

Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

1) Fundamentos Jurídicos

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada está consagrado no elenco de direitos, liberdades e garantias da nossa Constituição da República, no artigo 26º/1, bem como em inúmeros documentos internacionais e europeus¹. Este direito de personalidade está directamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (princípio norteador do ordenamento jurídico português que se encontra no artigo 1º da Constituição), que se traduz na simples qualidade de ser humano, independente de qualquer outra condição, na medida em que a dignidade da pessoa pressupõe que ela beneficie de um espaço de privacidade, quer no âmbito da vida doméstica, familiar, sexual ou afectiva², cabendo também neste artigo a protecção do segredo médico. Há ainda quem veja no direito à reserva da intimidade da vida privada dois “sub-direitos”: a) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem³, traduzindo-o numa verdadeira proibição de ingerência na vida particular por terceiros, quer por acesso, quer por divulgação de informação, como consagrado no artigo 80º do Código Civil.

Os autores consideram que a reserva da intimidade da vida privada prende-se, maioritariamente, na informação. Defendem que a pessoa deve ter direito à autodeterminação informativa⁴ (figura que já existe no direito alemão), ou seja, a pessoa deve poder opor-se à divulgação de factos da vida privada e de controlar as informações que lhe dizem respeito⁵ quer sejam verdadeiras ou falsas⁶. A liberdade

¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem – artigo 12º;
Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – artigo 17º;
Convenção Europeia dos Direitos do Homem – artigo 8º;
Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina – artigo 10º;
Convenção para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais (Aprovada pela resolução nº 23/93 de 9 de Julho e ratificada pelo Decreto Presidencial nº 21/93, de 5 de Novembro, entrou em vigor em Portugal em 1 de Janeiro de 1994) – artigo 6º;

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – artigo 7º e 8º.

² PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2005. P. 63

³ J.J GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, *Constituição Anotada*, 3ª edição revista, 1993, p. 181.

⁴ Como por exemplo o Professor Paulo Mota Pinto.

⁵ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, 2010, p. 619-620

⁶ MOTA PINTO, Paulo, A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, *in: Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1989, p. 532

assume uma dimensão secundária, sendo o controlo da informação considerado o verdadeiro conteúdo do direito da reserva da intimidade da vida privada.

O âmbito material deste direito, isto é, o alcance do seu conteúdo, tem sido questionado, dando azo a critérios de tentativa de determinação do conteúdo, como a distinção das três esferas/ três degraus: a da vida íntima – onde se compreende o estrato mais “secreto” da vida pessoal, aquilo que é raramente partilhado com os outros, como a sexualidade, a afectividade ou a saúde; a da vida privada – que, mais ampla que a última, compreende aspectos da vida pessoal cujo acesso se permite a pessoas não tão próximas, mas não desconhecidas; e a da vida pública – que abrange tudo aquilo que não necessita de intimidade para ser conhecido⁷, critério este que é geralmente aceite pela doutrina portuguesa. No entanto, estas esferas não são estáticas. Não se podem estabelecer esferas fixas quando se trate de relações interpessoais, porque elas não se esgotam em três grupos: podem existir amigos *mais* ou *menos* íntimos, a quem não se partilham as mesmas informações; tudo depende do caso concreto⁸.

Posto isto, a saúde, objecto da nossa pesquisa, engloba-se na esfera da vida íntima, isto é, a esfera mais restrita da vida de uma pessoa⁹. O artigo 26º/2 da CRP vem acrescentar que “*garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias*” devem ser tomadas, caso se tornem publicamente conhecidas informações da vida dos indivíduos que fazem parte da sua vida íntima. A nível penal, o crime de devassa da vida privada encontra-se previsto no artigo 192º do Código penal, e o crime de violação de segredo no artigo 195º do mesmo código.

2) O Consentimento necessário para a realização de análises e o sigilo médico

O Rastreo do VIH implica necessariamente o consentimento daquele que será examinado, caso contrário poderá constituir uma ofensa à integridade física e à liberdade. O direito à integridade física vem consagrado como direito fundamental na Constituição da República, no artigo 25º/1, e como direito de personalidade no Código civil, no artigo 70º. Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina como

⁷ AMARAL CABRAL, Rita. *O Direito à Intimidade da Vida Privada*. P. 398 e seguintes

⁸ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *op. Cit.*, p.

⁹ PUGLIESI, Roberta, *A reserva da intimidade do paciente e o sigilo médico no direito Luso-Brasileiro*, 2004, p. 10

posições jurídicas dos particulares contra o Estado, que equivalem a triunfos contra a maioria, mesmo quando essa decide segundo procedimentos democráticos¹⁰.

O primeiro é um direito que assegura a defesa da personalidade nos casos em que não esteja em causa a sua sobrevivência (nesses casos caímos no direito à vida)¹¹. A ofensa à integridade física pode ser directa, através de actuações que tenham como alvo a própria pessoa, ou indirecta, através de actuações que interfiram com o meio em que se encontra a pessoa e acabem por afectá-la. No caso, tratar-se-ia de uma ofensa à integridade física directa.

O segundo direito está consagrado no artigo 27º da Constituição e traduz-se num direito quase absoluto à liberdade, podendo apenas ser contrariado nos casos descritos no número 3 desse artigo e limitado pelo direito à liberdade das outras pessoas.

O Código Penal (no artigo 150º) segue a tese de que uma intervenção/ tratamento médico-cirúrgico não consentida não consubstancia propriamente uma ofensa à integridade física (só em situações específicas, em que não exista causa de justificação, e se proceda a intervenções como extracção de órgãos ou tecidos para transplantes, determinadas formas de esterilização, experimentação médico-científica, intervenções de finalidade cosmética, entre outros¹²) mas antes uma ofensa à liberdade, dado que viola o direito à autodeterminação (artigo 156º do Código Penal), mesmo que a intervenção tenha como desfecho a morte ou agravamento do estado de saúde do paciente¹³.

Não basta haver consentimento, este consentimento deverá ser *informado*, isto é, deverá ter duas componentes essenciais: a compreensão, que pressupõe que o indivíduo objecto de rastreio deverá estar informado de todas as vantagens e inconvenientes da intervenção a que se submeterá¹⁴ bem como de todos os tratamentos possíveis e da situação do seu diagnóstico; e o livre consentimento, que é um acto de livre vontade que permite ao Médico proceder aos tratamentos necessários. Consta do Parecer nº 26/95 da Procuradoria-Geral da República que “tem sido insistentemente afirmado que a protecção da saúde pública não justifica a limitação dos direitos do homem em razão de cidadãos serem portadores do VIH ou da

10 REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, 2006, p. 17-18

11 MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil*, Tomo IV, 3ª Edição, 2011, p. 166

12 DIAS PEREIRA, André G., *O consentimento Informado na relação Médico-Paciente*, 2004, p. 110

13 COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, p. 450

¹⁴ “A licitude dos testes de despistagem só ocorre com o consentimento informado (*informed consent*) do candidato ao trabalho ou trabalhador, só assim havendo compatibilidade com o artigo 8 da Convenção dos Direitos do Homem.” Procurador Geral Adjunto António Bernardo Colaço, *in* Revista do SMMP, 1º Trimestre, 2003, p. 101 e seguintes

SIDA, e que a despistagem e os testes obrigatórios bem como os registos de seropositivos constituem um atentado à vida privada, na medida em que não raro, comportam restrições ao direito ao trabalho, à liberdade de deslocação e de residência e à obtenção de cuidados de saúde.”

O consentimento para realização de análises será sempre imperativo, uma vez que a sua imposição ao indivíduo traduzir-se-á numa deturpação do princípio da dignidade da pessoa humana, limitando os seus direitos fundamentais, como direito à privacidade, à integridade física, e principalmente, a liberdade. Não pode, portanto, ser imposto a alguém contra a sua vontade.

Quanto ao segredo médico, ou sigilo médico, trata-se de uma relação pessoalíssima, um pilar da relação médico-paciente que exige confiança: “Não existe medicina sem confiança, tal como não existe confiança sem confidências nem confidências sem segredo”¹⁵.

O sigilo médico pode ser fundamentado por três vertentes: primeiramente, porque se trata de uma relação contratual entre o Médico (ou equipa de médicos) e o paciente, da qual resulta a obrigação não divulgar informações que, caso não seja cumprida, terá repercussões a nível de responsabilidade contratual. Outra vertente é a da manutenção do sigilo médico em nome da ordem pública, dado que em razão do interesse da sociedade os profissionais médicos devem ser confiáveis, pois é a ele que se confia os bens jurídicos mais importantes de cada paciente - a vida. Em último lugar, é constitucionalmente consagrado o direito à reserva da intimidade da vida privada, que tem inerente a si o dever de respeitar a reserva da intimidade da vida privada.

São considerados como informação confidencial não só o diagnóstico, mas toda a informação recolhida durante a prática profissional da medicina, como por exemplo exames adicionais, processos clínicos, hábitos da vida do paciente, situação financeira do paciente, características físicas ou psicológicas, traços de carácter, etc., como dispõe o Estatuto da Ordem dos Médicos de Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei nº282 de 05 de Julho de 1977, artigo nº13, alínea “c”. A Lei de Bases da Saúde de Portugal (Lei nº48/90) estipula que *deve ser promovida numa intensa articulação entre os vários níveis de cuidados de saúde, sendo de garantir a circulação recíproca e confidencial da informação clínica relevante sobre os utentes* (Base XIII, nº2), sendo prezada a circulação de informação entre as equipas de médicos e assistentes no âmbito do estritamente necessário para garantir a satisfação do interesse do utente.

A violação deste dever, caso se esteja perante uma situação que contraponha a manutenção do segredo a um direito de igual ou maior importância (colisão de deveres – deverá o médico manter o segredo ou não o fazer para preservar outro

direito?), deverá levar a uma ponderação dos valores em causa. Não existe verdadeiramente segredo-absoluto, dado que nos casos em que há conflitos entre o interesse privado e o interesse geral deve sempre ser levado em conta o último com fundamento na busca do bem comum. A Constituição Portuguesa dispõe no artigo 18º/2 que a lei só pode restringir as liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na própria Constituição. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal tipifica as causas de escusa do segredo no artigo 70º, que são *a) o consentimento do doente ou seu representante quando a revelação não prejudique terceiros pessoas com interesse na manutenção do segredo; b) O que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do Médico e do doente, não podendo em qualquer destes casos o Médico revelar mais do que necessário e sem prévia consulta do Presidente da Ordem*¹⁶.

A primeira excepção ao dever de sigilo clínico existe na hipótese de o paciente consentir na divulgação dos seus dados. Este consentimento traduz-se numa autolimitação do direito à reserva da intimidade da vida privada, que por ser um direito disponível, ou seja, pode ser voluntariamente limitado pelo seu titular (ao contrário dos direitos absolutos, como o direito à vida). Isto vem consagrado no artigo 81º do Código Civil, tornando lícita uma actuação posterior que na falta de consentimento seria ilícita. O artigo 340º do Código Civil consagra o instituto do Consentimento do lesado: *1- o acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2- o consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. 3- Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.*

Posto isto, só se considera válido o consentimento que seja **legal, consciente e expresso**. Quer isto dizer que o consentimento tem de obedecer ao critério da disponibilidade dos direitos e da conformidade com a ordem pública e os bons costumes para ser legal, precisa resultar de uma vontade esclarecida, isto é, ponderada e concreta, para ser consciente, e necessita ser expresso, ou seja, não pode ser deduzido de comportamentos.¹⁷

No entanto, este consentimento não é permanente, podendo ser revogado pelo próprio consentidor. Com a possibilidade da revogação destes contratos limitadores de direitos pessoais, o artigo 81º/2 do Código Civil quer demonstrar que os direitos de personalidade são superiores a qualquer contrato que os coloque em causa.

16 PUGLIESI, Roberta, *op. Cit.*, p. 26

17 *Idem*, p. 30.

A outra exceção à obrigatoriedade de segredo médico prende-se com o conflito de direitos, isto é, situações em que é necessário ponderar os direitos conflitantes em causa e decidir qual deles deve ser tutelado.

No caso da obrigatoriedade de revelação de dados para a protecção de terceiros ou interesse comum, existe uma contraposição entre a intimidade da vida privada e o direito à protecção da saúde de terceiros. A solução será tentar decifrar, através de uma comparação dos direitos em causa, qual deles é mais “valioso” e em que medida deve prevalecer, como nos indica o princípio da proporcionalidade. Este princípio divide-se em três dimensões que permitem ao aplicador do direito fazer “um balanço” dos sacrifícios e benefícios do direito em causa: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade.

Nos casos em que se verifique especial perigo para terceiros ou para a ordem pública, deverá ser sacrificado o direito à reserva da intimidade da vida privada, “pois o interesse público que reconheceu o direito à confidencialidade deve ceder *perante outro interesse público mais forte e, por isso, a obrigação de segredo não deve ser mantida quando razões superiores àquelas que determinaram a sua criação imponham a revelação dos factos conhecidos durante as relações profissionais.*”¹⁸

Caso não se trate de uma situação tão complexa, deverá o médico manter sempre o sigilo médico, ou poderá incorrer em vários crimes, nomeadamente de devassa da vida privada (artigo 192º do Código Penal), de violação de segredo (artigo 195º do Código Penal); assim como em responsabilidade civil por violação do direito à reserva da intimidade da vida privada (artigo 80º do Código Civil), além de o Estatuto da Ordem dos Médicos impor o segredo profissional como um dos deveres dos médicos (artigo 13.º, c) EOM), podendo a sua inobservância levar a uma pena disciplinar. No entanto, as soluções não são estáticas, dado que as situações são todas distintas. Os critérios norteadores são os mesmos para todos os casos, mas só caso a caso poderão ser estabelecidas soluções de conflitos de direitos.