncio a todas as pessoas que se encontram abrangidas pelo dever de segredo do art.195º do CP, mas os médicos fazem parte da categoria que goza desse direito. Quer isto dizer que, quando chamado a tribunal para testemunhar, este pode escusar-se a prestar declarações sobre factos abrangidos pelo segredo.⁸⁸

Apesar deste direito de escusa, existem situações em que ao médico pode ser imposta a prestação de testemunho. Afastamos desde já duas situações extremadas: uma que defende que o dever de segredo prevalece invariavelmente sobre o dever de colaborar com a justiça e, em sentido oposto, a tese de que a prestação de testemunho perante o tribunal basta como justificação da violação do segredo profissional.⁸⁹

Nos dias de hoje, o que sucede é que, se as autoridades judiciais perante as quais foi suscitado o incidente tiverem sérias dúvidas sobre a legitimidade do pedido de escusa, poderão proceder às averiguações necessárias com a finalidade de pedir ao tribunal que o direito de escusa seja levantado se se concluir pela ilegitimidade do pedido. No caso de haver legitimidade do pedido de escusa, o médico pode ainda ser obrigado a quebrar o segredo por imposição do tribunal superior àquele onde o incidente foi suscitado, caso se mostre justificado *face às normas e princípios da lei penal*, mais concretamente *face ao princípio da prevalência do interesse preponderante* (art.135º nº3 CPP).⁹⁰ Nestes casos, deve ser ouvido um representante do organismo da profissão, nesta situação o Bastonário da Ordem dos Médicos.

Como afirma COSTA ANDRADE⁹¹, o art.135º do CPP admite a justificação da violação de segredo desde que esteja em causa a *perseguição dos crimes mais graves*.

Ou nas palavras de CUNHA RODRIGUES⁹²: *“Este regime está imbuído da prudência exigida pelo melindre dos interesses em jogo e pelo referencial ético que deve inspirar a*

⁸⁸ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009, pág.547

⁸⁹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário (...)*”, Tomo I, 2012, pág.1156

⁹⁰ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009 pág.547

⁹¹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário (...)*”, Tomo I, 2012, pág.1157

decisão. Os ingredientes apresentados à consciência do magistrado e do médico são os mesmos. Sobre um e outro, precipitam-se, no momento de decidir ou de optar, razões que são, ao mesmo tempo, de ordenamento jurídico e de deontologia médica.”

O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 12 de Dezembro de 2006, relativo ao processo 9476/2006-7⁹³ vem confirmar o supramencionado. Este diz respeito à averiguação da legitimidade da escusa e respectivo levantamento do dever de sigilo médico para a apresentação e explicação de relatórios médicos referentes ao estado de saúde mental de um paciente já falecido. Como a médica se recusou a testemunhar, e embora o Tribunal de 1ª Instância tenha considerado o pedido de escusa legítimo, o Tribunal da Relação foi chamado a intervir para averiguar se os interesses em questão podiam justificar a quebra de segredo, fundamentada no princípio da prevalência do interesse preponderante.

Em relação ao conflito entre o dever de sigilo (e por consequência a privacidade do doente) e os interesses preponderantes, este Acórdão refere: *“Verificando-se pois uma colisão destes deveres a solução a encontrar terá de resultar de um juízo de ponderação e coordenação entre os mesmos, tendo em conta a situação em concreto, de forma a encontrar e justificar a solução mais conforme com as finalidades que, nessa situação, se pretende atingir, encarando eventuais limitações de cada um deles tão só enquanto necessárias para salvaguarda dos interesses ou direitos preponderantes em jogo, com respeito aos princípios da proporcionalidade, da adequação e necessidade - princípio da ponderação de bens e interesse relevantes no caso concreto de modo a poder-se encontrar um sentido unívoco na ordem jurídica.”*

No processo a que diz respeito este Acórdão, os juízes julgaram como procedente o pedido de quebra de sigilo uma vez que, no caso concreto, esta solução permitiria o apuramento da verdade material e ainda a defesa da dignidade do falecido e dos seus *“legítimos interesses em termos de respeito pela sua memória.”*

⁹² RODRIGUES, CUNHA, *“Lugares (...)”*, 1999, pág.486

⁹³ Disponível online no site:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f8b47e156e1a4c2d802572830042657d?OpenDocument> (consultado a 10 de Janeiro de 2017)

O CDOM também faz referência à intervenção do médico como testemunha no seu art.35º: “1- O médico que nessa qualidade seja convocado como testemunha para comparecer perante a autoridade que o convocou, não poderá prestar declarações ou produzir depoimento sobre matéria de segredo médico, exceto nas situações previstas nas alíneas a) e b) do artigo 32.º ou na lei. 2- Quando, nas situações referidas no número anterior, o médico invoque o dever de segredo, pode solicitar à Ordem declaração que ateste a natureza inviolável do sigilo no processo ou procedimento em causa.”

Importa ainda referir que o que aqui se disse em relação à violação do segredo por motivo de ponderação de interesses vale igualmente para o médico que decide espontaneamente testemunhar, ou seja, quando pela gravidade do crime em causa, seria legítima a imposição da quebra de segredo.⁹⁴

4. Direito de Necessidade

“(...) uma comunidade assente na dignidade e na autonomia da pessoa só deve tolerar a invasão da privacidade quando isso é necessário e adequado para preservar a liberdade e a integridade dos outros.”⁹⁵

O direito de necessidade, ou estado de necessidade justificante, apesar de já ser reconhecido anteriormente, apenas foi expressamente consagrado pela primeira vez no CP de 1982. As codificações anteriores continham preceitos que, após interpretados, podiam consagrar esta figura, ainda que não exactamente igual à que existe nos dias de hoje.⁹⁶

Entretanto, na doutrina europeia, e entre nós EDUARDO CORREIA, era reconhecida a *teoria diferenciada do estado de necessidade*. Para esta, o estado de necessidade podia ser *justificante (ou objectivo/direito de necessidade)* sempre que estivesse em causa um facto típico praticado como meio adequado para salvaguardar um bem ou um interesse jurídico

⁹⁴ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1158

⁹⁵ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.217

⁹⁶ COSTA, JOSÉ DE FARIA, “Noções Fundamentais de Direito Penal”, Fragmenta iuris poenalis, Coimbra Editora, 2015, pág.294

(do agente ou de terceiro), que se considerasse de maior valor que o sacrificado. O estado de necessidade podia ainda ser *desculpante* (ou *subjectivo*) quando o valor salvaguardado não fosse de maior valor do que o sacrificado, ou seja, a desculpa proviria de uma coacção que a situação exerceria sobre o agente e respectivas decisões, ao invés da hierarquia entre os bens em conflito.⁹⁷

O CP em vigor nos dias de hoje regula o estado de necessidade conforme a teoria diferenciada, prevendo no seu art.34⁹⁸ o direito de necessidade como causa de justificação e no art.35⁹⁹ o estado de necessidade como causa de exclusão da culpa. Apesar de diferentes, estas têm uma característica em comum, isto é, ambas afastam um *perigo actual que ameaça bens jurídicos do agente ou terceiro através da prática de um facto típico*. É a primeira figura que interessa para o estudo que estamos a fazer.¹⁰⁰

Como fundamento justificador do direito de necessidade existem duas concepções, uma defendida por FIGUEIREDO DIAS e outra defendida por FARIA COSTA. O primeiro reconhece ao direito de necessidade uma *natureza dual*, que, por um lado, apresenta uma razão social que assenta na protecção do interesse ou bem *jurídico-socialmente* mais importante entre os que se encontram em conflito; por outro lado faz uma imposição *jurídico-legal* com base num mínimo de solidariedade entre os membros da comunidade perante o interesse individual dos participantes do conflito.¹⁰¹

FARIA COSTA, por sua vez, afirma que o estado de necessidade justificante tem como fundamento principal o princípio do interesse preponderante, ou seja, em caso de

⁹⁷ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “*Direito Penal: parte geral, Tomo I: Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*”, Coimbra Editora, 2012, págs.439 e 439

⁹⁸ Art.34º - Direito de Necessidade: Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um 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, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) Ser razoável impor ao lesado o sacrificio do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

⁹⁹ Artigo 35º - Estado de necessidade desculpante: 1- Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. 2- Se o perigo ameaçar interesses jurídicos diferentes dos referidos no número anterior, e se verificarem os restantes pressupostos ali mencionados, pode a pena ser especialmente atenuada ou, excepcionalmente, o agente ser dispensado de pena.

¹⁰⁰ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “*Direito (...)*”, Tomo I, 2012, pág.439

¹⁰¹ *Ibidem*, pág.440

conflito deve considerar-se a salvaguarda *dos bens ou interesses mais importantes*. Mas este princípio também se traduz numa *maior utilidade social* pois visa proteger com afínco aqueles bens que representam as *pedras angulares do viver comunitário*. Este rejeita a existência de uma imposição de solidariedade social referindo que, caso assim não fosse, estaríamos perante uma inversão de argumentos, ou seja, ninguém é obrigado a suportar uma agressão com base na solidariedade social, mas sim pela justificação da agressão em virtude do princípio do interesse preponderante¹⁰², sendo esta a posição que vamos acompanhar.

O direito de necessidade, como está hoje previsto no CP, obriga ao cumprimento de três requisitos. São eles:

- i. Perigo actual: O bem ou interesse protegido tem que se encontrar efectivamente em perigo, pois só desta forma se justifica o dever de suportar a agressão, contudo isto não significa que tem que se traduza num perigo eminente, significa antes que a sua remoção não pode ser protelada sob o risco de não de *não se produzir qualquer efeito salvador*. Ademais, é estabelecido no art.34º do CP na sua alínea a) que a situação em perigo não pode ter sido originada pelo titular do bem ou interesse que a norma visa proteger. Quando estão em causa bens ou interesses protegidos de terceiro, a conduta do agente será lícita mesmo nas situações em que tenha sido ele a suscitar a situação de perigo.
- ii. Adequação: A agressão tem que ser apropriada e necessária para afastar o perigo, sendo este o requisito que fundamenta a exclusão da ilicitude. Há quem questione se este é um requisito autónomo da justificação ou se representa uma mera *redundância* pois já estaria implícito nos restantes requisitos. Entre nós, é seguido o primeiro pensamento, ou seja, a existência de autonomia deste requisito em relação aos outros. Como refere FARIA COSTA: “*a exigência da adequação refere-se não apenas à idoneidade do meio empregue pelo agente, como também à sua adequação, enquanto concreta conduta salvadora, à remoção do perigo.*”
- iii. Ponderação de interesses: Este requisito resulta da conjugação das alíneas b) e c) do art.34º do CP. A alínea b) obriga a uma ponderação entre os princípios e valorações

¹⁰² COSTA, JOSÉ DE FARIA, “*Noções (...)*”, 2015, págs.294 e 295

axiológicas da ordem jurídica, uma vez que não existe uma fórmula unitária que permita hierarquizar os bens e interesses jurídicos existentes. A valoração deve ser feita caso a caso, consoante os bens e interesses jurídicos em colisão, recorrendo, sempre que possível a normas que sugiram uma certa hierarquia. A alínea c) como que completa a alínea anterior, na medida em que exige uma ideia de razoabilidade. O sacrifício do interesse do lesado deve ser razoável comparado à natureza e valor do interesse que se encontra ameaçado.^{103 104} O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 2013¹⁰⁵ refere-se a este requisito dizendo: “*Por isso, é sempre necessário verificar em cada situação qual o interesse mais valioso de entre os que se mostram conflitantes, apontando a doutrina alguns índices para a determinação da sensível superioridade que tem de existir entre o interesse salvaguardado e o interesse sacrificado, a saber: a medida das sanções penais cominadas para a violação dos bens jurídicos em causa, por referência à axiologia constitucional; os princípios ético-sociais vigentes na comunidade em determinado momento; a modalidade do facto; a reversibilidade ou irreversibilidade das lesões; as medidas de culpa; a medida do sacrifício imposto ao próprio lesado.*”

Fala-se muitas vezes da vida e da saúde como valores sensivelmente superiores que justificam a violação de segredo, mas existem outros que são igualmente reconhecidos, que podem dizer respeito à *administração da justiça*. Quando está em causa a condenação penal de um inocente a violação do segredo é lícita, desde que cumpra aqueles três requisitos já referidos, ou seja, um médico pode quebrar o dever de sigilo nestas situações. Aqui está em causa uma pena que podia ter efeitos irreversíveis na vida de uma pessoa a nível de socialização e estigma. Nestes casos, a violação do segredo deve manter-se ao estritamente necessário para evitar a condenação. Na esfera da protecção de *interesses próprios do médico*, é geralmente aceite a quebra de sigilo nos casos em que a revelação

¹⁰³ É inquestionável que se estivermos perante uma situação de ponderação entre a vida de uma pessoa e a salvação de um bem patrimonial estão cumpridas todas as exigências em relação à ponderação de interesses, tanto na sua valoração como razoabilidade.

¹⁰⁴ COSTA, JOSÉ DE FÁRIA, “*Noções (...)*”, 2015, págs.295-301

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relativo ao processo: 254/12.0TTT.C1, datado de 10 de Julho de 2013, disponível online no site:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/aa055f20b377b4dc80257be1003b6421?OpenDocument> (consultado a 20 de Janeiro de 2017)

seja necessária para evitar a sua própria *perseguição e condenação penal*.¹⁰⁶ Neste sentido aponta o art.32º al. b) do CDOM, que refere: “*Excluem o dever de segredo médico: b) O que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico, do doente ou de terceiros, não podendo em qualquer destes casos o médico revelar mais do que o necessário, nem o podendo fazer sem prévia autorização do Bastonário;*”.

Esta causa de justificação e a sua relação com o segredo médico será abordada mais minuciosamente no capítulo seguinte, onde será exemplificada a sua utilização relativamente à violação de segredo de doentes com HIV.

5. Prossecução de interesses legítimos

A admissibilidade da prossecução de interesses legítimos como causa de justificação da violação de segredo não é pacífica em termos de direito comparado, uma vez que prevê um regime menos exigente que o direito de necessidade, alargando o número de situações em que a quebra de segredo é permitida.

O CP austríaco prevê expressamente a prossecução de interesses legítimos como causa de justificação, afastando a ilicitude da revelação quando a esta, *segundo o conteúdo e a forma, está justificada por um interesse público ou por um interesse privado legítimo*. Já o direito alemão é completamente omissivo em relação a esta causa de justificação, sendo considerada pela maioria dos autores como uma peculiaridade *específica e exclusiva dos crimes contra a honra*.¹⁰⁷

A prossecução de interesses legítimos não se encontra expressamente consagrada no CP português. No entanto, esta encontrava-se prevista na versão de 1982, no seu art.185º, tendo sido revogado na alteração de 1985. Do ponto de vista *formal-positivo*, encontramos-nos a meio de caminho entre os sistemas supra mencionados, quer isto dizer

¹⁰⁶ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1161 e 1162

¹⁰⁷ Ibidem, pág.1163

que, apesar de não se encontrar consagrada nem associada ao crime de violação de segredo, entende-se que não se circunscreve apenas aos crimes contra a honra, abrangendo o crime previsto no art.192º do CP, um artigo que visa proteger a *privacidade*. COSTA ANDRADE afirma que, apesar da prossecução de interesses legítimos ter sido retirada da codificação, nada nos leva a acreditar que a vontade do legislador era *restringir o âmbito da justificação* e, conseqüentemente, *alargar o campo do ilícito e do punível*.¹⁰⁸ Argumenta ainda que, com base nos elementos hermenêuticos (sistemático, histórico e teleológico), deve ser aplicada a prossecução de interesses legítimos à violação de segredo.

MARIA DO CÉU RUEFF, em concordância com HELENA MONIZ, refere que a doutrina não é unânime em relação a este assunto logo, em caso de revelação de segredo sem consentimento do doente, se deve recorrer ao direito de necessidade e não à prossecução de interesses legítimos. Para isto esta afirma: *“É que talvez seja o único modo de não alargar excessivamente a justificação em terreno em que a doutrina se divide, não só quanto à consagração ou não de certa dirimente, como quanto ao entendimento dos próprios requisitos das causas de justificação e isto quando se trata de áreas tão sensíveis como a da conjugação entre privacidade e segredo, onde se jogam problemas delicados de relacionamento entre o individual e o colectivo e sem respostas que abstractamente se possam adivinhar adequadas para uma ampla gama de casos.”*¹⁰⁹

¹⁰⁸ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Comentário (...)”, Tomo I, 2012, pág.1164

¹⁰⁹ RUEFF, MARIA DO CÉU, “O Segredo (...)”, 2009, págs. 556 e 557

Capítulo III

*“Uma situação dilemática particularmente difícil diz respeito à revelação aos familiares de certos diagnósticos, como no caso da SIDA, ou à ocultação do diagnóstico ao próprio doente. Alguns eticistas dizem tranquilamente ser matéria a deixar à consciência de cada médico, embora este esteja muitas vezes demasiado próximo da face humana do problema para encontrar com clareza a resposta que procura”.*¹¹⁰

O caminho percorrido até aqui permitiu-nos compreender as bases em que assenta o segredo médico e os casos em que a violação deste se encontra justificado. Tudo isto para que agora nos seja possível analisar uma questão mais prática, ou seja, em que situações é permitido ao médico revelar a terceiros a seropositividade de um paciente. Surgem algumas dúvidas quanto a este assunto. Em que condições é que o médico pode revelar a seropositividade de um doente? Quando permitido, o médico tem um direito ou um dever de revelar este segredo? A quem pode revelar? Todas estas questões são pertinentes, mas, antes disso, iremos fazer uma breve alusão a esta doença e às suas implicações para uma melhor compreensão da generalidade do problema.

1. Sida: Breve Noção

*“Esta doença que, tal como a peste, nos toca a todos”.*¹¹¹

A SIDA (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida), é provocada pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH), e para a qual ainda não foi encontrada uma cura nem uma vacina que seja capaz de lutar contra esta doença que afecta pessoas de todas as faixas etárias por todo o Mundo.¹¹² Segundo dados da WORLD HEALTH ORGANIZATION, no ano de 2015 existiam aproximadamente 36.7 milhões de pessoas infectadas por este vírus.

¹¹⁰ ANTUNES, JOÃO LOBO, “*Análise Social*”, vol. XXXVIII (166), 2003, disponível online (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218737656G8cFZ6yg8D118UH9.pdf>), págs.92 e 93

¹¹¹ ANTUNES, JOÃO LOBO apud ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.42

¹¹² http://www.roche.pt/sida/o_que_e_a_sida/introducao.cfm (consultado em 03 de Janeiro de 2017)

O VIH, ao entrar no organismo humano e, conseqüentemente no sistema sanguíneo, inicia a sua reprodução dentro dos linfócitos acabando por matá-los. Ao atacar estas células, está a atacar directamente o sistema imunológico, ou seja, o sistema responsável por dar indicação às restantes células da necessidade de proteger o organismo dos agentes invasores. Como as defesas ficam enfraquecidas, o seropositivo torna-se mais vulnerável às chamadas doenças oportunistas, mais concretamente algumas formas raras de pneumonia, toxoplasmoses, candidose, entre outras. Muitas destas doenças são efectivamente a causa da morte dos seropositivos, sendo certo que são diagnosticadas menos frequentemente em pessoas que não sofram desta imunodeficiência.¹¹³

É possível identificar quatro fases distintas da infecção do HIV. Uma primeira de infecção aguda, no qual são visíveis alguns sintomas que se assemelham aos de uma gripe, o que leva a que a causa dos mesmos muitas vezes passe despercebida a doentes e médicos. A segunda fase pode durar entre 10 a 15 anos, na qual o vírus continua a proliferar mas sem qualquer sintoma. Segue-se um período em que o organismo já não consegue repor a quantidade de células destruídas pelo vírus, começando o doente seropositivo a demonstrar alguns sintomas como suores nocturnos e emagrecimento. Na quarta e última fase da doença, o seropositivo passa a ter SIDA, e apresenta uma percentagem de leucócitos significativamente baixa ou é afectado por outra doença indicadora de um estado de imunodeficiência grave. Não obstante não existir uma cura para a SIDA, existem medicamentos anti-retrovíricos capazes de retardar a evolução da desta.¹¹⁴

O HIV apenas é transmitido através de certos comportamentos, sendo que os mais comuns são a prática de relações sexuais desprotegidas e a partilha de agulhas ou seringas. Apesar de não ser tão frequente, a transmissão também pode ocorrer de mãe para filho durante a gravidez, parto ou amamentação. Ou seja, o HIV transmite-se pelo sangue, pelo leite materno, pelo sémen, pelos fluídos pré-ejaculatórios e pelos fluídos vaginais. Importa

¹¹³ http://www.roche.pt/sida/o_que_e_a_sida/introducao.cfm (consultado em 03 de Janeiro de 2017)

¹¹⁴ *Ibidem*

esclarecer que este vírus, não se transmite pelo ar, água, saliva ou lágrimas,¹¹⁵ nem tão pouco pelo contacto social, como abraços, beijos ou utilização da mesma loiça.

A SIDA em Portugal encontra-se na lista de doenças transmissíveis de notificação obrigatória, ao lado de doenças como a Hepatite, Dengue, Peste, Tuberculose entre outras.¹¹⁶

Importa ainda referir que, nos dias de hoje, ainda é patente o estigma e a discriminação associada a esta doença, principalmente nas formas de transmissão da mesma, o que dá origem a barreiras importantes à prevenção, apoio e tratamento das pessoas infectadas.¹¹⁷ Ademais, não nos devemos referir a grupos de risco de transmissão do vírus, mas antes a comportamentos de risco. Esta discriminação contempla uma violação dos Direitos Humanos, sendo crucial que haja uma maior consciencialização para estes factores por parte de todos os Países e Organizações de Saúde.

2. Direito de necessidade e HIV: Revelação de factos a terceiros

Quando falamos da revelação da seropositividade de um doente pelo seu médico, devemos atender a todas as implicações que isso pode ter na vida do doente. Como afirma COSTA ANDRADE: *“a transmissão do vírus da SIDA equivale a uma sentença de morte. Uma morte mais ou menos diferida, mas, à vista das expectativas actuais, concretamente, à vista da inexistência de terapia definitiva e segura, um desfecho tendencialmente inescapável”*.¹¹⁸ Significa isto que, quando uma pessoa é confrontada com o diagnóstico positivo do vírus, tem que enfrentar o facto da sua morte estar à espreita, e viver na ansiedade de saber quando é que irá começar a sentir os primeiros sintomas. Ademais,

¹¹⁵ <https://www.cdc.gov/hiv/basics/transmission.html> (consultado em 03 de Janeiro de 2017)

¹¹⁶ Despacho nº 15385-A/2016 de 21 de dezembro

¹¹⁷ UNAIDS, *“Estigma, discriminação e violação dos Direitos Humanos em relação ao VIH”*, disponível online em:

<https://redededireitos.org/wp-content/uploads/2015/07/Estigma-Desdiscriminac%CC%A7a%CC%83o-e-violac%CC%A7a%CC%83o-dos-Direitos-Humanos-em-relac%CC%A7a%CC%83o-ao-VIH-ONUSIDA.pdf>

¹¹⁸ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *“Direito (...)”*, 2004, pág.43

existe toda uma carga social negativa face aos portadores do HIV, sendo encarada como *uma morte social que precede a morte física*¹¹⁹.

Infelizmente, e apesar de já haver toda uma rede informática com informações sobre a doença, ainda existe muito estigma em relação a ela, persistindo a ideia de que os grupos de risco são uma realidade e que esses mesmo grupos apenas abrangem homossexuais, toxicodependentes e pessoas ligadas à prostituição. Nada podia estar mais errado pois a SIDA é uma doença que não escolhe estatutos nem idades.

Todos estes factos relevam no momento de contar a alguém que se é seropositivo. Muitas vezes os doentes têm receio de revelar a sua condição até às pessoas mais próximas. Medo fundado na hipótese de distanciamento e discriminação por parte destes levando ao isolamento, numa fase tão complicada como a descoberta da seropositividade.

Os médicos e sistema de saúde assumem um papel fundamental, tanto a nível da prevenção como já na fase de tratamento. Antes de tudo, convém quebrar os tabus e elucidar a sociedade acerca das formas de prevenção, estimular os cidadãos a fazerem os testes de despistagem do HIV e esclarecer quaisquer dúvidas existentes. Numa segunda fase, caso já haja um resultado positivo, é imperioso explicar ao doente os cuidados que este deve ter daí em diante de forma a evitar a propagação da doença. Ademais, apesar de não haver uma cura, existem medicamentos que ajudam no retardamento dos sintomas, logo, o doente deve ser alertado desta situação e seguir o plano que lhe for aconselhado pelo seu médico.

Nesta relação médico-doente, como já sabemos, existe um dever de sigilo por parte do profissional de saúde. Este dever de segredo é importante uma vez que, caso alguém seja diagnosticado com esta doença, o médico fica obrigado a não revelar esse facto a terceiros, a não ser que obtenha o consentimento do doente. Aliás, caso isso não acontecesse, podia ter repercussões negativas ao nível da relação médico-doente e sistema de saúde. Sendo a seropositividade um tema bastante delicado, o seu portador na maioria

¹¹⁹ RUEFF, MARIA DO CÉU, “*Segredo Médico e VIH/SIDA: Perspectiva Ético-Jurídica*”, Acta Médica Portuguesa, 2004, disponível online: www.actamedicaporuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/1120/785, pág. 455

dos casos deverá querer manter o facto como segredo. Se ele sentisse que o médico iria revela-lo, poderia levar ao seu afastamento do sistema de saúde e respectivos profissionais do meio e, como consequência disto, não iria receber o tratamento aconselhado. Aliás, se a revelação dos factos se tornasse recorrente, as pessoas nem iriam fazer os testes de despistagem do HIV com receio de ver a sua intimidade exposta. Como não iam ter conhecimento de que eram portadores do vírus, além de não receberem o tratamento adequado, podiam não ter os cuidados necessários para evitar a transmissão a outras pessoas, colocando em risco a saúde pública.

Como se compreende, é imprescindível que as pessoas no geral possam confiar que a sua privacidade irá ser respeitada de forma a evitar a descredibilização da profissão e a propagação da doença. Sendo assim, os casos em que a violação de segredo médico se encontra justificada devem ser excepcionais, e apenas deve acontecer após esgotar todos os meios para convencer o doente a comunicar o facto às pessoas que pode pôr em risco. Se o paciente se sentir tratado com dignidade irá colaborar com mais facilidade e ter comportamentos mais responsáveis.¹²⁰

Revelação ao cônjuge/companheiro

Neste ponto teremos que ter em consideração duas situações: a primeira em que o profissional apenas é médico do doente; e uma segunda situação em que aquele é médico de ambos, ou seja, médico do portador do vírus do HIV/SIDA e do seu companheiro/cônjuge.

Hipótese 1:

A dirige-se ao médico para fazer os testes de despistagem do HIV/SIDA. Quando chegam os resultados é possível apurar que estes são positivos e que A é seropositivo, facto que lhe é comunicado pelo profissional de saúde. Este, ao alertar A da sua situação e dos cuidados que deve ter daí em diante de forma a não contaminar outras pessoas, percebe que

¹²⁰ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...), 2004”, pág.215

o seu paciente não tem qualquer intenção de contar à sua companheira, B, o seu estado de saúde e ainda que não irá ter relações sexuais protegidas para que esta não desconfie da sua doença. Que atitude deverá ter o médico?

Deve ser feita uma análise aos pressupostos do direito de necessidade de forma a verificar se estes se encontram cumpridos. Como já vimos, para a revelação do segredo estar justificada com o direito de necessidade, têm que ser respeitados três requisitos: adequação, perigo actual e ponderação de interesses.

Quanto ao primeiro, compreendemos que a revelação dos factos a B é o meio adequado para prevenir que seja lesada na sua vida e integridade, bens juridicamente protegidos, uma vez que o seu companheiro não tenciona revelar a sua seropositividade nem pretende ter os cuidados necessários para evitar a propagação da doença. Importa referir que esta revelação arbitrária apenas se justifica se o doente, mesmo com toda a informação e tentativa do médico para que seja o próprio a revelar os factos, se recuse a informar a sua companheira. Esta revelação deve ser feita apenas a B, pois esta configura o círculo de pessoas a informar, isto é, um *círculo reduzido ao mínimo necessário para a salvaguarda dos bens em perigo*.¹²¹ Caso as pessoas pertencentes a este círculo não sejam conhecidas, é justificada a comunicação às autoridades.¹²²

Relativamente ao segundo requisito, importa mencionar o entendimento de Figueiredo Dias: “*o perigo deverá para este efeito considerar-se actual mesmo quando não é ainda iminente, mas o protelamento do facto salvador representaria uma potenciação do perigo*”.¹²³ Na hipótese que formulámos este requisito também se encontra cumprido uma vez que os bens protegidos se encontram em perigo, e o protelamento desta situação aumenta a probabilidade de B ser infectada devido às relações sexuais não protegidas.

Quanto ao último requisito, a ponderação de interesses, temos por um lado o direito à privacidade e reserva da vida privada e por outro o direito à vida, ambos protegidos pela

¹²¹ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.221

¹²² PFEFFER apud ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito (...)*”, 2004, pág.221

¹²³ DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “*Direito(...)*”, Tomo I, 2012, pág.443

CRP. Já vimos que não existe uma hierarquia entre bens jurídicos a proteger, no entanto é possível compreender através de algumas normas jurídicas uma certa sequência. A CRP tem um capítulo reservado aos Direitos, Liberdades e Garantias (DLG), onde constam uma série de direitos fundamentais, incluindo os supra referidos. A iniciar este capítulo temos o art.24^o¹²⁴ que consagra a inviolabilidade da vida ocupando uma posição cimeira neste elenco de DLG. Como refere MARIA DO CÉU RUEFF¹²⁵: “(...) e a integridade pessoal só há-de aferir-se quando existir vida, pois que, sem ela, não haverá sequer o titular físico e espiritual, ou a pessoa, em quem se cumpram a integridade e a reserva da intimidade da vida”. Ora, perante os bens jurídicos em questão, privilegia-se a vida de B à custa da privacidade de A. Pode então concluir-se que este requisito também se encontra cumprido.

O médico poderia revelar a seropositividade de A a B pois, apesar de estarmos perante um ilícito típico de Violação de Segredo, este encontra-se justificado pelo direito de necessidade uma vez que os seus requisitos se encontram cumpridos.

A doutrina dominante aceita a justificação da violação de segredo em casos similares a este, já tendo sido elaborado um parecer¹²⁶ pela CNECV que confirma aquilo que acabamos de analisar. Este parecer, apesar de reconhecer a importância do sigilo médico, considera a vida um valor prioritário e por esse motivo, a revelação de factos a pessoas com o intuito de salvaguardar a sua vida, não se pode considerar como publicitária nem violadora de uma obrigação menor, concluindo o seguinte:

1. *“A médica assistente deve continuar a envidar todos os esforços para rapidamente persuadir o seu doente da obrigação grave que sobre ele impende de comunicar à sua mulher a seropositividade que apresenta e os riscos da sua transmissão. Se necessário, deverá mesmo explicar-lhe que, nestas circunstâncias específicas de perigo próximo para a saúde e vida de terceiros, as normas éticas de respeito pela legitimidade e pela vida desses terceiros justificam a comunicação em causa.*
2. *Se, mesmo assim, não conseguir persuadir o seu doente, a médica deve informá-lo que irá cumprir a sua obrigação de comunicar à mulher a seropositividade do seu*

¹²⁴ Art.24º - Direito à vida: 1- A vida humana é inviolável. 2- Em caso algum haverá pena de morte.

¹²⁵ RUEFF, MARIA DO CÉU, “O Segredo (...)”, 2009, pág.564

¹²⁶ Parecer 32/CNECV/2000

marido e os riscos da sua transmissão, o que não pressupõe, neste caso, quebra do sigilo médico.

3. *Esta comunicação é indispensável para que a mulher do doente possa fazer os testes de diagnóstico e iniciar tratamento, caso já tenha sido infectada.”*

Há autores que defendem que se deve recorrer à prossecução de interesses legítimos para evitar as limitações impostas pelo direito de necessidade. Este permite superar os limites da ponderação de interesses a que está obrigado o direito de necessidade, permitindo o sacrifício de bens de valor igual ou superiores; e prescinde da exigência de um perigo actual. No direito português, não há uma consagração expressa que refira a prossecução de interesses legítimos como uma das justificações da violação de segredo, no entanto Costa Andrade entende que os *topoi hermenêuticos* (sistemático, histórico e teleológico) alargam esta causa de justificação aos crimes contra a reserva da vida privada. Isto proporciona um sistema normativo mais elástico, alargando o campo de justificação.¹²⁷

Como já se referiu, o HIV/SIDA é uma doença com uma grande carga negativa, tanto a nível social (estigma e discriminação) como pessoal (enfrentar o diagnóstico de uma doença que não tem cura). A flexibilização da justificação da violação de sigilo médico deve ser bem ponderada de forma a não tornar as vantagens, como a prevenção da doença, em desvantagens, descredibilização da profissão, receio em realizar testes de despistagem e por sua vez proliferação do vírus. Este alargamento não nos parece necessário uma vez que o direito de necessidade parece absorver os casos em que realmente se deve quebrar este segredo, não invadindo de forma desmesurada a esfera privada dos seropositivos.

Hipótese 2:

Imaginemos que um casal A e B, pacientes do mesmo médico, se deslocam ao consultório deste, embora para consultas separadas, com o intuito de fazer uma série de exames, incluindo o teste de despistagem do vírus do HIV. Obtidos os resultados, e em consulta privada com cada um deles, o médico informa A que é portador do vírus do HIV.

¹²⁷ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.228

Após uma longa conversa em que o médico tenta convencer A a comunicar o facto a B, este recusa-se a fazê-lo, informando o médico que não irá ter os devidos cuidados, especificando que continuará a ter relações sexuais desprotegidas. Perante uma situação destas, que atitude deve tomar o médico?

Já sabemos que este está obrigado ao dever de sigilo perante A, como afirmam o art.195º do CP e as normas deontológicas, incorrendo em crime de Violação de Segredo caso revele este facto a terceiros, ou seja, temos a vontade de A em ver a sua privacidade salvaguardada. Como já se afirmou, é compreensível que assim seja devido ao impacto social e discriminação existente. COSTA ANDRADE¹²⁸ refere: “(...) *uma comunidade assente na dignidade e na autonomia da pessoa só deve tolerar a invasão da privacidade quando isso é necessário e adequado para preservar a liberdade e a integridade de outros.*”

No entanto, B também é paciente do médico, havendo aqui uma relação contratual onde subsistem deveres de zelar pela saúde, integridade moral e física e vida deste, ou seja, há um dever de garante. A doença de A atenta contra estes bens jurídicos que devem ser protegidos por este profissional de saúde.¹²⁹

Neste caso, além da obrigação de sigilo, temos uma relação contratual que pressupõe uma posição de garante. O médico, nesta situação concreta, não tem apenas o direito de revelar os factos a B, tem também o dever de o fazer. Mas não se pense que só pela posição de garante o médico poderá revelar quaisquer factos a B. Esta revelação tem que ser previamente justificada para que o dever de agir devido à posição de garante seja também justificado.

O médico deveria revelar os factos a B recorrendo ao direito de necessidade, uma vez que a sua integridade física se encontrava em risco devido à recusa de A em tomar as devidas precauções de forma a evitar o contágio daquele e ainda de lhe revelar o seu estado serológico.

¹²⁸ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Direito (...)”, 2004, pág.217

¹²⁹ RUEFF, MARIA DO CÉU, “O Segredo (...)”, 2009, pág.558 e 559

Há autores, como COSTA ANDRADE, que defendem que devido à posição de garante de B, o médico pode incorrer num crime de omissão, previsto no art.10¹³⁰ conjugado com o art.283^o do CP¹³¹, caso não revele os factos que podem colocar a saúde daquele em perigo, fundamentando que se deve privilegiar a ideia de “*domínio sobre a fonte do resultado*”. Outros defendem que esta solução aparece como um *alargamento desproporcionado da responsabilidade do médico*, entre nós ANDRÉ DIAS PEREIRA e MARIA DO CÉU RUEFF, sendo esta a posição que acompanhamos.

Além do já referido, MARIA DO CÉU também argumenta que tem dúvidas quanto à justeza da primeira posição pois não parece que o delito previsto art.283^o tenha como finalidade a responsabilização dos médicos pela transmissão do HIV nestes contornos. Caso o espírito da lei quisesse criminalizar estas situações havia de o ter expressamente previsto por norma penal que definisse os seus pressupostos, de forma a respeitar a previsibilidade e certeza a que obriga o princípio da legalidade.¹³²

Podemos referir uma situação semelhante a esta em que o médico é confrontado com um resultado positivo no teste de HIV do namorado da sua filha. Com este mantém um dever de segredo, com aquela tem uma vinculação biológica onde também existe a obrigação de protecção da sua integridade física. Neste caso também é lícita a violação de segredo caso o namorado da sua filha não consinta na revelação nem tenha intenção de o fazer por si.

¹³⁰ Art.10^o - Comissão por acção ou por omissão: 1- Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. 2- 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. 3- No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.

¹³¹ Art.283^o - Propagação de doença, alteração de análise ou de receituário: 1- Quem: a) Propagar doença contagiosa; b) Como médico ou seu empregado, enfermeiro ou empregado de laboratório, ou pessoa legalmente autorizada a elaborar exame ou registo auxiliar de diagnóstico ou tratamento médico ou cirúrgico, fornecer dados ou resultados inexactos; ou c) Como farmacêutico ou empregado de farmácia fornecer substâncias medicinais em desacordo com o prescrito em receita médica; e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2 - Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos. 3 - Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

¹³² RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo (...)*”, 2009, pág. 585

Revelação a outros familiares/terceiros

Já vimos que o médico pode revelar ao cônjuge/companheiro do doente seropositivo certos factos se se encontrarem cumpridos os requisitos do Direito de Necessidade. Resta saber se o círculo de pessoas a informar inclui outras pessoas que não estas.

Quanto aos demais familiares, as situações em que a revelação do estado serológico de um doente se encontram justificadas mostram-se ainda mais reduzidas. Para que a revelação de um segredo seja justificada em sede de direito de necessidade, temos que estar perante um perigo concreto de que o doente seropositivo irá ter comportamentos conducentes à propagação do vírus, colocando a vida dos terceiros em risco.

Como já analisamos, o HIV/SIDA não se transmite pelo ar nem pela saliva, sendo necessários determinados comportamentos de risco para que se seja infectado com o vírus. A relação que se tem com o cônjuge/companheiro é mais propícia à transmissão desta doença, caso se tenham relações sexuais desprotegidas por exemplo. Já em relação aos familiares, as situações que podem conduzir à infecção destes são escassas, uma vez que, seria necessário que houvesse um contacto entre o sangue das duas pessoas, e mesmo assim esta é apenas uma hipótese que, caso se verificasse, podia nem infectar a outra pessoa.

Desta forma, não parece que a violação do dever de segredo possa ser justificada com o direito de necessidade quando estamos perante familiares do doente seropositivo, pois não se cumprem os requisitos para a aplicação deste.

Também se pode discutir se é permitido revelar o estado serológico de um doente a outro médico com o intuito de este último ter mais cuidados no contacto com o paciente. Pelo que já foi possível apurar, compreende-se que aqui também não se encontra justificada a revelação do segredo. Os médicos têm uma série de condutas de higiene e cuidados que devem seguir, e isto independentemente do paciente ser portador de qualquer doença. Arrisco-me a dizer que, em caso de dúvida, e para a sua segurança, um médico deve presumir a seropositividade de um doente. Caso esta quebra do dever de sigilo fosse permitida, estaria a atentar contra bens jurídicos fundamentais de forma desmesurada. O

acesso a estes dados deve ser o mais restrito possível devido à sensibilidade do assunto e a sua revelação a outros profissionais de saúde apenas deve acontecer se for em benefício e interesse do doente, nunca do médico.¹³³

¹³³ MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, “*Segredo (...)*”, 2013, pág.127

Conclusão

O segredo médico, que surge na medicina com os escritos hipocráticos e se mantém até aos dias de hoje, tem como fundamento a protecção da privacidade de um doente, dos factos relativos à sua saúde mas também relativos à sua intimidade. Este dever de sigilo assenta na protecção de direitos fundamentais e permite que o doente confie ao profissional de saúde informações importantes ao seu diagnóstico e respectivo tratamento. Desta forma, o doente vê alguns factos relativos à sua vida privada expostos perante o médico.

Isto só acontece pois o doente acredita que estas informações pessoais estão protegidas pelo dever de segredo que impende sobre os médicos. Caso isto não acontecesse, os doentes iriam sentir-se inibidos a revelar determinados detalhes importantes para o diagnóstico que não quisessem ver revelados a terceiros, comprometendo o seu estado de saúde.

Contudo, é impossível defender uma ideia absoluta de segredo médico, sendo permitida a sua violação em determinadas situações, como o direito de necessidade. Apesar de esta violação configurar um crime previsto na nossa lei penal, o médico que revelar segredo de doente ao abrigo do direito de necessidade não será punido.

Isto compreende-se uma vez que apenas se encontra justificada a sua revelação quando estiverem cumpridos os requisitos necessários, isto é, em causa tem de estar a protecção de bens jurídicos superiores àqueles que se querem sacrificar. Ademais, a sua utilização deve ter um carácter excepcional e o seu alargamento a situações menos restritas deve ser condenado. Aqui referimo-nos à prossecução de interesses legítimos como causa de justificação, no entanto, como consagra um regime mais flexível para a violação do segredo, entendemos que não seja benéfica a sua utilização nos crimes contra a privacidade.

Quando confrontamos a utilização do direito de necessidade com situações referentes a doentes seropositivos, foi possível compreender a sensibilidade deste assunto e o porquê de não dever alargar o campo da justificação da violação de segredo.

A SIDA, só por si, já contém uma carga negativa pessoal para o doente. Quando este é confrontado com o seu estado serológico, é também confrontado com a sua mortalidade, com a necessidade de tratamento até ao fim dos seus dias. Além disso, comporta também uma carga negativa a nível social, provocando o afastamento de várias pessoas, obrigando o doente a viver numa sociedade onde a discriminação e estigma em relação a esta doença ainda são patentes. O médico assume aqui um papel fundamental pois este está incumbido de auxiliar o doente numa fase tão complicada como esta, prestando o auxílio e informações necessárias ao doente.

O direito de necessidade surge, nestes casos, como uma forma de evitar a propagação da doença através da contaminação de terceiros. Quando o médico, após todas as tentativas de convencer o paciente a revelar ao seu cônjuge/companheiro o seu estado serológico, percebe que este não o irá fazer e que, além disso, não irá ter os cuidados necessários, o direito de necessidade tem um papel essencial, permitindo ao profissional de saúde que o faça e, desta forma, proteja a vida de uma pessoa. Destarte, o círculo de pessoas a informar, geralmente abrange apenas o cônjuge/companheiro do doente, não se devendo estender a pessoas que não se considerem em sério risco de ser infectadas.

O que importa é que não se utilize de forma abusiva esta causa de justificação, pois isso teria um impacto contrário ao desejável, levando ao afastamento das pessoas do sistema de saúde. Caso estas não possam confiar que os seus segredos vão ser protegidos não fazem os testes de despistagem, o que pode resultar num aumento dos números de pessoas infectadas.

Importa ainda referir que, apesar de haver autores que defendem o contrário, não seguimos a ideia de que o médico deva ser condenado por crime de omissão se não revelar aqueles factos a um paciente seu com posição de garante. A tese que acompanhamos acredita que não se deve responsabilizar criminalmente o médico que não revelar factos atinentes ao estado de saúde de outra pessoa, uma vez que tal incriminação não se encontra expressamente prevista na lei. Pode no entanto, nestes casos, recorrer ao direito de necessidade, sendo o meio adequado a salvaguardar os interesses preponderantes.

Em suma, apesar da importância da utilização do direito de necessidade em casos excepcionais, este não deve ser encarado como uma das formas de impedir a propagação da doença. Este apenas é utilizado quando se vislumbra como o único meio eficaz a evitar a contaminação de uma pessoa. As formas de prevenir a propagação da doença não se relacionam com normas jurídicas, mas sim com comportamentos responsáveis e informados por parte da sociedade em geral.

Bibliografia

ABREU, LUÍS VASCONCELOS, “*O Segredo Médico no Direito Português Vigente*”, Separata: Estudos de Direito da Bioética, Almedina, 2005

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Comentário ao artigo 195.º do Código Penal, in Comentário Conimbricense ao Código Penal*”, (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 2012

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “*Direito Penal Médico, Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*”, Coimbra Editora, 2004

CANOTILHO, GOMES / MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Anotada*”, vol.I, Coimbra Editora, 2007

COSTA, JOSÉ DE FARIA, “*Noções Fundamentais de Direito Penal*”, *Fragmenta iuris poenalis*, Coimbra Editora, 2015

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “*Direito Penal: parte geral, Tomo I: Questões Fundamentais: a doutrina geral do crime*”, Coimbra Editora, 2012

ESTORNINHO, MARIA JOÃO / MACIEIRINHA, TIAGO, “*Direito da Saúde*”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014

MENEZES, SOFIA SARAIVA DE, “*Segredo Médico: O Princípio da Confidência Necessária (O caso particular do VIH/SIDA)*”, *Lex Medicinæ*, Coimbra, Ano 10, nº20, 2013

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALO DIAS, “*O Sigilo Médico: Análise do Direito Português*”, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China, 2008

RODRIGUES, CUNHA, “*Lugares do Direito*”, Coimbra Editora, 1999

RUEFF, MARIA DO CÉU, “*O Segredo Médico como garantia de não discriminação, Estudo de caso: HIV/SIDA*”, Coimbra Editora, 2009

Outras referências:

ANTUNES, JOÃO LOBO, “*Análise Social*”, vol. XXXVIII (166), 2003, disponível online (<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218737656G8cFZ6yg8D118UH9.pdf>)

Carta dos Direitos e Deveres do doente

Despacho nº 15385-A/2016 de 21 de dezembro

FÓRMULA DE GENEBRA, Adoptado pela Associação Médica Mundial

HIPOCRATIS OPERA VERA ET ADSCRIPTA, Tomus Quartus, Lausanne MDCCLXXI

<https://www.cdc.gov/hiv/basics/transmission.html> (consultado em 03 de Janeiro de 2017)

http://www.roche.pt/sida/o_que_e_a_sida/introducao.cfm (consultado em 03 de Janeiro de 2017)

RUEFF, MARIA DO CÉU, “*Segredo Médico e VIH/SIDA: Perspectiva Ético-Jurídica*”, Acta Médica Portuguesa, 2004, disponível online:

www.actamedicaportuguesa.com/revista/index.php/amp/article/download/1120/785

UNAIDS, “*Estigma, discriminação e violação dos Direitos Humanos em relação ao VIH*”, disponível online: <https://redededireitos.org/wp-content/uploads/2015/07/Estigma-Descriminac%CC%A7a%CC%83o-e-violac%CC%A7a%CC%83o-dos-Direitos-Humanos-em-relac%CC%A7a%CC%83o-ao-VIH-ONUSIDA.pdf>

Legislação

Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Código Penal

Código Processual Penal

Constituição da República Portuguesa

Estatuto da Ordem dos Médicos

Lei de Bases da saúde

Regulamento de notificação obrigatória de doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, aprovado pela portaria nº 248/2013 de 5 de Agosto, e alterado pela portaria nº22/2016 de 10 de Fevereiro, publicado em Diário da República, 1ªsérie – nº28 de 10 de Fevereiro de 2016

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Dezembro de 2006, relativo ao processo 9476/2006-7, disponível online no site:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/f8b47e156e1a4c2d802572830042657d?OpenDocument> (consultado a 10 de Janeiro de 2017)

Parecer P000491991 do Conselho Consultivo da PRG, disponível online em:

<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/f71a7e78b754d0ca80256617004207b0?OpenDocument> (consultado a 7 de Janeiro de 2017)

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relativo ao processo: 254/12.0TTCBT.C1, datado de 10 de Julho de 2013, disponível online no site:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/aa055f20b377b4dc80257be1003b6421?OpenDocument> (consultado a 20 de Janeiro de 2017)