



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA
Escola de Direito do Porto

**Limites do Dever de Segredo Médico
e a Permissão para a Violação desse Segredo**

Natacha Padrão Ribeiro

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Sob a orientação da Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria

Porto

Junho 2015





AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmão, pelo apoio incondicional e constante encorajamento em todo o meu percurso académico.

À restante família, por estarem sempre presentes.

À Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, expresso o meu enorme agradecimento pela orientação, disponibilidade e incentivo na escolha do tema.

Ao meu Patrono, Dr. Manuel Mendes Ferreira, por compreender todas as ausências ao escritório.

Ao Ricardo, pela motivação.



LISTA DE ABREVIATURAS

- BGH *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
- CC Código Civil
- CDOM Código Deontológico da Ordem dos Médicos
- CNECV Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
- CP Código Penal
- CPC Código de Processo Civil
- CPP Código de Processo Penal
- CRP Constituição da República Portuguesa
- CT Código do Trabalho
- DL Decreto-lei
- DLG Direitos, Liberdades e Garantias
- DUDH Declaração Universal dos Direitos do Homem
- EOM Estatuto da Ordem dos Médicos
- HIV Human Immunodeficiency Virus (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)
- LPDP Lei de Proteção de Dados Pessoais
- N.º Número
- OM Ordem dos Médicos
- SIDA Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
- SS Seguintes



ÍNDICE

Introdução	7
Capítulo I.....	8
1. História	8
2. Direito Constitucional.....	11
3. Direito Civil	13
4. Direito do Trabalho	15
5. Outra Legislação	15
6. Direito Penal.....	16
6.1 Bem Jurídico	18
6.2 Segredo.....	20
6.2.1 Segredo Médico	23
Capítulo II.....	27
1. Violação do segredo Médico	27
1.1 Causas de Justificação	27
1.1.1 Direito de Necessidade Justificante.....	27
1.1.2 Prossecução de Interesses Legítimos	31
1.1.3 Consentimento.....	33
1.1.4 Consentimento Presumido	36
2. Questão Prática	38
2.1 Direito de Necessidade Justificante	38
2.2 Estado de Necessidade Desculpante.....	43
2.3 Dever de Revelação	46
Conclusão	49
Bibliografia.....	53



RESUMO

O presente estudo aborda o dever de segredo médico, cuja violação se encontra prevista pelo artigo 195.º do CP. É feita uma análise aos limites desse segredo, expondo as diferentes posições da doutrina quanto aos seus pressupostos.

Por fim, examinamos as causas presentes no nosso ordenamento jurídico, que permitem ao médico revelar esse segredo de forma lícita, ou excluir a tipicidade da sua conduta, aplicando essas causas de justificação a um caso concreto que analisamos.

ABSTRACT

This thesis analyzes the duty of medical confidentiality, which breach is found on the 195.º article of the Portuguese Penal Code. We make a review of the limits of that secret, exposing the different positions of the doctrine regarding its requirements.

Lastly, we examine the justification grounds for a legal breach of confidentiality that we can find in our legal system, applying those justification grounds to a case that we analyze.



INTRODUÇÃO

A confiança é a base da relação dos médicos e seus pacientes. Para que ela subsista é fundamental que as confidências feitas ao médico pelo seu paciente não sejam reveladas a terceiros. Através do regime do segredo médico protege-se essa confiança. Mais do que isso, protege-se um direito fundamental dos pacientes à reserva da intimidade da sua vida privada e familiar.

Este estudo, elaborado no âmbito do Mestrado em Direito Criminal ministrado na Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto, tem com principal objetivo dar a conhecer os limites do dever de segredo médico, analisar determinadas situações em que este terá de ceder perante outros bens jurídicos, transmitir a importância e a problemática que envolve o regime deste segredo e ainda, dar a conhecer as diferentes posições da doutrina e da jurisprudência a este respeito. Fazendo, por fim, uma análise crítica a um caso concreto com base nas causas de justificação apresentadas ao longo do trabalho.



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

A deontologia médica surge na Grécia Antiga, associada à Escola de Hipócrates³. É nesta altura que se começa a falar no dever de segredo médico que remonta às origens da própria medicina e tem, nos dias de hoje, uma crescente importância.

O dever de sigilo que incumbe ao médico é essencial para assegurar a relação de confiança que tem que existir entre o médico e os seus pacientes, já que a comunicação desses dados de carácter pessoal feita pelo paciente ao seu médico nunca é realizada em condições de igualdade, nem de forma totalmente voluntária: o doente tem a necessidade de procurar ajuda e para que o médico o possa de facto ajudar (diagnosticar/tratar) terá de ter acesso a essas informações.⁴

O juramento de Hipócrates proclama explicitamente o segredo médico pela primeira vez, sendo inicialmente visto como uma obrigação moral, algo sagrado e absoluto e sem qualquer base legal.

¹ HIPOCRATIS OPERA VERA ET ADSCRIPTA, Tomus Quartus, Lausanne MDCCLXXI, p. 197-198-199

² FÓRMULA DE GENEVRA, adotado pela Associação Médica Mundial, em 1983

³ Hipócrates é uma das figuras incontornáveis da história da saúde e é considerado por muitos o “Pai da Medicina”, nascido na ilha grega de Cós, estima-se que viveu entre 460 e 377 a.C.

⁴ GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 646



Na Idade Média não havia um dever deontológico de segredo médico no mundo Ocidental. Porém, na medicina judaica e árabe sempre esteve em vigor este dever.

O segredo médico reaparece na Europa na Idade Moderna, inicialmente como consequência do pensamento iluminista e mais tarde fruto do pensamento liberal. Posteriormente, com a Segunda Guerra Mundial este segredo surge numa nova perspectiva voltada para os Direitos Humanos, onde se destaca a DUDH⁵ e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos^{6,7}.

Em Portugal, o segredo médico aparece tipificado pela primeira vez de uma forma genérica⁸, no CP de 1852, que punia, no seu artigo 290.º, a violação do segredo profissional. Com o DL n.º 32 171, de 29 de julho de 1942, referente ao sigilo médico e exercício ilegal da medicina, surgiram normas de direito penal e processual penal relativas particularmente ao segredo médico. Estas normas afastavam a lei geral e previam que o médico que, sem justa causa, revelasse segredos de que tivesse conhecimento em razão da sua profissão era punido com pena de prisão. Existia justa causa para violar o dever de segredo médico se, com a revelação, se salvaguardasse interesses manifestamente superiores, ou quando esta fosse imposta por lei e, ainda, quando houvesse suspeita de um crime público.

Esta previsão legal permite-nos perceber que, inicialmente, o segredo médico estava orientado em função do interesse público e não de interesses individuais do médico ou do paciente. Mais ainda que, já em 1942, o segredo médico não era um conceito absoluto e ilimitado, pois o mesmo podia ter que ceder perante a necessidade de se proteger interesses de superioridade manifesta.⁹

⁵ Que prevê no seu artigo 12.º: “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 proteção da lei.”

⁶ Que prevê no seu artigo 17.º: “1. Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda e qualquer pessoa tem direito à proteção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.”

⁷ DIAS PEREIRA, 2010, p. 10

⁸ Destinava-se a todos os funcionários públicos.

⁹ RUEFF, 2009, p. 142



Em 1956 surge o DL n.º 40 651, de 21 de junho de 1956, que aprova o primeiro EOM. Deste diploma constavam normas relativas especificamente ao dever de segredo dos médicos.

O CP de 1982 deixou de prever, de uma forma específica, o crime de violação de segredo por parte dos médicos e passou a tipificar, no seu artigo 184.º, a violação do segredo profissional, que passa a vigorar para todos aqueles que têm conhecimento do segredo em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte. Prevendo ainda, no seu artigo 185.º, a exclusão da ilicitude da violação desse segredo em casos como o cumprimento de um dever jurídico que fosse sensivelmente superior ou tivesse em vista a proteção de um interesse público ou de um interesse privado legítimo.

Com a reforma do CP 1982, pelo DL n.º 48/95, surge o CP de 1995, que elimina o artigo 185.º, passando as causas de exclusão deste ilícito a constar da parte geral deste diploma legal. Este novo código confere, ainda, uma nova redação ao artigo do dever de sigilo profissional, passando a vigorar o atual artigo 195.º¹⁰.

Em 1977 é aprovado um novo EOM, pelo DL n.º 282/77, de 5 de julho, que prevê, no seu artigo 13.º, o dever dos médicos de guardar segredo daquilo que têm conhecimento em razão da sua profissão ou por causa dela.

Posteriormente, foi publicado o CDOM, aprovado pelo regulamento n.º 14/2009 da OM, no Diário da República n.º 8, II Série, de 11 de janeiro de 2009, assumindo um novo Estatuto revestido de uma mais forte base normativa e contendo artigos que abordam expressamente o segredo destes profissionais, que o excluem e até que o defendem.¹¹

Através desta análise histórica do segredo médico em Portugal constatamos que tem sido cada vez mais relativizado o dever de guardar segredo por parte dos médicos. Como vimos, desde o DL n.º 32 171, de 29 de julho de 1942, que se prevê que o segredo pode ser

¹⁰ Artigo 195.º CP 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.”

¹¹ RUEFF, 2010, p. 143 e 144



revelado se estiver em causa a salvaguarda de interesses de manifesta superioridade; em 1956, o EOM ampliou o âmbito das normas que legitimam a revelação do segredo; o CP de 1982 deixa de tipificar concretamente o segredo médico e a passa a prever um tipo mais alargado de violação de segredo profissional e a prever um regime de justificação da violação desse segredo; com a reforma de 1995 do CP as causas de exclusão da ilicitude da revelação do segredo profissional passam a constar do regime comum das causas de justificação da Parte Geral do Código e alterou-se o tipo legal de violação de segredo profissional para violação de segredo.¹²

O atual CDOM prevê no seu artigo 85.º que *“o segredo médico é condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança”*.

Nos dias de hoje o segredo já não é entendido como na era de Hipócrates. Está previsto em vários diplomas legais e já se permite a sua violação para salvaguardar outros direitos ou interesses, em determinadas situações, como veremos ao longo deste estudo.

2. Direito Constitucional

O artigo 1.º da CRP¹³ consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor primordial da nossa ordem jurídica. Deste princípio fundamental retiramos que a dignidade e a vontade popular são os fundamentos da República Portuguesa, estando, porém, a vontade do povo juridicamente subordinada à dignidade da pessoa. Este princípio está concretizado em vários artigos da Constituição, principalmente ligados aos direitos fundamentais, quer sejam direitos, liberdades e garantias, quer direitos económicos sociais e culturais.¹⁴

¹² RUEFF, 2010, p. 142-145

¹³ Artigo 1.º República Portuguesa – “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.”

¹⁴ MIRANDA, Jorge e CORTÊS, António. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, p. 77 ss



O artigo 26.º da CRP¹⁵ consagra o direito geral de personalidade que engloba todas as formas de lesão de bens de personalidade quer estes estejam, ou não, tipificados.

A dignidade da pessoa implica o respeito pela autonomia e a liberdade, que encontram consagração no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar previsto no n.º 1 do artigo 26.º da CRP. Esta norma confere o direito de impedir o acesso de estranhos a todas as informações pertinentes à vida privada e familiar de outrem e o direito a que essas informações só possam ser reveladas por terceiros com a devida autorização do seu titular. Nas palavras de RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS, *“a tutela constitucional de uma reserva de intimidade da vida privada e familiar confere a faculdade de conservar na esfera não pública e reservada dos cidadãos todos os dados pessoais que pertençam à sua vida privada e familiar, dispondo o respetivo titular do direito de impedir o acesso, emprego e revelação desses dados, em moldes que não tenham sido previamente autorizados”*¹⁶.

O n.º 2 do artigo 26.º da Constituição estabelece as *“garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”* que impendem sobre o legislador. Essas garantias estão previstas na LPDP¹⁷.

De salientar também o artigo 35.º da CRP¹⁸ que consagra um leque de direitos fundamentais relativos ao tratamento de dados pessoais informatizados. Está em causa

¹⁵ Artigo 26.º Outros direitos pessoais – “1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. 2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

¹⁶ MEDEIROS, Rui e CORTÊS, António. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, p. 620

¹⁷ Lei n.º 67/98, de 26 de outubro que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados.

¹⁸ Artigo 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 retificação e atualização, 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 proteção, 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 excecionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

um direito à autodeterminação informativa, que visa proteger os titulares dos dados pessoais de invasões à sua privacidade, através da recolha e tratamento informático de dados pessoais.¹⁹

O direito ao segredo goza ainda da tutela conferida aos DLG pelo artigo 18.º da CRP²⁰. O regime material dos DLG abrange a aplicabilidade imediata, a vinculação de todas as entidades públicas e privadas e restrições determinadas pela lei, que sejam necessárias para proteger e acautelar outros interesses ou direitos com proteção constitucional.²¹

3. Direito Civil

Também no CC encontramos uma secção destinada à tutela dos direitos de personalidade, com consagração nos artigos 70.º ss.

O artigo 70.º do CC²² prevê o direito geral de personalidade que protege os indivíduos contra qualquer ofensa à sua personalidade, independentemente de culpa, ou contra uma ameaça concreta de ofensa, abrangendo todos os casos relativos a direitos de personalidade que não se encontrem tipificados nos artigos seguintes.

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 proteção 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 proteção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.”

¹⁹ RIBEIRO DE FARIA, Maria Paula. (2010) *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, p. 785

²⁰ Artigo 18.º Força Jurídica – “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente 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 abstrato e não podem ter efeito retractor nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

²¹ MIRANDA, Jorge e PEREIRA DA SILVA, Jorge. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, p. 315

²² Artigo 70º Tutela Geral da Personalidade – “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”



Os direitos de personalidade são direitos absolutos, oponíveis a todos os terceiros. O titular dos direitos de personalidade não pode dispor destes direitos, nem deles renunciar. Pode, porém, consentir em limitações ao seu exercício, nomeadamente através do consentimento, que terá de ser legal, resultar de uma vontade esclarecida e consciente e visar situações determinadas, podendo ser expresso, tácito, implícito ou mesmo presumido.

O direito ao segredo insere-se nos direitos de personalidade especiais, no artigo 80.º, sob a epígrafe “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”.

Caso se verifique uma ofensa ou ameaça de ofensa ilícita aos direitos de personalidade a lei admite uma dupla reação: a responsabilidade civil por factos ilícitos, ou a responsabilidade pelo risco, se se verificarem os seus pressupostos, nos termos do n.º 2 do artigo 72.º CC²³, conjugado com os artigos 483.º ss do mesmo diploma legal. Se se provar que o médico adotou um comportamento ilícito e culposo, o lesado poderá intentar uma ação para pedir uma indemnização e requerer o ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais a que aquele haja dado lugar; E, independentemente da responsabilidade civil, a lei prevê, no n.º 2 do artigo 70.º, que o ofendido (ou aquele que foi ameaçado) requeira “*as providências adequadas às circunstâncias do caso*” que se destinam a evitar que a ameaça se consuma ou a amenizar os efeitos da ofensa concretizada, através dos meios disponíveis nos artigos 878.º ss do CPC (Tutela da personalidade). Cabendo sempre ao lesado a legitimidade ativa para requerer estas providências ou uma indemnização.²⁴

²³ “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”

²⁴ HÖRSTER, (2007), p. 259-271



4. Direito do Trabalho

Também no direito do trabalho é relevante a violação do segredo médico, *“já que a ilegítima quebra do sigilo, neste domínio, é a fonte de discriminação e de estigmatização das pessoas”*²⁵. No âmbito específico da medicina do trabalho, são impostas ao médico *“especiais exigências de confidencialidade”*²⁶.

Os artigos 14º a 22º deste diploma legal consagram os direitos de personalidade. O artigo 16º do CT²⁷ prevê o direito à reserva da intimidade da vida privada.

5. Outra Legislação

Existem, no nosso país, alguns diplomas legais específicos do direito da saúde, que regulam o direito à confidencialidade dos dados dos pacientes e o dever de segredo que lhe corresponde. Com destaque para a Lei de Bases da Saúde²⁸ que prevê na Base XIV que *“os utentes têm direito a ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados”*.

Temos também Cartas de Direitos dos Pacientes que abordam o direito à confidencialidade.

No ponto 9. da Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes²⁹ podemos ler que *“O doente tem direito à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhe respeitam.”* E esclarece ainda que *“todas as informações referentes ao estado de*

²⁵ DIAS PEREIRA, *Ob. Cit.*, 2009, p. 23

²⁶ *Ibid*, p. 24

²⁷ Artigo 16º Reserva da intimidade da vida privada – “1 – O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. 2 – O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspetos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afetiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.”

²⁸ Lei n.º 48/90, de 24 de agosto

²⁹ Direção-Geral da Saúde: Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, Lisboa, 1998



saúde do doente – situação clínica, diagnóstico, prognóstico, tratamento e dados de carácter pessoal – são confidenciais. Contudo, se o doente der o seu consentimento e não houver prejuízos para terceiros, ou se a lei o determinar, podem estas informações ser utilizadas. Este direito implica a obrigatoriedade do segredo profissional, a respeitar por todo o pessoal que desenvolve a sua atividade nos serviços de saúde.”

Também na Carta dos Direitos do Doente Internado³⁰ se prevê que *“o doente internado tem direito à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhe respeitam”*. Com a afirmação de que *“todas as informações relativas ao doente – situação clínica, diagnóstico, prognóstico, tratamento e dados pessoais – são confidenciais. No entanto, se o doente der o consentimento e não houver prejuízo para terceiros, ou se a Lei o determinar podem estas informações ser utilizadas. O doente deve ser alertado para a necessidade de não colocar em risco a segurança ou a vida de outros. Este direito implica obrigatoriedade do segredo profissional, a respeitar por todo o pessoal que desenvolve a sua atividade no estabelecimento, incluindo o voluntário, que por força das funções que desempenha partilham informação. Os registos hospitalares devem ser mantidos em condições que assegurem a sua confidencialidade, merecendo atenção especial os dados informatizados. (...) O segredo profissional tem por finalidade respeitar e proteger o doente.”*

Não obstante estas Cartas não serem vinculativas, elas são bastante úteis e esclarecedoras para os médicos e pacientes.

6. Direito Penal

A violação do segredo atenta contra bens jurídicos constitucionalmente consagrados: o direito fundamental à intimidade da vida privada e familiar. O Direito Penal é o ramo do Direito que *“tem por função proteger os valores ou bens jurídicos assumidos pela*

³⁰ Direção-Geral da Saúde; Direção de Serviços de Prestação de Cuidados de Saúde, Lisboa, 2005



*consciência ético-social como indispensáveis à realização pessoal e à convivência comunitária, possibilitadora daquela realização pessoal-individual*³¹. Sendo este ramo subsidiário a todos os outros, só deverá criminalizar-se comportamentos quando a tutela concedida pelos outros ramos do Direito for insuficiente para acautelar os bens jurídicos em causa. Não obstante, o Direito Penal assume um caráter de dependência, semelhante aos outros ramos do direito ordinário, relativamente ao Direito Constitucional³².

O crime de violação de segredo tem consagração expressa no artigo 195.º do CP. É um crime de dano que atenta contra a privacidade/intimidade. Constitui também um crime específico próprio³³, pois depende da qualidade específica do agente que terá de ser um médico ou outro profissional de saúde, como vamos analisar. Constitui ainda um crime semipúblico, estando o seu procedimento dependente de queixa ou participação, nos termos do artigo 198.º do CP³⁴.

Enquanto o artigo 192.º do CP³⁵ sob a epígrafe “*Devassa da vida privada*” assegura “*a esfera privada contra as ações de intromissão e devassa vindas de fora – de algum modo, contra a espionagem – o artigo 195.º protege-a contra a traição.*”³⁶

Este é o ramo do Direito que vamos estudar com mais profundidade.

³¹ TAIPA DE CARVALHO, 2014, p. 102

³² FIGUEIREDO DIAS, 2012, p. 14

³³ Ao contrário do artigo 192.º CP que configura um crime comum

³⁴ Artigo 198.º Queixa – “Salvo no caso do artigo 193.º, o procedimento criminal pelos crimes previstos no presente capítulo depende de queixa ou de participação.”

³⁵ Artigo 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) Intercetar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio eletrónico ou faturação detalhada; b) Captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagem das pessoas ou de objetos 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.”

³⁶ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2012, p. 1116



6.1 Bem Jurídico

A determinação do bem jurídico típico do crime de violação de segredo em geral divide a doutrina e a jurisprudência.

Existem duas grandes concepções contrapostas: a que define como bem jurídico um valor pessoal-individual (a privacidade³⁷/intimidade) e a que o define como um valor supra individual, institucional ou comunitário (a dignidade de certas profissões e a confiança da sociedade no sigilo dos membros dessas mesmas profissões). Alguns autores defendem ainda a existência de valores ou interesses de grau intermédio, interesses dos grupos profissionais abrangidos pelo âmbito da norma.³⁸ Outros consideram que ambos os valores são cumulativamente bens jurídicos típicos, atribuindo-lhes o mesmo peso.³⁹ O mesmo se passa no campo específico do segredo médico que visa proteger a privacidade ou a intimidade dos pacientes e promover interesses da comunidade, como a funcionalidade do sistema de saúde.

Atualmente, a tese predominante entre os autores que discutem concretamente o segredo médico, é aquela que define o bem jurídico típico como um valor individual, reservando apenas aos interesses supra individuais uma tutela indireta e secundária.⁴⁰

Também no direito penal português a concepção do bem jurídico como um valor individual prevalece. COSTA ANDRADE caracteriza-o como a “*privacidade em sentido material*”⁴¹, que “*compreende aqueles atos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, em suma, os sentimentos, ações e abstenções*”⁴². A favor desta tese temos o argumento literal e

³⁷ A privacidade é o conjunto de facetas da vida de uma pessoa que, interrelacionadas, compreendem aspetos sobre a sua personalidade ou sobre a sua vida que tem direito a manter reservados. - CRIADO DEL RÍO, María Teresa. (1999). *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, p. 165 *apud* GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 646

³⁸ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1119 e COSTA ANDRADE, 2008, p. 179

³⁹ Doutrina de BOCKELMANN. Em sentido convergente, OTTO

⁴⁰ COSTA ANDRADE, 2008, p. 180

⁴¹ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1123

⁴² Parecer 121/80, de 23 de julho de 1981 da PGR (BMJ 309º 142)

sistemático da norma que, juntamente com o argumento histórico, dão ênfase à liberdade, autonomia e vontade individual do portador do segredo. Um dos argumentos fundamentais na defesa do bem jurídico pessoal-individual é o facto de, atualmente, esta infração ter a qualificação de crime semipúblico (desde 1995), pois não faria sentido fazer depender da iniciativa processual do queixoso a salvaguarda de valores supra individuais da comunidade. O argumento sistemático também é frequentemente invocado pelos defensores desta tese, já que a norma que pune a violação do segredo profissional se insere no capítulo do código penal atinente aos “*crimes contra a reserva da vida privada*”.⁴³ O mesmo acontece em grande parte dos atuais códigos penais europeus⁴⁴, onde esta norma se encontra no título dos crimes contra as pessoas e no capítulo dos crimes contra a privacidade.

Entendemos que a privacidade/intimidade é o principal fundamento da proteção do segredo médico, mas é certo que a lei também tutela, ainda que de forma mediata, os interesses supra individuais, nomeadamente a confiança dos pacientes na confidencialidade e discrição dos médicos, pois só através de um clima de confiança, com a garantia de que os dados que são comunicados ao médico não serão revelados a terceiros, o doente vai ser capaz de confidenciar circunstâncias tão íntimas e pessoais como as relativas à sua saúde, já que essa revelação nunca é plenamente voluntária, mas antes necessária.⁴⁵

Os valores supra individuais e institucionais ocupam o âmbito de proteção do artigo 135.º do CPP⁴⁶ sob a epígrafe “*segredo profissional*”, nomeadamente a “*garantia da eficácia do*

⁴³ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1121 e 1123

⁴⁴ De que são exemplos os códigos penais austríaco e espanhol

⁴⁵ GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 657 e 658

⁴⁶ Artigo 135.º 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



*sistema de saúde, (a) estabilização da confiança nas relações médico-paciente e o) resguardo dos médicos face à complexidade dos conflitos*⁴⁷.

Em termos de direito comparado, verificamos que na Alemanha, tradicionalmente, afirma-se que a tutela penal do segredo profissional está relacionada essencialmente com a proteção da privacidade e a reserva pessoal. Enquanto em França prevalece a dimensão supra individual do bem jurídico.⁴⁸

6.2 Segredo

O objeto típico da ação de violação de segredo é o segredo em si.

Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, segredo é uma *“coisa que não se deve dizer ou não deve ser do conhecimento de outrem; coisa que não se divulga; processo ou assunto apenas conhecido de um ou poucos indivíduos”*⁴⁹.

Segredos são factos que são exclusivamente conhecidos por um número determinado e limitado de pessoas e em relação aos quais o seu titular tem um interesse razoável e juridicamente tutelado que estes assim permaneçam.⁵⁰

Esta definição de segredo é composta por três elementos: o elemento objetivo, o elemento subjetivo e o elemento normativo.

verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos. A intervenção é suscitada pelo juiz, oficiosamente 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.”

⁴⁷ COSTA ANDRADE, Ob. Cit., 2008, p. 233

⁴⁸ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1120

⁴⁹ *Dicionário Editora da Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico*, 2014, Porto Editora

⁵⁰ GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 670



O elemento objetivo é constituído pelos factos. “Em vez de factos preferem alguns autores falar de informações”⁵¹. Essas informações terão de ser verdadeiras, estando excluídas deste conceito as informações que não são verdadeiras e os juízos de valor. Têm também que estar em causa informações exclusivas, ou seja, o conhecimento do facto terá de ser limitado a um número objetivamente controlado ou controlável de pessoas que, por regra, será reduzido.⁵² Não obstante, um facto conhecido por um número considerável de pessoas pode constituir um segredo, enquanto um facto de que só poucas pessoas têm conhecimento pode não o ser.

O segredo deixa de existir quando o facto chega ao conhecimento, ou ao fácil acesso, de um número indeterminável de pessoas, deixando o seu titular de ter controlo sobre quem detém ou não essa informação.⁵³ Os factos ocorridos em espaços públicos também não constituem segredo, independentemente do número de pessoas que a eles assistiu ou neles tenha participado. O mesmo vale em relação aos factos notórios, cognoscíveis por qualquer pessoa, de que são exemplos, a amputação de um braço, ou o uso de óculos.

O elemento subjetivo compreende a “vontade de que os factos continuem sob reserva”⁵⁴. Sendo o ponto de partida da tutela penal a vontade do seu titular, que a este pertence exclusivamente.⁵⁵

Uma parte significativa da doutrina defende que o elemento subjetivo não constitui um elemento autónomo da definição de segredo. Este elemento compreende duas dimensões, uma positiva e outra negativa. A dimensão positiva estipula que “a vontade individual pode determinar a valência como segredo de factos ou eventos que para outros e para a generalidade das pessoas são, pura e simplesmente, anódinos e indiferentes”⁵⁶. Por outras palavras, a vontade daquele a cuja esfera privada o facto concerne, pode fazer com que factos que, para terceiros em geral, são vistos como irrelevantes ou indiferentes

⁵¹ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2012, p. 1127

⁵² COSTA ANDRADE, 2012, p. 1127

⁵³ A título de exemplo, não é segredo a homossexualidade de um paciente quando este haja, previamente, tornado esse facto público por outras vias, nomeadamente, dando uma entrevista, ou escrevendo um livro onde narra esse facto. (GÓMEZ RIVERO, 2008, p. 671)

⁵⁴ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1126

⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, 2008, p. 671

⁵⁶ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2012, p. 1128

valham como segredo. O que não significa que a lei tutele “a vontade caprichosa ou imotivada, frívola ou arbitrária”⁵⁷. Segundo a dimensão negativa “não há segredo sobre os factos que a pessoa não quer manter sobre reserva, já que a ordem jurídica não tem legitimidade para obrigar ninguém a ter segredos”⁵⁸. Quando o titular dos factos renuncia de forma explícita ou até implícita à proteção legal esta deixa de fazer sentido.

*“A vontade do interessado não pode determinar, sem mais, o que é segredo, só é suficiente para decidir o que não o é.”*⁵⁹

Por fim, o *elemento normativo* tem como fundamento um interesse legítimo ou, pelo menos, razoável na proteção do segredo: uma dignidade de tutela. Exclui-se o total arbítrio do titular dos factos em determinar se estes são ou não segredo, acentuando-se que a vontade do titular não é, por si só, suficiente para determinar aquilo que cabe ou não no âmbito do segredo. Para tal terá de ser tida em conta a relação que o titular do segredo tem com o facto. ROGALL entende que a esfera da privacidade que deve adquirir relevância penal é aquela cuja revelação pode prejudicar a integração do indivíduo, dificultando a sua vida em sociedade.⁶⁰ No entanto, cremos ser mais correto o entendimento que prevê que as consequências da revelação não têm de ser exclusivamente negativas e prejudiciais à vida em sociedade do titular do segredo⁶¹, podendo apenas estar em causa atitudes, ideias ou crenças puramente pessoais, que este não pretende ver reveladas, estando excluídos os simples caprichos ou meras indiscrições.⁶² É necessária uma tarefa valorativa para perceber se tais indiscrições, aparentemente despidas de relevância jurídica, estão abrangidas pelo âmbito de proteção da norma. Sendo suficiente que o interesse objetivamente razoável “*apareça como digno*

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ “La voluntad del interesado no puede determinar, sin más, lo que es secreto, sí basta para decidir lo que no lo es” – GÓMEZ RIVERO, *Ob. Cit.*, 2008, p. 671

⁶⁰ ROGALL, Klaus. (1983). *Die Verletzung von Privatgeheimnissen* (§203 StGB), NStZ, p. 4 *apud* GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 674

⁶¹ A título de exemplo, o caso de um indivíduo que mantenha relações homossexuais.

⁶² GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 675



*de tutela à luz da experiência concreta do portador e da sua relação específica com o facto*⁶³. Esta valoração é suscetível de criar uma certa insegurança jurídica.

6.2.1 Segredo Médico

Após uma breve referência ao conceito de segredo, vamos partir agora para um estudo mais aprofundado do segredo no âmbito da medicina.

O segredo médico compreende os factos de que o médico tenha tomado conhecimento em razão da sua atividade profissional, conhecidos por um círculo limitado e restrito de pessoas e em cuja reserva o titular tenha um interesse compreensível e justificado.⁶⁴

São exemplos desses factos, a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, o tipo de tratamento, os exames e meios de diagnóstico, toda a informação que consta nos relatórios, ficheiros, processos clínicos, radiografias, ecografias e tomografia computadorizada. Também os traços do carácter do paciente, a forma como reage aos atos médicos, os factos relativos à sua vida privada e profissional, a sua situação económica e financeira e política, os seus gostos, vícios, abusos, excessos e atos ilícitos.⁶⁵

Por outras palavras, o segredo médico engloba todos os conhecimentos derivados ou associados à consulta ou ao tratamento.

Titular do segredo

O portador do segredo é aquele a cuja esfera privada pertencem os factos que o constituem. Não obstante o facto poder chegar ao conhecimento do médico por outra pessoa que não o seu titular.

⁶³ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1129

⁶⁴ COSTA ANDRADE, 2008, p. 184 e GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 670

⁶⁵ COSTA ANDRADE, 2004, p. 184



Segredo Alheio

Este segredo tem de pertencer à esfera jurídica de outrem que não aquele que está obrigado ao silêncio (o médico).

O conceito de segredo também abrange os factos relativos à vida privada de terceiros, quer sejam factos referentes à saúde, quer a outras áreas, não tendo, necessariamente, que estar em causa um segredo do próprio paciente. Acompanhamos a doutrina maioritária que entende que o titular do segredo é aquele a cuja esfera privada pertencem os factos que o integram, mesmo que seja outra pessoa a fazer chegar os factos ao conhecimento do médico. É aquele que tem o domínio e a disponibilidade sobre o segredo.⁶⁶

Pessoas obrigadas a segredo

Os que estão obrigados ao segredo são os médicos que, em razão da sua profissão, têm acesso aos segredos dos pacientes ou terceiros, quer seja na primeira consulta, aquando do diagnóstico, do tratamento ou noutra fase posterior. No EOM é reconhecida a qualidade de médico aos “licenciados em Medicina que exerçam ou tenham exercido em qualquer regime de trabalho a profissão médica”⁶⁷. O artigo 8.º do mesmo diploma esclarece que o exercício da medicina está dependente da prévia inscrição na OM.

Inserem-se no conceito de médico os profissionais que, por serem mais qualificados ou terem maiores conhecimentos sobre determinada área, são chamados a dar a sua opinião ou a emitir parecer; os enfermeiros, os auxiliares de enfermagem, os paramédicos, os analistas, os farmacêuticos, os operadores de radiografia, ecografia, tumografia computadorizada, os terapeutas, os massagistas e os técnicos de reabilitação. Também os estudantes e os formandos ou formadores que, enquanto tal, interajam com o paciente ou tenham acesso ao processo clínico; as secretárias dos profissionais de saúde e até os próprios familiares que com eles colaboram no consultório.⁶⁸

⁶⁶ *Ibid*, p. 188

⁶⁷ Artigo 1.º EOM

⁶⁸ COSTA ANDRADE, 2008, p. 188 e 189



Para quem vale o dever de segredo

O dever de segredo vale em relação a todos aqueles que o seu titular pretende que não tenham conhecimento dos factos. Mesmo sendo familiares próximos ou amigos do doente. Vale ainda em relação a outros profissionais de saúde, que não pertençam à equipa médica encarregue do tratamento do paciente.⁶⁹

A doutrina e jurisprudência alemãs falam aqui de *Kreis der Wissenden*⁷⁰, um “círculo de pessoas que são legitimamente chamadas a saber”⁷¹. COSTA ANDRADE⁷² dá-nos conta da posição de alguns autores alemães no que respeita a este círculo de conhecimento: LANGKEIT entende que dele fazem parte “todas as pessoas cuja intervenção é necessária para um regular, completo e eficaz tratamento e que, sob a responsabilidade do médico do tratamento, asseguram, na sua globalidade, as tarefas que se impõem realizar”. E NIEDERMAIR considera que este conceito abrange todas as pessoas cuja intervenção é “de antemão e seguramente, previsível”.

Para conseguirem proporcionar ao paciente um tratamento eficaz, cada vez mais os médicos precisam de colaborar e partilhar informações com outros médicos, profissionais de saúde e funcionários administrativos. A doutrina maioritária tem entendido que em relação a estas pessoas está excluída a ilicitude penal, pois o tipo exige que a revelação seja feita a terceiros, conceito do qual estão excluídos aqueles que fazem parte desse círculo de conhecimento. Outros autores defendem que a revelação do segredo a estes sujeitos preenche o tipo, sendo a sua ilicitude excluída através do regime do consentimento, quer este seja tácito ou presumido.⁷³

Também tem sido entendido que os médicos que são consultados por outros médicos para emitir parecer ou dar a sua opinião, e que não fazem parte da equipa de tratamento, não cabem no conceito do *Kreis der Wissenden*, já que a sua intervenção não pode ser

⁶⁹ *Ibid*, p. 189 e 190

⁷⁰ Círculo de conhecimento

⁷¹ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2012, p. 1135

⁷² COSTA ANDRADE, 2008, p. 191

⁷³ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1135



qualificada como normal e previsível pelo doente. Contudo, como o paciente beneficia com a melhoria do seu estado de saúde e é do seu interesse que o médico, em quem confia, consulte outros profissionais com conhecimentos específicos e possivelmente mais aprofundados em certas matérias, há autores que entendem que o paciente terá de dar a sua concordância (expressa, tácita ou presumida) ao médico, de forma a legitimar essa consulta.⁷⁴ Posição que acompanhamos.

⁷⁴ COSTA ANDRADE, 2008, p. 191 e 192



CAPÍTULO II

1. Violação do Segredo Médico

1.1 Causas de Justificação

Muitas vezes, os direitos e interesses de terceiros geram situações de conflito, fazendo com que a proteção do segredo médico tenha de sofrer limitações. Nestes casos é preciso encontrar um ponto de equilíbrio para que nem uns, nem outros fiquem totalmente desprotegidos, sendo necessário determinar em que momento o direito do titular do segredo pode ter que ceder perante a prevalência de outros interesses.

Existem algumas situações que excluem a ilicitude dessa revelação, permitindo a violação do segredo médico.

1.1.1 Direito de Necessidade Justificante

*“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”.*⁷⁵

O direito de necessidade tem por base o princípio do interesse preponderante.

Este princípio tem a sua origem na filosofia de HEGEL, *“que defende o valor superior que os bens ou interesses salvos têm para o Direito, em comparação com os interesses sacrificados. Daí que, em colisão de interesses, se deva considerar a conduta salvadora do bem ou interesse mais importante”.*⁷⁶ Nestes termos, deve ser conferida uma maior proteção aos bens ou interesses superiores que representam o núcleo fundamental do ser humano.

⁷⁵ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2008, p. 217

⁷⁶ FARIA COSTA, 2012, p. 294



FIGUEIREDO DIAS entende que, a par do princípio do interesse preponderante, deve reconhecer-se uma imposição de solidariedade social. Porém, concordamos com FARIA COSTA que defende que este valor não é fundamento do direito de necessidade, já que o titular do interesse sacrificado não tem a obrigação de tolerar a sua violação com base numa solidariedade social, mas antes pelo princípio do interesse preponderante.

O direito de necessidade foi consagrado expressamente pela primeira vez no CP de 1982, mas já era reconhecido no nosso ordenamento jurídico-penal anteriormente. Atualmente esta causa de justificação está prevista no artigo 34.º do CP⁷⁷, que contempla uma série de requisitos que vamos analisar.

i. Perigo Atual

Este requisito impõe que o bem ou interesse protegido esteja efetivamente em perigo. Está aqui em causa um conceito amplo de atualidade, pois o perigo não tem obrigatoriamente que ser iminente, apenas se impõe que a remoção do perigo não possa ser protelada sob pena de se frustrar o seu efeito salvador.

Também se exige que o perigo não tenha sido voluntariamente criado pelo titular do bem ou interesse protegido, exceto quando estão em causa interesses de terceiros.

ii. Adequação

Outro dos requisitos para que a ilicitude seja excluída é que o facto praticado seja um meio necessário para remover o perigo efetivo. Exige-se não só que o meio usado pelo agente seja idóneo, mas que este também seja adequado a remover o perigo.

⁷⁷ Artigo 34.º Direito de necessidade – “Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo atual 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 sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.”

iii. Ponderação de Interesses

Está aqui em causa a sensível superioridade do interesse que é protegido em relação ao interesse de que se abdica.

É necessário fazer uma verdadeira ponderação de interesses, tendo em consideração os valores e os princípios subjacentes à nossa ordem jurídica, pois os bens e interesses não se encontram objetivamente hierarquizados. Para tal, é possível recorrer a normas legais que sugiram uma certa hierarquia, nomeadamente atendendo às molduras penais estabelecidas pelo legislador.

Impõe-se ainda a razoabilidade do sacrifício do interesse, atendendo-se à natureza dos valores em conflito.⁷⁸

Como vimos, a revelação do segredo está justificada pelo direito de necessidade quando esta for meio adequado para afastar o perigo atual que ameaça interesses de sensibilidade superior.

O médico deve sempre, numa primeira fase, informar o titular do segredo da existência desse perigo atual e encoraja-lo a praticar o comportamento apropriado ou a revelar, ele mesmo, o segredo. Caso o portador do segredo se recuse a adotar a atitude devida e, depois do médico realizar a devida ponderação de interesses, poderá o profissional revelar o facto.

Tem-se entendido que, em certas situações, é lícita a revelação, a título de direito de necessidade, de segredos que visam a proteção da vida e saúde de terceiros. É praticamente consensual na doutrina e tribunais a possibilidade de revelação de segredos respeitantes a doenças transmissíveis graves.⁷⁹ Nestes termos, o médico poderá informar um familiar ou outra pessoa que coabite com o seu paciente, e mesmo outros profissionais

⁷⁸ A título de exemplo, não seria compatível sacrificar uma vida para salvaguardar um interesse patrimonial.

⁷⁹ COSTA ANDRADE, 2008, p. 217



de saúde que tenham que lidar com ele, que o seu paciente é portador de uma doença transmissível.

A SIDA representa o caso paradigmático deste conflito de interesses, já que, por vezes, é preciso revelar a seropositividade de alguém em ordem a garantir a subsistência de bens jurídicos de outra pessoa. Essa divulgação é necessária para afastar o perigo que ameaça bens jurídicos, tais como a vida e a integridade física de um parceiro sexual, cônjuge ou daquele que com o paciente partilha seringas, entre outros.

Para além destes casos que visam a proteção da vida e da saúde, existem outros interesses que se consideram superiores e justificam a revelação do segredo pelo médico. Por exemplo, quando o paciente constitui um perigo para a segurança rodoviária, por sofrer de uma anomalia psíquica, há quem entenda que o seu médico pode dar disso conhecimento às autoridades rodoviárias; quando um doente, que sofria de uma perturbação mental grave morre, e exclui da sua herança alguns familiares, também há quem defenda que o médico pode, a coberto do direito de necessidade, revelar esse facto aos familiares em questão.⁸⁰

Também tem sido entendido que, quando estão em causa interesses relacionados com a administração da justiça penal, existe a possibilidade de se aplicar a justificação conferida pelo direito de necessidade, nomeadamente quando se trata de evitar a condenação penal de alguém que está inocente, já que o estigma social da condenação e do cumprimento de uma pena privativa da liberdade é elevadíssimo e se pode sobrepor às consequências da revelação do segredo. Se a condenação e o cumprimento da pena não poderem ser evitados através da revelação, esta já não será lícita e, quando o puderem ser, a ilicitude só estará afastada na medida em que a violação do segredo se limitar ao mínimo indispensável para proteger o interesse do inocente. Estando em causa a condenação do próprio portador do segredo, se este não consente na sua revelação, à partida a revelação do segredo será ilícita. A sua vontade sobrepõe-se ao direito de necessidade.⁸¹ Quando

⁸⁰ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1160

⁸¹ *Ibid*, p. 1161



estão em causa crimes graves e haja perigo fundado de se virem a repetir, também há autores a defender que o dever de guardar segredo deverá ceder perante a revelação.

A defesa de interesses do médico também pode justificar a aplicação do direito de necessidade. Já há autores a afirmar a licitude da revelação do segredo quando esta é indispensável para impedir a condenação, em sede penal, do próprio médico.⁸² A alínea b) do artigo 88º CDOM refere que *“o que for absolutamente necessário à defesa da dignidade, da honra e dos legítimos interesses do médico”* exclui o dever de segredo médico.⁸³

1.1.2. Prossecução de Interesses Legítimos

Esta causa de justificação configura um regime menos exigente e mais abrangente que o direito de necessidade ao prescindir do preenchimento do pressuposto da atualidade do perigo.

No direito penal português a prossecução de interesses legítimos não encontra consagração expressa associada ao crime de violação de segredo. No entanto, se atendermos aos argumentos sistemático, histórico e teleológico, estes aparentam conjugar-se de forma a estender esta causa de justificação aos crimes contra a reserva da vida privada, nomeadamente ao crime de violação de segredo. O CP de 1982 previa esta causa de exclusão da ilicitude no seu artigo 185.º, tendo sido revogada após a entrada em vigor do CP de 1995. Porém, tudo leva a crer que *“a vontade histórica do legislador terá sido, nesta parte, preservar e manter o quadro normativo em vigor desde 1982”*⁸⁴, ao invés de reduzir o âmbito desta causa de justificação.

⁸² *Ibid*, p. 1162

⁸³ O médico terá de consultar previamente a OM, a fim de obter a autorização do Presidente para revelar o segredo

⁸⁴ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2012, p. 1164



Podemos encontrar alusões a esta causa de justificação no direito comparado. “Do ponto de vista formal-positivo, o direito português encontra-se a meio caminho entre os modelos alemão e austríaco”⁸⁵, pois a doutrina e jurisprudência alemãs maioritárias vinculam a salvaguarda de interesses legítimos aos crimes que atentam contra a honra, opondo-se ao seu emprego em relação aos crimes de violação de segredo. E o direito austríaco aplica expressamente esta causa de justificação à revelação arbitrária do segredo quando o interesse em conflito é um interesse privado legítimo ou um interesse público.

Há também autores alemães⁸⁶ a defender a extensão desta causa de justificação para além dos crimes contra a honra. Alguns autores⁸⁷ invocam a prossecução de interesses legítimos para justificar a revelação da seropositividade, tendo subjacente a ideia da superioridade da salvaguarda da vida ou saúde de terceiros em detrimento da preservação do segredo, mesmo que o risco do seropositivo vir a infetar terceiros seja reduzido e que este seja uma pessoa responsável. Por outras palavras, ainda que não se possa garantir que o perigo não fosse removível de outro modo, esta causa de justificação é aplicável. Mas sempre permitindo ao paciente, numa primeira fase, que seja ele próprio a informar aqueles que se encontrem em risco. ESER defende a sua aplicação para a tutela daqueles bens jurídicos que “estão tão profundamente enternecidos na vida comunitária e social que a sua fruição colide em grande medida com os interesses dos outros”⁸⁸.

⁸⁵ COSTA ANDRADE, *Ob. Cit.*, 2012, p. 1164

⁸⁶ Nomeadamente SCHRÖDER, NOLL e ESER

⁸⁷ Nomes como MEURER ou ROGALL

⁸⁸ ESER. (1969). *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, apud COSTA ANDRADE, 2008, p. 227



1.1.3. Consentimento

O artigo 38º do CP⁸⁹ prevê o consentimento como outra das causas de justificação tipicamente enunciadas neste diploma legal.⁹⁰ O consentimento expressa a autonomia e liberdade da pessoa.⁹¹ Assim, quando o titular do segredo concorda na sua revelação, deixa de existir qualquer ilícito, dando-se prevalência à liberdade e autonomia do paciente em detrimento do seu melhor interesse.

Todavia, a qualificação dogmática do consentimento não é pacífica na doutrina e jurisprudência.

A doutrina predominante defende que, se houver concordância na comunicação do segredo por parte do seu portador, não há tipicidade da conduta. Nestes termos, o consentimento constituirá uma causa de exclusão do tipo. Alguns argumentos utilizados pelos autores que suportam esta tese são a ausência de lesão do bem jurídico, a falta de vontade de segredo e a falta do segredo em si.⁹²

⁸⁹ Artigo 38.º 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.”

⁹⁰ Também no Direito Civil, artigo 340º do Código Civil: Consentimento do lesado – “1. O ato 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 ato, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.” e artigo 81º do Código Civil: Limitação voluntária dos direitos de personalidade – “1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública. 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”; e no Código Deontológico da Ordem dos Médicos, artigo 88º Escusa do segredo médico – “Excluem o dever de segredo médico: a) O consentimento do doente ou, em caso de impedimento, do seu representante legal, quando a revelação não prejudique terceiros pessoas com interesse na manutenção do segredo médico.”

⁹¹ FARIA COSTA, 2012, p. 301

⁹² COSTA ANDRADE, 2008, p. 202



Não obstante, autores como FARIA COSTA entendem que o consentimento deve ser compreendido como uma verdadeira causa de justificação, ao estar aqui em causa uma colisão de interesses.⁹³

Também no direito português, COSTA ANDRADE entende que a tese da atipicidade “*é imposta pela natureza do bem jurídico típico: um bem jurídico com a estrutura de uma liberdade que se realiza e atualiza na comunicação intersubjetiva*”⁹⁴, afirmando que, quando há consentimento na revelação do segredo, não faz sentido falar de lesão de bens jurídicos, nem de ofendidos. Concordamos com esta posição, e, tendo em conta a letra da lei, o artigo 195º do CP, que exige expressamente a falta de consentimento para o preenchimento do tipo legal de violação de segredo, cremos ser esta a posição que mais se adequa ao nosso ordenamento jurídico.

Mas ainda encontramos vários autores que defendem estarmos perante uma situação de consentimento justificante. Para eles o consentimento não exclui a tipicidade já que subsiste a lesão do interesse, estando apenas excluída a ilicitude da conduta.

Há ainda autores a fazer uma distinção entre consentimento e acordo. Entendendo que está implícito ao consentimento um conflito de interesses e que se mantém a lesão do bem, enquanto o acordo é um contributo para a realização desse bem ou interesse.⁹⁵

O consentimento tem que preencher certos pressupostos estabelecidos na norma do CP que o consagra, nomeadamente, referir-se a interesses jurídicos pessoais livremente disponíveis e o facto ser conforme aos bons costumes. Só faz sentido falar da disponibilidade de bens jurídicos pessoais, na medida em que só estes possuem um único titular que pode deles dispor. E, tendo em conta que o consentimento é uma manifestação do direito à autodeterminação, não seria compreensível atribuir um efeito justificante relativamente a bens comunitários ou supra individuais. A cláusula dos bons costumes está

⁹³ FARIA COSTA, 2012, p. 303

⁹⁴ COSTA ANDRADE, 2008, p. 202

⁹⁵ FARIA COSTA, 2012, p. 302



relacionada com concepções morais que vigoram na sociedade, estabelecendo uma certa conexão entre o direito e a moral. O n.º 2 do artigo 149º do CP ajuda-nos a enquadrar normativamente o conceito de bons costumes, pois, apesar de se referir especificamente ao consentimento no âmbito das ofensas à integridade física, deve “*ser tido como um barómetro para o consentimento em geral*”⁹⁶. Esta norma indica-nos que devemos ter em conta os motivos e os fins do agente ou ofendido, os meios por ele empregues e a previsível amplitude da lesão, para saber se estamos perante uma ofensa contrária aos bons costumes.

Para prestar consentimento é essencial ter capacidade para consentir. O n.º 3 do artigo 38.º do CP estabelece os 16 anos como a idade mínima para consentir e refere que quem presta o seu consentimento tem que deter o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance na altura em que o presta.

O consentimento tem, igualmente, de revelar uma vontade livre, esclarecida e séria do seu titular e representar uma manifestação da sua autonomia. Pelo que, só poderá ser concedido se o seu titular representar corretamente o sentido e alcance deste, não podendo fazê-lo com base numa vontade viciada.

O consentimento pode ser prestado por qualquer meio, quer seja de forma expressa, concludente ou tácita⁹⁷, não se exigindo quaisquer formalidades. Contudo, não será suficiente uma atitude de inércia por parte do paciente. Terá ainda que ser prévio ao facto, pois se o consentimento não for do conhecimento do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa⁹⁸, já que o desvalor da ação se manterá.

⁹⁶ FARIA COSTA, *Ob. Cit.*, 2012, p. 305

⁹⁷ Exemplo relevante é o da transmissão do consultório médico, em que tem sido entendido que não é suficiente para admitir a existência de um acordo tácito na transmissão para outro médico do processo de um paciente, o facto da transmissão do consultório estar anunciada na sala de espera deste. Constituindo, por sua vez, acordo tácito a circunstância do paciente debater com o seu médico os termos que seguirá o tratamento com o novo médico que adquirir o consultório ou o facto do paciente se dirigir ao novo médico, demonstrando vontade que este conheça o seu processo (BGH).

⁹⁸ n.º 4 do artigo 38.º CP



Ao longo dos anos, os tribunais alemães têm dado uma interpretação cada vez mais restritiva ao acordo concludente e tácito, entendendo que só estamos perante um acordo concludente ou tácito quando existe a “*concordância unívoca e manifesta do paciente*”⁹⁹.

Também tem sido discutida a legitimidade para dar o acordo quando estão em causa segredos de terceiros. Tal como já foi referido no capítulo relativo ao bem jurídico, a tese maioritariamente aceite no direito português, que acompanhamos, é aquela que entende que o terceiro, a pessoa a cuja esfera jurídica pertencem os factos, é o titular do segredo e, como tal, o único com legitimidade para consentir na sua revelação.

É ainda debatida a legitimidade para dar consentimento *post mortem*. Entende-se que, quando estão em causa segredos de conteúdo patrimonial, a legitimidade para dar acordo é transmitida aos herdeiros, passando a fazer parte da herança. O mesmo já não se verifica quando estamos perante segredos de carácter pessoal. Nestes casos, a legitimidade para consentir já não se transmite, ficando excluída a sua possibilidade após a morte do titular do segredo. Ressalvando-se a perda de relevância do segredo provocada pelo decurso do tempo e, ainda, a possível existência de um acordo presumido.¹⁰⁰

1.1.4. Consentimento Presumido

O artigo 39º do Código Penal¹⁰¹ prevê o consentimento presumido como uma causa de justificação autónoma, equiparando-o ao consentimento efetivo.¹⁰² Contrariamente ao que foi referido sobre o consentimento efetivo, já não se fala aqui na exclusão da tipicidade da conduta, configurando a figura do acordo presumido uma “mera” causa de justificação ou de exclusão da ilicitude. Para que exista consentimento presumido é

⁹⁹ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1150

¹⁰⁰ COSTA ANDRADE, 2012, p. 1145 ss e COSTA ANDRADE, 2008, p. 201 ss

¹⁰¹ Artigo 39º Consentimento Presumido – “1 – Ao consentimento efetivo é equiparado o consentimento presumido. 2 – Há consentimento presumido quando a situação em que o agente atua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado.”

¹⁰² Também no Direito Civil, artigo 340º do Código Civil – “3. Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”



necessário que a situação em que o agente atua possibilite presumir, de uma forma razoável, que o titular do interesse salvaguardado teria eficazmente consentido no facto, se tivesse conhecimento das circunstâncias em que este é praticado¹⁰³. Só se pode falar em consentimento presumido do titular do segredo quando estiverem preenchidos os mesmos pressupostos do consentimento efetivo.

Deverá ter-se em conta a vontade hipotética do titular do segredo, caso ele conhecesse a situação concreta e não aquilo que em teoria poderia ser melhor para ele. Ponderar se, caso o interessado não ignorasse a situação, teria consentido na ação, através de um juízo de probabilidade.

A figura do consentimento presumido é subsidiária face ao consentimento efetivo, pois só se pode invocar o consentimento presumido quando não é possível obter o consentimento real por parte do titular do segredo. Tal como afirmou ROXIN, não há nenhuma hipótese de se correr o risco de não se respeitar a verdadeira vontade do portador do bem jurídico, quando é possível questioná-lo sobre a sua vontade efetiva.¹⁰⁴ Exige-se ainda que o consentimento não possa ser adiado.

Este consentimento legitima-se numa ponderação objetiva de interesses do portador do segredo para avaliar a sua vontade hipotética.

Tendo em conta os pressupostos de aplicação desta causa de justificação, a sua aplicabilidade será reduzida e limitada a um número circunscrito de situações, de que são exemplos o portador do segredo sofrer de uma incapacidade relativamente duradoura, ou estar inconsciente, ou mesmo quando este vem a falecer. Havendo dúvidas por parte do médico, quanto à vontade hipotética do doente, o dever de segredo deve manter-se.¹⁰⁵

¹⁰³ n.º 2 do artigo 39.º do CP

¹⁰⁴ COSTA ANDRADE, 2008, p. 209

¹⁰⁵ *Ibidem*



2. Questão Prática

Neste capítulo propomo-nos a analisar um caso concreto e a identificar as soluções que, na nossa perspetiva deveriam ser ponderadas.

Resumidamente: Um piloto de avião dá sinais de demência. O seu médico (psiquiatra), que o diagnosticou, sabe que ele tem uma profissão suscetível de colocar em perigo a vida de dezenas de pessoas.

Deverá manter-se o dever de sigilo do médico? Ou existe algum conflito de interesses que justifique a quebra do sigilo?

Tendo em conta a análise que já foi feita às causas de justificação, vamos ver se há a possibilidade de aplicá-las a este caso concreto, quais se poderiam aplicar e em que medida.

2.1 Direito de Necessidade Justificante

Quando está em causa a salvaguarda da vida de terceiros tem-se entendido que é lícita a revelação do segredo por parte do médico.

Para que isso aconteça, terão que estar preenchidos os pressupostos do direito de necessidade: a atualidade do perigo, a adequação e a sensível superioridade do interesse a salvaguardar face ao interesse sacrificado.

i. Perigo Atual

Consideramos que a vida dos passageiros que serão transportados pelo piloto está efetivamente em perigo se este continuar a pilotar. A atualidade do perigo, como já tivemos oportunidade de referir, não implica, necessariamente, que este seja iminente,



mas sim que ao protelar-se a remoção desse perigo não se vai defender o interesse ou bem em causa, neste caso a vida dos passageiros.

ii. Adequação

A revelação da doença psiquiátrica do piloto constitui também, a nosso ver, um meio adequado para afastar o perigo de lesão da vida dos passageiros, se esta revelação for feita a quem possa impedir o piloto de exercer a sua profissão. Devendo o círculo das pessoas a quem o facto será revelado ser reduzido ao mínimo indispensável. Como nos dá conta COSTA ANDRADE¹⁰⁶, PFEFFER defende que quando as pessoas potencialmente em perigo não são conhecidas ou são em número indeterminado justifica-se que a comunicação do facto seja feita às autoridades.

iii. Superioridade do interesse

Sendo certo que não existe um critério exclusivamente objetivo de hierarquização dos bens em oposição e tendo em conta os princípios e valores subjacentes à ordem jurídica portuguesa, cremos ser correto afirmar que a vida dos passageiros representa aqui um bem sensivelmente superior à salvaguarda da privacidade do piloto. Se tivermos em conta o artigo 24.º da CRP¹⁰⁷, que consagra o direito à vida, e atendermos à colocação sistemática deste direito, podemos concluir que vida é um bem jurídico com dignidade constitucional elevadíssima e que se encontra no topo da hierarquia dos valores salvaguardados pela nossa Constituição. Seria, portanto, razoável impor ao piloto o sacrifício da sua privacidade para proteger a vida de terceiros.

Para a doutrina e jurisprudência maioritárias, a par da superioridade dos bens a salvaguardar, exige-se a atualidade do perigo e a necessidade da revelação, como único meio para defender a vida dos passageiros. Sendo que, neste caso, a revelação por parte do psiquiatra à entidade empregadora ou às autoridades que o piloto sofre de perturbações psicológicas, só constituiria o único meio capaz de salvaguardar a vida dos passageiros, depois do médico ter esgotado todos os meios de persuadir o doente a ser,

¹⁰⁶ COSTA ANDRADE, 2008, p. 221

¹⁰⁷ Artigo 24.º Direito à vida – “1. A vida humana é inviolável.”



ele próprio, a informar a entidade empregadora/autoridades que não está apto para exercer a sua profissão.

A decisão de 8.10.1968 do BGH assemelha-se à resolução que consideramos que devia ser ponderada para o nosso caso. Nesta decisão considerou-se justificada a atuação do médico que comunicou às autoridades rodoviárias que uma paciente sua, que sofria de esquizofrenia paranoico-alucinatória, punha em perigo a vida dos outros condutores e peões ao conduzir um camião. Reconhecendo estarem em causa interesses sensivelmente superiores que teriam que ser salvaguardados. E ressalvando que antes de revelar o facto às autoridades o médico deve comunicar à paciente o seu estado de saúde, informando-a dos perigos que a condução do camião pode representar para si e terceiros e que, só se esta intervenção do médico se frustrar, poderá o médico comunicar os factos sujeitos a sigilo.

Também em Portugal, o CNECV sustentou o mesmo raciocínio no Parecer 32/CNECV/2000, de 23 de outubro, sobre sigilo médico, referente a um doente seropositivo para o vírus HIV, assistido num Centro de Atendimento a Toxicodependentes, que, apesar de ter sido convencido a informar a sua mulher dessa seropositividade, nunca o fez, e continuava a manter relações sexuais não protegidas com ela. Pode ler-se neste Parecer *que “a vida tem prioridade como valor, e a sua salvaguarda é o dever ético primordial, ao qual todos os outros se devem subordinar”* e que *“as ações para salvaguarda da vida humana não podem ser consideradas violadoras de qualquer obrigação menor, pelo que se entende não haver aqui ofensa ética, nem sequer, de um ponto de vista ético, violação de um dever de sigilo.”* Tendo sido referido que *“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”* e que *“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 marido e os riscos da sua transmissão, o que não pressupõe, neste caso, quebra do sigilo médico”.

Dito isto, consideramos que a revelação da incapacidade de trabalhar do piloto que sofre de demência pelo psiquiatra ao empregador daquele estaria justificada pelo direito de necessidade. Já que um piloto que não está apto a exercer a sua profissão coloca em perigo o bem jurídico fundamental, que é a vida (dos passageiros). Concordamos com GÓMEZ RIVERO¹⁰⁸ ao referir que num caso, semelhante ao nosso, em que um paciente, que sofre de anomalia psíquica, pratica atividades que envolvem a potencial lesão da vida ou saúde de terceiros, de que é exemplo o exercício de condução de veículos por um profissional, a revelação do segredo pelo médico podia justificar-se tendo por base a proteção da vida de um coletivo indeterminado de sujeitos. Apelando ainda à regra geral da prevalência do direito à intimidade dos pacientes, exceto quando estejamos perante circunstâncias que façam suspeitar que o paciente é uma fonte de perigo para a vida ou saúde de terceiros ou quando estejam em causa interesses de caráter geral¹⁰⁹.

Apoiamos a tese defendida pela doutrina majoritária quanto aos pressupostos de aplicação do direito de necessidade. Porém, alguns autores defendem outras correntes que, embora minoritárias, consideramos importantes para perceber o elevado desencontro de posições presentes, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Para EBERBACH, a ilicitude penal está excluída se, após uma ponderação de bens jurídicos, se concluir pela comprovada superioridade dos bens que serão protegidos com a revelação. Nomeadamente, a vida, a saúde e a integridade física. Considerando que a vida constitui um bem jurídico elementar que prevalece sobre a confiança do paciente no seu médico. O autor dispensa os requisitos da atualidade do perigo e da adequação, bastando-se com ponderação dos interesses em conflito.¹¹⁰

¹⁰⁸ GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 686

¹⁰⁹ Exemplificando com caso de um paciente que sofre de anomalia psíquica e desempenha uma profissão com implicações sociais, como é o caso do exercício da docência.

¹¹⁰ COSTA ANDRADE, 2008, p. 218



Outros autores consideram que são escassos os casos em que se encontram preenchidos todos os pressupostos do direito de necessidade, particularmente, o requisito do perigo atual e a sensível superioridade dos bens ou interesses. Entendendo que só excepcionalmente se poderá falar em perigo para a vida de terceiros, já que o paciente pode ou não realizar comportamentos de risco, no nosso caso, não comunicar à entidade empregadora que não está apto para pilotar. E que mesmo empreendendo esses comportamentos, estes podem ou não lesar o bens jurídicos de terceiros. Mesmo que o piloto continuasse a pilotar, arriscando a sua vida e dos seus passageiros, esse comportamento podia, ou não, resultar em lesão à sua vida. COSTA ANDRADE, referindo-se à tese defendida por PRITTWITZ, fala-nos de um “*perigo de colocação em perigo*”¹¹¹.

Mesmo admitindo que o pressuposto da atualidade do perigo está preenchido, há ainda autores que entendem que o pressuposto da superioridade dos bens jurídicos é insustentável, pois consideram que ao fazer a ponderação de interesses terá de se atender aos contra interesses do paciente e ao impacto que aquela comunicação poderá vir a ter na vida deste.

Para superar os obstáculos que, do ponto de vista de alguns autores, obstam à aplicação do direito de necessidade, há quem defenda um regime mais flexível desta causa de justificação: o direito de necessidade defensivo.

O direito de necessidade defensivo permite que se sacrifiquem bens ou interesses de valor igual ou até superior, desde que não desproporcionadamente superiores, para salvaguardar outros iguais ou inferiores. Esta solução supralegal poderia aplicar-se ao nosso caso pois, se consideramos que o médico psiquiatra estaria coberto por um direito de necessidade justificante (agressivo) caso revelasse os factos sujeitos a segredo do piloto, por maioria de razão teríamos de aceitar que estariam preenchidos os pressupostos menos exigentes do direito de necessidade defensivo. Acompanhamos FARIA COSTA¹¹²

¹¹¹ COSTA ANDRADE, 2008, p. 224

¹¹² FARIA COSTA, 2012, p. 317



que entende que a aceitação desta causa de justificação terá de ser feita de uma forma limitada e enquanto um critério residual do próprio direito de necessidade.

A solução que defendemos será a mesma se justificarmos a comunicação do médico através da prossecução de interesses legítimos, a que já tivemos oportunidade de nos referir aquando da análise das causas de justificação, pois, paralelamente ao estado de necessidade defensivo, estamos perante um regime mais flexível que o direito de necessidade (agressivo), onde se prescinde do pressuposto da atualidade do perigo.

2.2 Estado de Necessidade Desculpante

A culpa é “um juízo de reprovação ao agente por ter voluntariamente desobedecido ao comando legal, por ter consciente e livremente perpetrado o ilícito”¹¹³.

Para que haja culpa é necessário que tenha sido praticado um facto típico e ilícito, pois não se fazem juízos de reprovação relativamente a factos lícitos e sem ilicitude não há culpa.

Existem causas exteriores que anulam a vontade do agente, fazendo com que o facto seja involuntário e causas que debilitam essa vontade, tornando-a desculpável.

Existem três hipóteses em que se pode excluir o juízo de culpa, nomeadamente, como nos dá conta GERMANO MARQUES DA SILVA¹¹⁴, as causas que afastam a censurabilidade ao negar a existência de um agente culpável; as causas que afastam a culpabilidade ao afastar um elemento da culpabilidade em si; e as causas que, apesar de preencherem todos os elementos positivos da culpabilidade, afastam a culpa por fazerem com que o legislador rejeite a reprovação do agente, não lhe exigindo outro comportamento naquela situação.

¹¹³ MARQUES DA SILVA, 2012, p. 272

¹¹⁴ *Ibid*, p. 274



As causas de exclusão da culpa relevantes são aquelas que estão previstas na lei, já que não existe na nossa ordem jurídica um princípio geral equivalente ao do n.º 1 do artigo 31.º do CP¹¹⁵ que se aplique às causas que excluem a culpa. No entanto, não há nada que impeça que as causas de exclusão da culpa previstas na lei sejam aplicadas analogicamente. A lei consagra estas causas de exculpação na Parte Geral do CP¹¹⁶ no artigo 17.º, no n.º 2 do artigo 33.º, no artigo 37.º e no artigo 35.º (estado de necessidade desculpante)¹¹⁷, que vamos aprofundar.

O estado de necessidade desculpante pode aplicar-se quando, para afastar uma situação de perigo atual, que não seja possível remover de outra forma, e que ameça bens ou interesses juridicamente protegidos do próprio agente ou de terceiros (vida, integridade física, honra ou liberdade), não é razoável exigir-lhe que, naquelas circunstâncias, ele se comporte de forma diferente. *“É a aceitação pela lei do princípio da exigibilidade como componente da culpa”*¹¹⁸.

No direito de necessidade justificante a lei impõe que, após uma ponderação de valores, se opte pela salvaguarda daquele que for sensivelmente superior. Aqui aceita-se que se proteja um valor ou interesse igual ou mesmo inferior àquele que se sacrifica. O que faz com que a conduta praticada pelo agente seja ilícita, mas tendo em conta as circunstâncias em que ocorreu, não merece ser censurada.

Tal como o direito de necessidade que exclui a ilicitude, também o estado de necessidade desculpante carece do preenchimento de alguns pressupostos: o perigo atual não removível de outra forma; a ameaça de determinados bens jurídicos do próprio agente ou de terceiro; que atendendo às circunstâncias do caso não seja exigível ao agente agir de

¹¹⁵ Artigo 31.º Exclusão da ilicitude – “1 - O facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.”

¹¹⁶ Também na Parte Especial do CP estão previstas outras causas de exclusão da culpa.

¹¹⁷ Artigo 35.º Estado de necessidade desculpante – “1 - Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, 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.”

¹¹⁸ MARQUES DA SILVA, 2012, p. 279



outra forma; e que a finalidade da atuação do agente tenha por base a salvação do bem em perigo.

i. Perigo atual não removível de outro modo

A noção de perigo atual é igual à do direito de necessidade que já tivemos oportunidade de analisar.

A exigência do perigo não poder ser afastado de outro modo implica que o facto praticado pelo agente seja necessário e adequado a afastar o perigo e que seja o meio menos gravoso de que o agente se pode servir para remover a ameaça aos bens ou interesses.¹¹⁹

ii. Ameaça de determinados bens jurídicos

Os bens jurídicos ameaçados são aqueles que estão previstos na norma penal que consagra esta causa de desculpação: a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade.

iii. Não exigibilidade de outro comportamento

Este requisito impõe que não seja razoável exigir uma conduta diferente ao agente, tendo em conta as circunstâncias concretas do caso, com base no que seria razoável exigir a qualquer pessoa dita “normal” que se encontrasse na mesma situação.

iv. *Animus salvandi*

GERMANO MARQUES DA SILVA e FIGUEIREDO DIAS fazem alusão à finalidade de proteção do bem jurídico em perigo como um requisito subjetivo desta causa de exclusão da culpa.

Analisando esta causa de desculpação com base no nosso caso concreto do piloto, concluímos que se preenchem todos os requisitos, já que estes são, maioritariamente, coincidentes com os requisitos do direito de necessidade justificante. Contudo, entendemos ser mais correto aplicar ao nosso caso o direito de necessidade que exclui a ilicitude da conduta, já que se preenchem os seus pressupostos e para o médico é bastante

¹¹⁹ MARQUES DE SILVA, 2012, p. 280



mais vantajoso ver a ilicitude da sua conduta excluída, do que o mero afastamento da culpa, que pressupõe sempre a prática de um facto ilícito. E não temos necessidade de justificar a revelação do médico nestes termos mais compreensivos e não tão rigorosos que nos oferece o estado de necessidade desculpante, porque aceitamos a superioridade e maior dignidade do bem jurídico vida em relação aos bens protegidos com a manutenção do segredo, nos termos que já adiantamos.

2.3 Dever de Revelação

O estudo que realizamos permitiu-nos compreender que existem algumas situações em que a violação do segredo do paciente está justificada, atribuindo ao médico o direito de revelar factos sujeitos a sigilo. Tem sido discutida a possibilidade de, em algumas dessas situações, estar em causa um dever de comunicar do médico e não um direito. Sendo que o não cumprimento desse dever pode implicar a eventual responsabilização criminal do médico a título de omissão¹²⁰.

Nos últimos anos este problema tem sido maioritariamente abordado no contexto da SIDA, mas vamos tentar adaptar as soluções que têm sido encontradas e aplicá-las ao nosso caso concreto.

A doutrina e jurisprudência americanas têm vindo a fazer alusão a um “duty to warn”¹²¹ em detrimento de um mero “privilege to disclose”¹²². No entanto esta solução tem sido recusada pela maior parte dos Estados americanos que continuam a preferir a solução do direito de revelar.¹²³

¹²⁰ Artigo 10.º CP: Comissão por ação e por omissão – “1 - Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação 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.”

¹²¹ Dever de avisar

¹²² Direito de revelar

¹²³ COSTA ANDRADE, 2008, p. 243 e 244



COSTA ANDRADE¹²⁴ faz referência à Tarasoff doctrine, invocada por vários autores para afirmar o dever de avisar. Essa doutrina menciona os casos *Tarasoff v. Regents of California* (1974 e 1976), em que o Supremo Tribunal da Califórnia condenou um médico psiquiatra por este não ter tomado medidas necessárias para proteger a namorada de um paciente seu, um psicopata que se propunha a assassina-la. O psiquiatra conhecia a namorada do doente. Mas o Tribunal de Nebraska, no caso *Liperi v. Sears Roebuck & CO*, foi ainda mais além ao sustentar que o médico está obrigado a proteger todas as pessoas em perigo, mesmo quando estas não estão identificadas.

GÓMEZ RIVERO faz alusão à existência de uma hipotética obrigação genérica de revelação pelo médico dos dados do paciente quando está, abstratamente, em perigo a vida ou saúde de terceiros, afirmando que essa obrigação só poderia fundamentar-se num pressuposto absurdo de se atribuir ao médico uma espécie de função policial de alertar terceiros das doenças dos seus pacientes, concluindo que o médico pode limitar-se a confiar que o doente, depois de prevenido pelo médico, adotará as precauções necessárias, não lhe sendo sequer exigível uma obrigação de zelar para que o doente efetivamente adote essas medidas.¹²⁵ Entendendo que só estaremos perante um dever de revelar nos casos em que o médico possa impedir a comissão futura de delitos. Situações em que o doente revela ao médico que vai, intencionalmente, realizar atividades de risco suscetíveis de por em perigo a vida ou a saúde de terceiros. E a solução será a mesma quer esteja em risco uma ou mais pessoas determinadas, quer o perigo incida de forma genérica sobre terceiros.

Na Alemanha já há pareceres sobre a obrigatoriedade do médico informar o parceiro sexual de um paciente seu que este está infetado com HIV, quando ambos são clientes do mesmo médico.

Certo é que não podemos falar de causa de justificação e de obrigação simultaneamente, pois, se considerarmos que a ilicitude da conduta está excluída pelo direito de

¹²⁴ COSTA ANDRADE, 2008, p. 244

¹²⁵ GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 684



necessidade, não podemos dizer que o médico tem a obrigatoriedade de revelar o segredo, já que não se pode fundamentar um dever através do direito de necessidade, cuja função é permitir que num caso concreto se realize uma conduta típica e não impor a sua realização.¹²⁶

Esta questão prende-se com o problema do dever de garante. Na nossa perspetiva, não cremos que seja possível sustentar que o médico tenha uma posição genérica de garante que o obriga a proteger não só a vida e a saúde do seu paciente, mas também a de todos os membros da comunidade. No caso, uma posição genérica de garante em relação a todos aqueles que são transportados pelo piloto.

Contudo, podemos apoiar a obrigatoriedade da quebra de sigilo médico nos casos em que o piloto pode pôr vidas em risco, no artigo 89.º do CDOM. Este artigo consagra o dever do médico de, *“em circunstâncias em que um doente tenha um comportamento que traga um risco real e significativo para a vida de outra pessoa, tentar persuadi-lo a modificar esse comportamento, nomeadamente declarando que irá revelar a sua situação às pessoas interessadas”*. Caso o doente não altere esse comportamento, após ter sido advertido, deve o médico comunicar às pessoas em risco, se as conhecer, dando disso conhecimento ao seu paciente. Se o médico violar este dever sujeita-se a que lhe sejam aplicadas sanções por má prática.

¹²⁶ GOMÉZ RIVERO, 2008, p. 686 e 687



Conclusão

Ao longo deste estudo foi possível observar a disparidade de opiniões, presentes na doutrina e na jurisprudência, no que ao segredo médico concerne.

Através da análise histórica do dever de segredo, desde as origens da medicina, até aos dias de hoje, constatamos que este dever tem sido cada vez mais relativizado. Inicialmente tido como uma obrigação moral, absoluta e sagrada dos médicos, sem qualquer base legal é, atualmente, um dever legal que salvaguarda um direito fundamental dos pacientes, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e que preserva a relação de confiança indispensável ao exercício da medicina. Já não detém um caráter absoluto, porquanto, em certas circunstâncias, terá que ceder de forma a salvaguardar outros interesses ou direitos que com ele são incompatíveis. Hoje, o segredo médico encontra consagração expressa em inúmeros diplomas legais internacionais e nacionais de diversos Estados.

Observamos que atualmente é raro os pacientes terem contacto com apenas um médico, sendo, por via de regra, acompanhados por toda uma equipa de saúde, da qual fazem parte outros médicos, enfermeiros e mesmo pessoal auxiliar e administrativo. O que faz com que os factos sujeitos a sigilo sejam conhecidos por um número crescente de profissionais, alargando-se o âmbito de proteção da norma penal que consagra o dever de segredo. Não obstante esta responsabilização penal, vimos que o médico pode ainda estar sujeito quer a responsabilidade civil, quer disciplinar, que em casos de violação do segredo, podem ter aplicação cumulativa. O facto de cada vez mais as informações de saúde e as fichas clínicas dos doentes se encontrarem informatizadas permitindo que profissionais de saúde que exercem a sua profissão em Centros de Saúde e Hospitais em qualquer ponto do país a elas tenham acesso, tem também contribuído para o aumento daqueles que têm acesso ao segredo.

Ao estudar o bem jurídico típico do crime de violação de segredo verificamos que os autores e os tribunais se dividem em dois grandes grupos: aqueles que defendem que



estamos perante um bem jurídico pessoal-individual e os que entendem que este bem jurídico constitui um valor supra individual, institucional ou comunitário. Acompanhamos a doutrina maioritária que adota a conceção individual do bem jurídico, já que a colocação sistemática desta norma, o facto de estarmos perante um crime semipúblico e a própria letra da lei, apontam para a colocação e tutela da privacidade/intimidade em primeiro plano. Reservando aos valores supra individuais uma tutela secundária, que não deixa de ser relevante.

Vimos também que, nos dias de hoje, a lei prevê certas causas de justificação que afastam a ilicitude da violação do segredo, permitindo que este seja violado.

Quanto estamos perante direitos ou interesses conflitantes, surge a necessidade de determinar quais irão prevalecer. Entendemos que quando está em causa a vida ou a saúde de pessoas, o dever de segredo do médico e o direito à reserva da intimidade da vida privada do paciente terão, necessariamente, que ceder para salvaguardar o direito à vida e à saúde de terceiros. Com a ressalva de que, numa primeira fase, os médicos devem fazer tudo o que está ao seu alcance para tentar convencer os pacientes a serem, eles mesmos, a revelar os factos sujeitos a sigilo. Só se esta hipótese se frustrar é que os médicos têm legitimidade para revelar os segredos dos seus pacientes.

Fundamentamos esta posição no direito de necessidade justificante, pois consideramos que se encontram preenchidos todos os pressupostos exigidos por esta causa de justificação, inclusive a superioridade do bem jurídico vida, em relação à privacidade. Ainda que a nossa Constituição não estabeleça uma hierarquia de valores, a verdade é que a vida é um valor fundamental elementar, que não deve, nem poderá, a nosso ver, ser afastado.

Mas o direito de necessidade não esgota as causas que podem justificar a violação do segredo por parte dos profissionais de saúde. Vimos também que a lei penal prevê, na Parte Geral, outras causas de justificação, tais como o consentimento, o consentimento presumido e o conflito de deveres, que são aplicáveis à violação do segredo. Não obstante, o n.º 1, do artigo 31.º, prevê ainda a possibilidade de existirem outras causas de justificação que não encontram consagração expressa na lei penal, através do princípio da unidade da ordem jurídica.



Constatamos ainda que o consentimento (efetivo) constitui, para alguns autores, não uma causa de justificação que exclui a ilicitude da conduta dos médicos, mas sim uma verdadeira causa de exclusão da tipicidade, tese que defendemos, pois, se atendermos à letra do artigo 195.º do CP, verificamos que, para que o tipo se preencha, a lei exige que a revelação seja feita sem consentimento, não se chegando a lesar o bem jurídico.

A questão prática que apresentamos também nos permitiu retirar algumas conclusões relevantes. Analisamos a situação de um piloto a quem é diagnosticada uma doença mental (demência) e que, ao continuar a exercer a sua profissão, coloca em perigo a sua própria vida e a vida daqueles que transporta diariamente.

Confrontando o nosso caso com aqueles que têm recebido uma atenção redobrada por parte da doutrina, como é o caso dos doentes que estão infetados com o vírus da SIDA e se recusam a empreender os comportamentos adequados para salvaguardar a vida e saúde daqueles que os rodeiam, também aqui é da nossa opinião que a privacidade não pode prevalecer quando, do lado oposto da balança de ponderação de interesses, temos o bem jurídico primordial e inviolável que é a vida.

No entanto, cremos que, em sede de direito penal, não é fácil sustentar a ideia de que estamos perante um dever jurídico, pois seria excessivo, do nosso ponto de vista, defender que o médico tem um dever de garante das vidas dos passageiros do seu paciente.

Porém, o atual CDOM consagra, no seu artigo 89.º, um dever dos médicos de violar o segredo quando essa revelação é necessária para salvaguardar a vida de terceiros. Não estando em causa um dever penal, o médico não será condenado por qualquer crime a título de omissão mas, sendo um dever deontológico, o seu não cumprimento dá lugar às sanções disciplinares previstas no respetivo diploma legal.

Posto isto, concluímos que é necessário atender ao caso concreto para perceber se o dever de segredo deve prevalecer sobre os outros direitos ou interesses em causa, fazendo a respetiva ponderação de interesses. No entanto, quando estão em causa bens jurídicos como a vida, a saúde e a integridade física de terceiros, entendemos que estes valores deverão prevalecer sobre a privacidade. Ao contrário dos valores patrimoniais que, por via de regra, deverão sempre ceder perante aqueles.



Em suma, por muito que se tenha vindo a assistir a uma crescente relativização do segredo médico e, ainda que haja autores que entendem que nos dias de hoje o segredo médico praticamente desapareceu, tendo em conta o cada vez mais alargado círculo de profissionais que a ele têm acesso; a forma como a informação circula dentro dos hospitais e até dentro das companhias de seguros; e ainda o crescente interesse pedagógico e científico que é conferido às doenças, entendemos que este dever de guardar segredo continua a ser fundamental e que só deve ser violado em situações específicas, devendo ser cumprido em todas as outras situações.



BIBLIOGRAFIA

COSTA ANDRADE, Manuel da. (2008). *Direito Penal Médico, SIDA: Testes Arbitrários Confidencialidade e Segredo*, Coimbra Editora

COSTA ANDRADE, Manuel da. (2012). *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial - Tomo I*, Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. (2009). *O Dever de Sigilo Médico: Um Roteiro da Lei Portuguesa*, Associação Portuguesa de Avaliação do Dano Corporal

FARIA COSTA, José de. (2012). *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra Editora

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. (2012). *Direito Penal Parte Geral – Tomo I Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora

GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen. (2008). *La Responsabilidad Penal del Médico*, Tirant lo Blanch

MARQUES DA SILVA, Germano. (2015). *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS Rui. (2010). *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora

RUEFF, Maria do Céu. (2009). *O Segredo Médico como Garantia da Não Discriminação Estudo de Caso: HIV/SIDA*, Coimbra Editora



RUEFF, Maria do Céu. (2010). *Violação de Segredo em Medicina, in Acta Médica Portuguesa*, nº 23, pp 141-147

TAIPA DE CARVALHO, Américo. (2014). *Direito Penal – Parte Geral – Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, Coimbra Editora

OUTRAS REFERÊNCIAS

BENZO, Eduardo. (1944). *La Responsabilidad Profesional del Medico*, Escelicer

Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes, 1998, Lisboa

Carta dos Direitos do Doente Internado, 2005, Lisboa

DIAS PEREIRA, André Gonçalo. (2009). *O Sigilo Médico: Análise do Direito Português*, online em: <<http://hdl.handle.net/10316/10576>>

HÖRSTER, Heinrich Ewald. (2007). *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina

Parecer Sobre o Sigilo Médico 32/CNECV/2000, do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida

RYCMANS, Xavier e MEERT-VAN DE PUT, Régine. (1972). *Les Droits et les Obligations des Médecins*, Maison Ferdinand Larcher, SA, Editeurs



LEGISLAÇÃO

Código Civil

Código Deontológico da Ordem dos Médicos

Código Penal

Código de Processo Civil

Código de Processo Penal

Código do Trabalho

Constituição da República Portuguesa

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Estatuto da Ordem dos Médicos

Lei de Bases de Saúde

Lei de Proteção de Dados Pessoais

Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos