

Direitos e Obrigações conexos com a infeção pelo VIH e à SIDA

Enquadramento doutrinário e legal

Direitos

Princípio da igualdade

Princípio da dignidade da pessoa humana

Direitos de personalidade

Direito à reserva da intimidade e da vida privada

Direito ao sigilo médico

Respeito pela vida privada e familiar

Direito ao Trabalho

Proteção de dados pessoais

Direito à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação

Direito à liberdade, à integridade física e à segurança

Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

1) Fundamentos Jurídicos

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada está consagrado no elenco de direitos, liberdades e garantias da nossa Constituição da República, no artigo 26º/1, bem como em inúmeros documentos internacionais e europeus¹. Este direito de personalidade está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (princípio norteador do ordenamento jurídico português que se encontra no artigo 1º da Constituição), que se traduz na simples qualidade de ser humano, independente de qualquer outra condição, na medida em que a dignidade da pessoa pressupõe que ela beneficie de um espaço de privacidade, quer no âmbito da vida doméstica, familiar, sexual ou afetiva², cabendo também neste artigo a proteção do segredo médico. Há ainda quem veja no direito à reserva da intimidade da vida privada dois “sub-direitos”:

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

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

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

a) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada de outrem³, traduzindo-o numa verdadeira proibição de ingerência na vida particular por terceiros, quer por acesso, quer por divulgação de informação, como consagrado no artigo 80º do Código Civil.

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

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

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

⁴ Como por exemplo o Professor Paulo Mota Pinto.

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

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

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

ou *menos* íntimos, a quem não se partilham as mesmas informações; tudo depende do caso concreto⁸.

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

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

O Rastreo do VIH implica necessariamente o consentimento daquele que será examinado, caso contrário poderá constituir uma ofensa à integridade física e à liberdade. O direito à integridade física vem consagrado como direito fundamental na Constituição da República, no artigo 25º/1, e como direito de personalidade no Código civil, no artigo 70º. Os direitos fundamentais são classificados pela doutrina como posições jurídicas dos particulares contra o Estado, que equivalem a trunfos contra a maioria, mesmo quando essa decide segundo procedimentos democráticos¹⁰.

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

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

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

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

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

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

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

Não basta haver consentimento, este consentimento deverá ser *informado*, isto é, deverá ter duas componentes essenciais: a compreensão, que pressupõe que o indivíduo objeto de rastreio deverá estar informado de todas as vantagens e inconvenientes da intervenção a que se submeterá¹⁴ bem como de todos os tratamentos possíveis e da situação do seu diagnóstico; e o livre consentimento, que é um ato de livre vontade que permite ao Médico proceder aos tratamentos necessários. Consta do Parecer nº 26/95 da Procuradoria-Geral da República que “tem sido insistentemente afirmado que a proteção da saúde pública não justifica a limitação dos direitos do homem em razão de cidadãos serem portadores do VIH ou da SIDA, e que a despistagem e os testes obrigatórios bem como os registos de seropositivos constituem um atentado à vida privada, na medida em que não raro, comportam restrições ao direito ao trabalho, à liberdade de deslocação e de residência e à obtenção de cuidados de saúde.”

O consentimento para realização de análises será sempre imperativo, uma vez que a sua imposição ao indivíduo traduzir-se-á numa deturpação do princípio da dignidade

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

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

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

da pessoa humana, limitando os seus direitos fundamentais, como direito à privacidade, à integridade física, e principalmente, a liberdade. Não pode, portanto, ser imposto a alguém contra a sua vontade.

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

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

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

A violação deste dever, caso se esteja perante uma situação que contraponha a manutenção do segredo a um direito de igual ou maior importância (colisão de deveres – deverá o médico manter o segredo ou não o fazer para preservar outro direito?), deverá levar a uma ponderação dos valores em causa. Não existe

¹⁵ PORTES, L. em Gilbert HOTTOIS/ Marie-Hélène PARIZEU, Dicionário de Bioética, Lisboa, p.330.

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

A primeira exceção ao dever de sigilo clínico existe na hipótese de o paciente consentir na divulgação dos seus dados. Este consentimento traduz-se numa autolimitação do direito à reserva da intimidade da vida privada, que por ser um direito disponível, ou seja, pode ser voluntariamente limitado pelo seu titular (ao contrário dos direitos absolutos, como o direito à vida). Isto vem consagrado no artigo 81º do Código Civil, tornando lícita uma atuação posterior que na falta de consentimento seria ilícita. O artigo 340º do Código Civil consagra o instituto do 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. 3- Tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.*

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

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

17 *Idem*, p. 30.

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

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

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

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

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

18 *Idem*, p. 45.

norteadores são os mesmos para todos os casos, mas só caso a caso poderão ser estabelecidas soluções de conflitos de direitos.

3) Direito à privacidade e às relações familiares

Irei começar este primeiro ponto por uma breve descrição da noção de *direitos de personalidade* e, em particular, do direito à privacidade.

Como explica Menezes Cordeiro¹⁹, todo o Direito existe por causa dos homens. Atualmente, tendo sido ultrapassadas todas as querelas históricas sobre o que é ou não uma pessoa, ou que é ou não um cidadão, todo o ser humano é uma pessoa. E a personalidade singular deveria ser uma coisa bastante simples: trata-se da dimensão jurídica do ser humano, enquanto ser livre e racional²⁰.

A noção de pessoa está acolhida em vários lugares pelo direito positivo. O art. 70/1 do Código Civil (doravante CC) consagra a proteção dos indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. No nosso ordenamento jurídico consagra-se uma ideia de *dignidade humana*, assente logo no artigo 1º da Constituição da República portuguesa (posteriormente CRP).

Os direitos de personalidade, por sua vez, são as posições jurídicas protegidas pelo Direito objetivo.

Estes dispõem de prioridade em relação a quaisquer outras categorias de direitos²¹. Não querendo ser demasiado exaustiva relativamente à origem dos direitos de personalidade e às suas diferentes categorias, passaremos imediatamente para a questão da privacidade.

De acordo com Oliveira Ascensão, a privacidade chega até nós sob duas vertentes diferentes: o entendimento anglo-americano a *privacy* refere-se ao que pertence só a um sujeito como resultado da visão individualista do Estado e da vida: cria-se uma zona reservada de cada indivíduo sem necessidade de qualquer valoração ética. Na matriz europeia, a privacidade tem uma caracterização diferente. É um direito

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Tomo IV, Parte Geral, Pessoas, 3ª Edição, Almedina, p. 29

²⁰ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 31

²¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. XLIII-Nº1, Coimbra Editora, 2002, p. 14

essencialmente defensivo, que coexiste com vários outros da mesma índole, como os direitos à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência, à imagem, ...

Hoje em dia, tendo em conta os avanços tecnológicos ocorridos, assim como a própria evolução da sociedade em termos de mundo publicitário, jornalístico e o uso cada vez mais recorrente de meio informáticos, as pessoas encontram-se cada vez mais vulneráveis à devassa da vida privada²².

A proteção da vida privada encontra-se dispersa pelo ordenamento jurídico. Iremos começar por explicitar o disposto no direito civil.

O artigo 80º, nº1 CC refere que todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. O nº2 esclarece o conteúdo deste artigo, ao acrescentar que a natureza da reserva se mede pela natureza do caso e a condição das pessoas. Há quem siga a *teoria das três esferas* ou dos *três degraus*, nomeadamente: intimidade, privacidade e vida normal da relação²³. A esfera da intimidade inclui os elementos referidos a uma pessoa, em termos que permitam a identificação desta²⁴. Entre outros, inclui-se os dados referentes ao *estado de saúde*. A Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 67/98 de 26 de Outubro) inclui os dados de saúde nos “dados sensíveis” (artigo 7.º), criando ‘medidas especiais de segurança’ (artigo 15.º), quando esses dados forem objeto de tratamento, o que demonstra a natureza especialmente protegida destas informações²⁵.

A violação do artigo 80º CC acarreta o dever de indemnizar em conjugação com o artigo 483º CC, tratando-se de um ilícito de responsabilidade civil, podendo levar à indemnização de danos tanto *patrimoniais* como *não patrimoniais* (eventuais danos morais causados à vítima da violação do direito à reserva da intimidade e vida privada). Mais longe que o artigo 80º CC vai o nº 2 do artigo 16º do Código de Trabalho que dispõe o seguinte: “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.”

²² OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 16

²³ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *DISCRIMINAÇÃO DE UM TRABALHADOR PORTADOR DE VIH/AIDS: REFLEXÃO À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS*, Artigo publicado em *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, N.º 6, 2006, pp. 121-135.

²⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 17

²⁵ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*

Este artigo especifica que, para além da *intromissão*, também não é permitida a *divulgação* destas informações pessoais.²⁶ É importante ainda referir o nº3 do artigo 19º do mesmo código, que refere que não compete ao empregador aferir a capacidade do trabalhador para a diligência do trabalho em causa, mas sim ao médico. O artigo dispõe: “O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a atividade, salvo autorização escrita deste.”

4) Direitos de Personalidade e acesso ao Trabalho

É no âmbito do Direito do Trabalho que esta matéria acaba por ter mais importância, pelo que irei fazer uma referência à proteção dos Direitos de Personalidade no Direito do Trabalho:

O Código estabelece normas relativas à realização de testes de saúde (art. 19º - Testes e exames médicos). Este artigo pode ter implicações ao nível do princípio da igualdade e da não discriminação. Deste modo, a Comissão Nacional de Proteção de Dados afirmou que “não se vislumbra que haja razões suficientes para fazer estes exames fora do âmbito das competências dos serviços de medicina do trabalho. Efetivamente, se consultarmos as disposições sobre as medidas a adaptar pelo empregador em sede de medicina do trabalho (artigos 267.º e 270.º) verificamos que as “finalidades de proteção e segurança do trabalhador ou de terceiros” e as “particulares exigências inerentes à atividade” estão subjacentes, nomeadamente, às previsões do artigo 267.º n.º 2 al. c) e artigo 270.º alíneas b), e) e i). (...)

Concluimos, por isso, que a realização de exames fora do contexto dos serviços de medicina do trabalho apresenta um grande perigo de proliferação de tratamentos de dados de saúde e da vida privada dos trabalhadores, com riscos acrescidos de exames “coercivos” desenquadrados de uma prevenção integrada de promoção e vigilância da saúde do trabalhador.

Por outro lado, há um risco acrescido de interconexão de tratamentos tendentes a integrar “informação exhaustiva” sobre o estado de saúde do trabalhador, na medida em que não está regulada a relação de interdependência entre os médicos referidos no artigo 19.º n.º 3 e os médicos do trabalho.”.

²⁶ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*

Neste sentido dispôs também o Acórdão do Tribunal Constitucional 368/02, de 25 de Setembro: “no âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à proteção da saúde, a todos reconhecido no artigo 64º, n.º 1 CRP, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, não podem deixar de credenciar suficientemente a obrigação para o trabalhador de se sujeitar, desde logo, aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele não representa um risco para terceiros: por exemplo, para minimizar os riscos de acidentes de trabalho de que outros trabalhadores ou o público possam vir a ser vítimas, em função de deficiente prestação por motivo de doença no exercício de uma atividade perigosa; ou para evitar situações de contágio para os restantes trabalhadores ou para terceiros, propiciadas pelo exercício da atividade profissional do trabalhador.”

O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida defendeu que (Parecer 16/CNECV/96): “Os trabalhadores atingidos pela SIDA [AIDS] deverão ser tratados numa base idêntica à dos trabalhadores atingidos por outras doenças graves que afetem o desempenho da sua função. Quando a condição física destes trabalhadores se deteriorar, convirá proceder, se possível, à reorganização dos locais e dos horários, a fim de lhes permitir continuar a trabalhar durante o maior período de tempo possível.”

“O CNECV reconhece que na prática de certas atividades e em determinadas situações, o teste da SIDA [AIDS] deve ser exigível às seguintes pessoas: profissionais de saúde, que entrem em contacto direto com órgãos ou líquidos biológicos humanos; dadores de sangue, de esperma, de tecidos e órgãos, grávidas, sobretudo as que pela sua história clínica (por exemplo de prostituição ou de toxicod dependência), se revelam de alto risco e com probabilidade de terem sido infetadas pelo VIH.”

Por fim, a Comissão Nacional de Proteção de Dados entende que o portador de VIH, na qualidade de candidato a emprego, não está obrigado nem a fornecer informação que lhe diga respeito nem a ser submetido a qualquer teste. Este tipo de informação não pode ser utilizada para impedir alguém de obter um emprego, nem para fundamentar o seu despedimento. Esta pretende seguir o Código de Conduta sobre o VIH/AIDS da O.I.T., publicado em 2001, segundo o qual: “Uma infeção por VIH não pode ser causa

de despedimento. Pessoas com doenças relacionadas com esta infeção devem poder trabalhar enquanto se encontram aptas do ponto de vista clínico.”

Será ainda de referir o n.º 2 do art. 20.º do Decreto-Lei n.º 109/2000, de 30 de Junho: “A ficha encontra-se sujeita ao regime do segredo profissional, só podendo ser facultada às autoridades de saúde e aos médicos da Inspeção-geral do Trabalho.” E ainda o n.º 3 que “Quando o trabalhador deixar de prestar serviço na empresa, ser-lhe-á entregue, a seu pedido, cópia da ficha clínica.”. Ou seja, o Direito impõe ao médico exigências de confidencialidade.

Toda esta legislação encontra consagração máxima no artigo 26º, nº1 e 18º, nº2 da Constituição da República Portuguesa, como direito fundamental. De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, este direito inclui dois direitos menores: i) direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; e ii) direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem²⁷. Anteriormente era permitido ao empregador ter acesso aos dados de saúde do trabalhador, no entanto tal foi declarado inconstitucional pelo Acórdão Tribunal Constitucional 368/02 que concluiu no sentido de que *serão muito raras as profissões que poderão justificar a exigência de um teste de VIH*.

Por último, no Direito português, também o Direito penal oferece proteção à reserva da intimidade e da vida privada. Como afirma André Gonçalves Pereira: “o ramo jurídico que visa proteger os bens jurídicos fundamentais da vida em comunidade face às mais fortes e intoleráveis agressões protege o direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada e familiar.”²⁸ Citando Manuel da Costa Andrade: “O teste positivo da AIDS faculta ao médico o conhecimento de um facto cuja pertinência à área de confidencialidade e reserva – mesmo à área irreduzível e última da intimidade – se afigura manifesta. A sua revelação ou divulgação arbitrárias e não justificadas configuram um atentado socialmente intolerável a bens jurídicos criminalmente tutelados.” E podendo, como tal, ser punida já a título de Devassa da vida privada (artigo 192.º do Código Penal), já sob a forma de Violação de segredo (artigo 195.º do

²⁷ J.J. GOMES CANOTILHO/ Vital MOREIRA, Constituição Anotada, 3.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 181

²⁸ ANDRE GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*

Código Penal).²⁹ Neste âmbito trata-se de um crime semipúblico, estando sujeito à apresentação de *queixa* (198º Código Penal).

Para além do Direito Português encontramos ainda proteção ao direito à reserva da intimidade e da vida privada noutros âmbitos, nomeadamente no Direito Europeu e Internacional. Para tal, podemos citar alguns preceitos relevantes: Declaração Universal dos Direitos do Homem – 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.”

Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – artigo 17.º “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.”

Convenção Europeia dos Direitos do Homem – artigo 8.º “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina – artigo 10.º: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.”

5) Proteção de dados Pessoais sensíveis

Convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados pessoais (elaborada em 1981 no Conselho da Europa, e aprovada pela Resolução nº 23/93, de 9 de Julho e ratificada pelo Decreto Presidencial nº 21/93, de 9 de Julho; entrou em vigor para Portugal em 1 de Janeiro de 1994, de acordo com o Aviso nº 227/93, de 5 de Novembro). O art. 6.º desta Convenção insere os dados de saúde entre as Categorias especiais de dados: “Os dados de carácter pessoal que revelem a origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras, bem como os dados de carácter pessoal relativos à saúde ou à vida sexual, só poderão ser objeto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas. O mesmo vale para os dados de carácter pessoal relativos a condenações penais.”

²⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Direito Penal Médico. Sida: Testes Arbitrários, Confidencialidade e Segredo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.162.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – art. 7.º (Respeito pela vida privada e familiar) “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.” e o art. 8.º (Proteção de dados pessoais) “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto na lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados colhidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”

6) Direito à privacidade no âmbito do casamento

Muito resumidamente iremos fazer uma descrição dos deveres conjugais existentes no seio do casamento. Estes estão enunciados essencialmente no âmbito do artigo 1672º CC e podem ser divididos em cinco: dever de respeito, dever de fidelidade, dever de coabitação, dever de cooperação e dever de assistência.

O dever de respeito tem, primeiramente, uma dimensão negativa: dever de não ofender os direitos de personalidade do outro cônjuge³⁰. Sendo a infeção pelo VIH e a SIDA sexualmente transmissíveis, susceptíveis de causar danos à integridade física do cônjuge, cremos que seria de integrar neste âmbito o dever de informação sobre a mesma.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira acrescentaram uma dimensão positiva: o facto de os cônjuges demonstrarem um efetivo interesse pela ligação resultante do matrimónio³¹.

O dever de fidelidade tem essencialmente uma conotação sexual e amorosa abrangendo, primeiramente, o dever de não ter relações sexuais com terceiro. Este dever compreende, contudo, ainda uma variante de *verdade* e *lealdade*, devendo estes ter em conta os ditames da boa-fé. No nosso entender poderia englobar-se neste âmbito igualmente o dever de informação sobre uma doença sexualmente transmissível.

³⁰ Filipe Jorge CABRAL, *Deveres conjugais, culpa e divórcio – ruptura*, relatório de mestrado, FDL, Setembro 2009

³¹ *ibidem*

Os restantes três deveres: assistência, coabitação e cooperação referem-se à vida em comum dos cônjuges e apoio mútuo que estes devem prestar quer durante a vida conjugal, quer após deterioração da mesma, por via da garantia de obrigação de alimentos³².

Finalizando este ponto, por via de uma ponderação de princípios (reserva à intimidade da vida privada contra deveres conjugais) consideraríamos que seria importante o portador de VIH transmitir essa informação ao seu cônjuge ou futuro cônjuge, podendo, aliás, o eventual desconhecimento do facto levar à possibilidade de anulação do casamento por parte do cônjuge que desconhecia desse fator, fundando em *erro acerca da identidade física do outro contraente*.

7) Direito a não ser discriminado – princípio da igualdade (negativa)

O princípio da igualdade de tratamento encontra consagração constitucional, nos nºs 1 e 2 do artigo 13º da Constituição da República Portuguesa (CRP), dando corpo ao artigo 26º, nº1 CRP, *proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*. Em suma, o artigo 26.º, n.º 1, da CRP é a “expressão subjetivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º.”³³ 37 Este direito é diretamente aplicável e impõe-se mesmo nas relações entre privados (artigo 18.º, n.º 2 CRP).

Este é um princípio que já remonta da antiguidade, tendo Aristóteles afirmado que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”³⁴. O princípio tal como ele é encarado atualmente pela nossa lei fundamental não difere muito da visão aristotélica. Tal como descrevem Vital Moreira e Gomes Canotilho “o princípio da igualdade contém uma diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual e desigualmente aquilo que é essencialmente desigual (...)”³⁵.

Este princípio dispõe de um sentido formal e de um sentido material. A igualdade formal traduz-se na “igualdade perante a lei”, a partir da qual se deve entender que

³² 1675º, nº1 CC: “o dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar”

³³ Jorge MIRANDA/ Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2005, p. 294

³⁴ [http://www.fae.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10_alvaro_de_azevedo_gonzaga\[1\].pdf](http://www.fae.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10_alvaro_de_azevedo_gonzaga[1].pdf)

³⁵ VITAL MOREIRA/GOMES CANOTILHO, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I*, 2007, 4ª Edição, p. 345

todas as leis devem ser aplicadas de modo igual a todas as pessoas³⁶. Deste modo se protege os cidadãos do arbítrio e da discriminação infundada. A igualdade no seu sentido material permite que a igualdade seja alcançada em termos *reais* e não apenas “sob a forma de lei”. Tem como escopo assegurar um tratamento igual a pessoas discriminadas, bem como de afastar essas mesmas pessoas de algum favoritismo

O princípio da não discriminação surge através da efetivação do princípio da igualdade. A discriminação é tratada na doutrina ora como um princípio decorrente de outro princípio fundamental, o da igualdade de tratamento³⁷; ora como vertente negativa do princípio da igualdade; ou, ainda, como um desdobramento do princípio da igualdade.

De qualquer modo, é unânime que a igualdade de tratamento entre os cidadãos obriga à proibição de qualquer prática discriminatória, assente em categorias meramente subjetivas, sem qualquer justificação razoável e objetiva para essa discriminação. Este princípio encontra fundamento ao nível do Direito Internacional, a começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, podendo-se citar os seus artigos nºs 1 e 2:

ARTIGO 1.º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

ARTIGO 2.º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

³⁶ Rodrigo Dias PEREIRA, *Princípio da igualdade e não discriminação no domínio laboral, relatório de mestrado*, FDL, Setembro de 2006, p. 8

³⁷ Neste sentido, Luis de Pinho Pedreira da SILVA – *A discriminação indirecta*, in *Revista LTr*, São Paulo, nº 65-04, abril de 2001, p. 402 *apud* Rodrigo Dias Pereira, *op. cit.*, p. 10

Pode ainda citar-se: Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos³⁸, Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais³⁹, Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁴⁰, Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão⁴¹, entre outros. Desta última convenção será pertinente citar igualmente o primeiro artigo:

Artigo 1.º

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:

a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

(2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.

(3) Para fins da presente Convenção as palavras «emprego» e «profissão» incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

De acordo com Christiane Marques, esta definição comporta três elementos: (i) um elemento de fundo de existência de uma distinção, exclusão ou preferência que constitui a diferença de tratamento; (ii) um motivo determinante da diferença de tratamento e (iii) um resultado objetivo da diferença de tratamento⁴².

³⁸ Podendo-se encontrar aqui: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>

³⁹ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.html>

⁴⁰ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-eliminacao-discrimina-racial.html>

⁴¹ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-oit-111.html>

⁴² Christiane MARQUES, *O Contrato de Trabalho e a Dimensão Estética*, São Paulo, 2002, p. 174

Para além destas convenções têm igualmente particular importância quer a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quer a Carta dos Direitos Fundamentais da União que iremos analisar adiante.

Em termos de legislação podemos referir a lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, que aprova o Código do Trabalho, bem como a Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho (que regulamenta este Código) transpõe a diretiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de Novembro, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, como vista a eliminar discriminações baseadas na religião ou convicções, numa deficiência, na idade ou orientação sexual.

O direito a não ser discriminado encontra especial relevância no âmbito do Direito do Trabalho, sendo este precisamente o caso em questão. O Código de Trabalho dedica, portanto, várias normas relativas aos *direitos de personalidade e à igualdade e não discriminação*.

No campo do Direito do Trabalho, o princípio da igualdade e não discriminação é concretizado pelo “princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores”⁴³, subdivide-se em duas vertentes, (i) igualdade de oportunidades (áreas de acesso ao emprego, carreira e formação profissional) e (ii) direito dos trabalhadores (matérias ligadas à remuneração, organização do trabalho, condições de trabalho, direito ao repouso e proteção na situação de desemprego). Segundo Palma Ramalho, a primeira vertente encontra consagração nos artigos 47º, 50º e 58º, nº3, alíneas b e c da CRP e a segunda vertente no nº1 do artigo 59º da CRP⁴⁴.

8) O caso dos portadores do VIH em especial

Como já mencionámos, o Código de Trabalho por via das leis n.º 99/2003, de 27 de Agosto e n.º 35/2004, de 29 de Julho transpõe a diretiva n.º 2000/78/CE, do Conselho, de 27 de Novembro. Esta diretiva não refere em específico a proteção contra a discriminação de pessoas com *doenças crónicas*, o que gera controversa na doutrina.

⁴³ PALMA RAMALHO considera o “princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores” um princípio autónomo em razão do seu desenvolvimento “para além do domínio empresarial, equacionando o valor ético que prossegue em termos gerais”. Maria da Rosa Palma RAMALHO, *Da autonomia dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, 2000, p. 990

⁴⁴ Maria da Rosa Palma RAMALHO, *Igualdade de tratamento entre trabalhadores e trabalhadoras em matéria remuneratória: a aplicação da Directiva 75/117/CE em Portugal* in *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra, 2003, p. 162

Relativamente a esta problemática podemos mencionar Guilherme Dray: “Relativamente ao artigo 13.º da CRP e aos diplomas supra enunciados, o preceito sob anotação inclui novos elementos característicos que podem constituir fatores de discriminação – a orientação sexual, o património genético, a capacidade de trabalho reduzida, a doença crónica e a filiação sindical.”⁴⁵, podendo-se considerar que o Direito português não se limitou a acolher a Diretiva, tendo-a interpretado num sentido mais amplo, de acordo com o Direito nacional.

Será necessário fazer uma pequena alusão à infeção pelo VIH e à SIDA como *doenças* e, em específico, como *doenças crónicas*.

A proteção como doença vem imediatamente especificada no artigo 21º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, no âmbito de *deficiência*.

Artigo 21º - Não discriminação

1. *É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.*

2. *No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.*⁴⁶

Esta infeção é encarada pela World Health Organization como uma *deficiência (disability)*, nomeadamente: *People living with HIV may develop impairments as the disease progresses, and may be considered to have a disability when social, economic, political or other barriers hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others*⁴⁷.

Outra manifestação da proteção contra a discriminação desta doença, ao nível de grandes diplomas europeus, é o artigo 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no qual se insere a proibição de discriminação contra doenças e deficiências por via de uma interpretação teleológica (visando o *escopo*, o fim visado pela norma) e por via de uma interpretação evolutiva, dada a antiguidade da convenção em causa.

⁴⁵ In Pedro ROMANO MARTINEZ et al., Código do Trabalho Anotado, 3.ª Edição 2004, p. 116

⁴⁶ Pode-se encontrar em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PT.01000101.htm>

⁴⁷ Presente no artigo: Disability and HIV policy brief, http://www.who.int/disabilities/jc1632_policy_brief_disability_en.pdf

Artigo 14.º - Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

O artigo 23.º do Código do Trabalho deve ser interpretado no sentido de abranger a proibição de discriminação baseada no facto de o trabalhador ou candidato ao emprego ser seropositivo para o VIH, já que esta Infeção se insere no conceito de “doença crónica”⁴⁸, de acordo com esta visão do Direito Internacional.

De modo parecido, Teresa Moreira defendeu a aplicação ao caso do VIH da Convenção n.º 159 da O.I.T. aprovada na 69.ª Sessão em 1983, relativa à reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes, assim como a Recomendação n.º 168, relativa à mesma matéria, Convenção que foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 63/98, de 2 de Dezembro⁴⁹.

De acordo com o artigo 53º da Constituição da República Portuguesa, que define a *estabilidade* no emprego, o trabalhador goza de diversos direitos fundamentais, como é o caso dos despedimentos imotivados, sem justa causa⁵⁰. O Direito português não admite o despedimento em caso de *doença*. O artigo 333º do Código de Trabalho admite somente, em casos extremos, o regime da redução da atividade e da *suspensão* do contrato, tendo em conta os interesses primários do trabalhador e acompanhado de deveres de segurança e do dever de readaptação do trabalhador. Como confirma o artigo 387º do mesmo código, só há caducidade do contrato em *situações limite*, devendo a segurança social ficar encarregue da proteção do cidadão.

Esta posição é seguida pelas instâncias internacionais, tal como foi referido pelo Conselho de Ministros da Saúde dos Estados-Membros da União Europeia em 15/12/88, que “as pessoas contaminadas com o VIH ou atingidas pela SIDA não constituem um risco para os seus colegas de trabalho”, não se justificando “os testes

⁴⁸ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *op. cit*

⁴⁹ Teresa MOREIRA, *Da Esfera Privada do Trabalhador e o controlo do Empregador*, Studia Iuridica, 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 493

⁵⁰ João LEAL AMADO, “Breve apontamento sobre a incidência da revolução genética no domínio *juslaboral* e a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro,” *Questões Laborais*, 25, Ano XII, 2005, p. 112

de despistagem de anticorpos de VIH no momento da contratação nem por ocasião do exame médico periódico no local de trabalho”.

O despedimento de alguém em razão da sua seropositividade é um comportamento discriminatório e desproporcionado da entidade patronal (artigo 18º CRP). Um trabalhador seropositivo não comporta nem um risco para terceiros, nem incapacidade para o desempenho de tarefas em razão da sua doença.

Neste segundo sentido é importante referir o Parecer o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, no qual se defende que a lei não exclui a emissão, relativamente a indivíduos portadores de VIH, do atestado de robustez física e de perfil psíquico previsto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro.

Relativamente à não discriminação convém ainda mencionar as seguintes leis:

- Lei n.º 134/99, D.R. n.º 201, I Série-A, de 28 de Agosto
- Decreto-Lei n.º 111/2000, D.R. n.º 152, I Série-A, de 4 de Julho
- Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto – Proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde
- Decreto-Lei n.º 34/2007, de 15 de Fevereiro – Regulamenta a Lei n.º 46/2006, de 28 de Agosto, que tem por objeto prevenir e proibir as discriminações em razão da deficiência e de risco agravado de saúde

Deveres

Deveres de Informação

O dever de informação recai tanto sobre o profissional de saúde como sobre o portador.

Dever de informação do profissional e segredo profissional: O profissional de saúde tem o dever de informar o paciente - e, eventualmente e quando sejam também seus pacientes, admite-se que o conflito entre os deveres para com um e outro, o possa fazer também com o ou a companheiro(a) do paciente - mas sempre em conformidade com o *princípio da proibição do excesso*, fornecendo somente as informações necessárias, as adequadas e proporcionais. Relativamente ao segredo profissional cumpre reter os seguintes corolários basilares:

- 1) Apenas o que deve ser considerado “segredo” se encontra abrangido pelo sigilo profissional, e não todo e qualquer facto cujo conhecimento o médico tenha adquirido durante o contacto com os seus doentes. Por segredo deve entender-se todo aquilo que seja conhecido de um número restrito de indivíduos, podendo prejudicar razoavelmente um interesse particular ou público se for conhecido de um número maior de pessoas.
- 2) Mesmo que o doente tenha dado o seu consentimento para que o médico ou outro profissional de saúde revelem algum segredo relacionado consigo, estes não poderão fazê-lo se para tanto não existir justa causa.
- 3) Existem casos em que os profissionais de saúde podem revelar o segredo, mesmo sem o consentimento do doente. O artigo 180º, nº2, alínea a), Código Penal prevê que não existe crime de violação do segredo profissional, quando “ a imputação for feita para realizar interesses legítimos”. São exemplos paradigmáticos desta cláusula de excepção a notificação obrigatória de doenças contagiosas de fácil contágio e maus tratos a crianças

O Direito Português não consagra atualmente nenhuma norma relativa especificamente ao “segredo médico”. Quer isto dizer que qualquer profissional no

campo da saúde ou noutros, está sujeito à regra do “segredo profissional”. A disposição-chave neste domínio é o artigo 195º do Código Penal: 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 ate 1 ano ou com pena de multa ate 240 dias.”

Se o profissional de saúde for funcionário público estará também sujeito ao respectivo dever, ao abrigo do artigo 383º/1 do Código Penal, que prevê o crime de violação do segredo por funcionário publico.

Responsabilidade: O Código Deontológico Médico

O médico, devido à profunda responsabilidade de que se reveste o exercício da sua profissão, obedece a rígidas normas deontológicas contidas no Código Deontológico Médico, aprovado pela Ordem dos Médicos.

A violação destes deveres origina sanções disciplinares e corporativas (ordem dos médicos). Tal violação origina também um direito à proposição de uma acção de responsabilidade civil (ou contratual – nos casos em que há uma relação contratual entre as partes e o dano em questão nasce no âmbito desta relação) já que há um dano causado pela prática, por terceiro, de um acto ilícito (a ilicitude decorre da violação ilícita de um “direito de personalidade”, nomeadamente “direito à reserva sobre a intimidade da vida privada” – direito legalmente e constitucionalmente garantido). Estes direitos decorrem dos termos gerais previstos na legislação civil genérica (art.483º e 798º do Código Civil).

- Dever de informação e Princípio da proibição do excesso:

Até onde deve ir o segredo profissional médico? Que deve fazer um médico perante um portador de VIH que se recusa a informar o parceiro (a) da sua situação e se propõe a manter com ele (a) todo o tipo de relações, sem proteção?

O profissional de saúde encontra-se perante um conflito de deveres:

- Dever de proteger a privacidade do paciente;
- Dever de proteger a saúde de terceiros;

Por um lado, entende-se que o sigilo médico é um importantíssimo direito do doente, e uma obrigação deontológica e ética do médico, mas que uma comunicação direta e confidencial a alguém para acautelar a sua vida não podia ser considerada como um ilícito “ato de publicar um facto abrangido pelo segredo profissional”, pelo que se julgava não haver, neste caso, violação de um dever de sigilo ou, sequer, ofensa ética. O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), emitiu um parecer onde se conclui o seguinte: (i) o médico deverá esclarecer o paciente dos riscos que o terceiro corre e procurar incentivá-lo a, ele próprio, informar o terceiro; (ii) informar o paciente que irá revelar o facto em questão ao terceiro e que tal acto não envolve qualquer violação do segredo profissional.

A Constituição Portuguesa, no título II, da parte I, relativo aos Direitos, Liberdades e Garantias, começa por consagrar, no artigo 24º o Direito à Vida, seguindo-se, no artigo 25º, o Direito à integridade pessoal. A enunciação destes direitos e a ordem por que vêm expostos é suficiente ao legislador e ao intérprete para concluir que o direito à vida constitui uma prioridade relativamente aos direitos pessoais seguintes.

O médico encontra-se, assim, perante um conflito de deveres e a lei penal prevê, então a exclusão da ilicitude do facto que por ser efetuado no cumprimento do dever de valor igual ou superior ao do dever que sacrificar, como dispõe o artigo 36º do Código Penal - “Conflito de deveres” . Neste caso haveria que, averiguar se o interesse a salvaguardar é sensivelmente superior ao interesse sacrificado (artigo 34º, alínea b), código penal), de tal modo que fosse razoável impor a um dos doentes o sacrifício do seu interesse em atenção ao valor do interesse do interesse ameaçado (artigo 34º, alínea c), código penal). Este juízo terá por base uma avaliação da perigosidade da conduta do paciente e os riscos desta para o terceiro.

Ou seja, exige-se a ponderação dos interesses concretos em presença, de modo a considerar casuisticamente a superioridade do interesse a salvaguardar

Arts. 34.º a 36.º do Código Penal

- Faculdade de comunicação por parte do médico ao companheiro(a) se este correr riscos de ser contaminado e caso o portador(a) do vírus do VIH se recuse a fazê-lo.
- Faculdade absolutamente excepcional e justificada por direito de necessidade ou conflito de deveres
- Pode ser exercida quando o médico prestar simultaneamente os serviços a ambos os membros do casal
- Caso não seja médico dos dois e portadores do vírus se recusem a comunicar situação a parceiros e a ter sexo seguro, não tem dever de comunicação indiscriminado e global face a qualquer pessoa que possa correr perigo, pois tais funções extravasam leque de suas competências como médico.
- Deve, porém, persuadir portador a modificar seu comportamento (nº 2, 89º CDeontMéd Reg 14/09)
- Nesta situação, em caso de perigo de transmissão de doença e havendo terceiros identificáveis, em função circunstâncias concretas do caso, o médico pode avisar autoridades de saúde (estas, em harmonia com as possibilidades facultadas pelo Decreto Lei n.º 82/2009, de 2 de Abril, desencadearão as medidas que lhes parecerem adequadas) ⁵¹
- Deveres de informação do portador:

Pergunta-se: *Haverá um direito à verdade quando do seu exercício depende a vida de terceiros?*

Existe efetivamente culpabilização na (não-declaração? Ou na transmissão propagação /?) de doença contagiosa à/ao parceira (o) sexual.

O portador do vírus VIH, em si, deve sempre informar os parceiros com quem estabelece relações, pois a sua omissão é atualmente tipificada como crime: artigo 283º/1 e 285º do Código Penal- Crime de propagação de doença contagiosa e agravação do resultado, respetivamente

⁵¹ Maria do Céu Rueff, Segredo médico e... O médico com dupla responsabilidade

Deveres de Prevenção

Ainda não foi descoberta a vacina de prevenção para a infecção pelo VIH. Existe, no entanto, um grupo de medicamentos que podem diminuir a multiplicação do vírus. Não destroem todos os vírus existentes no organismo, portanto não curam a infecção, mas, reduzindo significativamente o número de vírus ativos em circulação, retarda ou faz mesmo parar a evolução da infecção. Não são tão eficazes quando se deparam com a infecção na fase final da sua evolução – designada por a síndrome de imunodeficiência adquirida ou SIDA - em que, mesmo assim, ajudam o organismo a manter ainda certo grau de defesa e imunorresistência.

São medicamentos que podem prolongar o tempo de vida, contendo a infecção numa situação adormecida, igualando a esperança de vida de uma pessoa com o vírus à das pessoas que não são portadoras.

Quanto mais precocemente os indivíduos portadores, sejam diagnosticados mais eficaz será o tratamento, que obriga ainda ao seu seguimento clínico regular.

E isso depende, exclusivamente, de interesse e da vontade de cada pessoa em ter conhecimento da sua situação perante a possível infecção pelo vírus VIH.

- Qual a solução? O que fazer?

Não havendo processo clínico curativo para a doença, compete à população assumir a responsabilidade pessoal de prevenir contra ela. Compete a cada um assumir a sua quota-parte na responsabilidade de combater a infecção pelo VIH, tomando as precauções necessárias à sua contenção.

O ideal seria tomar as precauções suficientes para não contrair a doença. São várias e de vários tipos. Tendo sido já contraído, é de grande interesse social que se tomem precauções para que não seja facilitada a sua transmissão, e de interesse pessoal também pois uma reinfeção pode acelerar o processo, levando a um encurtamento do tempo de vida do indivíduo infetado.

Prevenção da SIDA:

Um notável privilégio desta doença é o conhecimento dos modos como se transmite e a possibilidade de a evitar, coisa que não acontece com muitas outras doenças.

1) A transmissão por via sanguínea pode-se evitar mediante cautelas rotineiras que devem fazer parte da educação familiar.

-nunca utilizar uma seringa usada sem antes a esterilizar devidamente. Por vezes, a falta de seringas novas ou meios e acaso (?) de vontade para esterilizar as velhas, pode ser a causa de uma ou mais vidas perdidas.

-da mesma forma, ninguém se deve barbear com uma lâmina nem mesmo com uma máquina usada por outrem;

2) A transmissão por via genital merece uma ponderação muito mais complexa.

O contágio pode ocorrer em todos os tipos de relação, seja vaginal, anal, ou oral, já que as secreções vaginais, mesmo que não entrem no organismo, podem facilmente contactar com pequenas feridas e cortes existentes na vagina, ânus, pénis e boca. As relações sexuais de maior risco são as anais. Para prevenção, aconselha-se a usar sempre preservativo nas relações sexuais. Além dos preservativos comuns, vendidos em farmácias e supermercados, existem outros menos vulgares, que podem ser utilizados como proteção durante as mais diversas práticas sexuais.

É também, preciso ter atenção à utilização de objetos uma vez que, se estiverem em contacto com sémen, fluidos vaginais e sangue infetado, podem transmitir o vírus.

Analdina Mendes

Legislação relevante a destacar

- *Portaria nº 258/2005, de 16 de Março-*, integra a infeção VIH à lista de doenças de declaração obrigatória;
- *Despacho 280/96, Ministra da Saúde, in DR nº 237 II série 12 de Outubro de 1996-*, estabelece regras relativamente aos medicamentos anti retrovíricos destinados ao tratamento do VIH, no que respeita à sua prescrição, utilização e carácter gratuito. Divulga as recomendações da Comissão Nacional da Luta Contra a SIDA para tratamento anti retrovírico. (existem recomendações e normas mais recentes – 2013 – que talvez sejam mais adequadas a divulgar aqui)
- *Despacho nº 22/44/2007, Ministro da Saúde, D.R nº 183 Série II de 2007/9/21-*, aprova o Regulamento do Programa Específico de troca de Seringas.
- *Lei nº 81/2009, de 21 de Agosto-*, institui um sistema de vigilância em saúde pública, que identifica situações de risco, recolhe, atualiza, analisa e divulga os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, bem como prepara planos de contingência face a situações de emergência ou tao graves como de calamidade pública.

Bibliografia consultada

Livros:

Vasconcelos, Pedro Pais de

- Teoria geral do Direito civil, 7ª edição, Almedina, 2012

Mota Pinto, Carlos Alberto da

- Teoria geral do Direito civil, 4ª edição, Coimbra Editora, 2012

Canotilho, J.J.Gomes & Moreira, Vital Martins

- Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007

Faria, Paula Lobato de

- A Saúde, 2ª edição, Seleções do Reader's Digest, 1994

Artigos:

- **Warren and Brandies** «The right to privacy», Harvard Law Review, December 15, 1890, vol. IV

- **Rueff, Maria do Céu**, «Segredo Médico e VIH/SIDA, perspectiva ético-jurídica», Universidade Lusíada, Center of medical law and ethics, King's College London

- **Lusófona Associação**, «A infeção VIH e o Direito», compilação de artigos sobre direitos e deveres de portadores do vírus VIH, Fevereiro de 2010

Sites:

www.roche.pt

www.aidsportugal.com/discriminacao