

## **PARECER Nº 20/2010**

(sobre se deveria ser possível eliminar o registo electrónico de um dado de saúde a pedido do seu titular)

### **A – RELATÓRIO**

**A.1.** A Comissão de Ética para a Saúde (CES) iniciou o Processo n.º 20.10CES com base no solicitado em 14-04-2010 pelo Dr. Avelino José Bastos, assistente graduado, médico da carreira de Medicina Geral e Familiar, o qual relatou o caso de uma sua doente, ela própria profissional de saúde com acesso ao Sistema de Apoio ao Médico (SAM), que, alegando não sofrer de esquizofrenia e não desejar ver-se como tal exposta, verificou que tal diagnóstico consta dos seus dados de saúde registados naquele sistema informático. O requerente não coloca a questão da validade do diagnóstico que baseou em informação na sua posse e na medicação prescrita em consulta de Psiquiatria. Considerando a hipótese de satisfazer o pedido da titular dos dados clínicos, o requerente questiona esta CES sobre se não deveria ser eticamente possível o apagamento electrónico do que registou em 2007.

**A.2.** Foi confirmado por informação do conhecimento dos membros médicos da CES que o SAM não permite o apagamento dos registos em apreço.

**A.3.** A CES baseou a sua análise e conclusões no ensaio anexo, especialmente preparado para este Parecer e que dele faz parte integrante.

### **B – IDENTIFICAÇÃO DAS QUESTÕES COM EVENTUAIS IMPLICAÇÕES ÉTICAS**

#### **B.1. Acesso**

*O conceito de direito à intimidade e privacidade evoluiu ao longo dos tempos, sendo actualmente um autêntico direito à protecção dos dados pessoais, designadamente na vertente da informação sobre a saúde. No caso em apreciação, parece haver falta de respeito pelo princípio da confidencialidade e pelo valor intrínseco do sigilo profissional, já que se reconhece haver acesso livre aos dados de saúde dos utilizadores de uma determinada instituição por parte de todos os médicos da mesma.*

#### **B.2. Propriedade dos dados e memória do médico**

*O paciente, titular do processo, tem o direito de, não só exigir que a instituição respeite o seu direito à intimidade e privacidade – que é um direito fundamental – como de que as instituições de saúde adoptem os mecanismos de controlo a esses dados. No entanto, poderá haver confusão entre registo de dados de saúde (de acordo com a lei, propriedade dos seus titulares) e breves anotações médicas (auxiliares de memória para uso futuro mas sem carácter de dados de saúde e não utilizáveis como tal).*

#### **B.3. O dever de documentação e a utilidade dos registos para a continuidade de cuidados**

*O acesso à história clínica deveria, por definição, ser restrito ao médico a quem foram confiados os dados, podendo em casos devidamente fundamentados esse acesso ser permitido a outros profissionais de saúde, no âmbito da prestação de cuidados. Na transformação em curso, e em muitos casos já completamente consolidada, de uma medicina unipessoal para uma assistência de saúde multidisciplinar e em equipa, a perenidade dos registos é uma mais-valia, tanto do ponto de vista do seu titular como do dos profissionais de saúde. Acresce que os dados de saúde registados numa data/hora*

podem ser corrigidos, se se verificar erro, com novo registo em nova data/hora, sem apagar o anterior, devendo ser justificada a sua ocorrência (embora as duas ocorrências possam não estar claramente associadas). Em qualquer caso, *qualquer acesso à história clínica inserida informaticamente deverá ficar sempre registado, identificando quem e quando o efectuou.*

#### **B.4. Os registos como documentação dos actos clínicos**

Quando da existência de procedimentos de apuramento de responsabilidades, disciplinares ou outras, a verdade e a perenidade dos registos é salvaguarda do princípio da transparência e da justiça. Para todos os efeitos, *o titular da história clínica que se encontra informaticamente registada deverá ter o direito a conhecer quem acede à mesma.* Ponderados os direitos e os princípios em presença, cremos que *o direito do titular da informação de saúde, que é o paciente, não tem relevância ou efeito "erga omnes" (contra todos) que lhe possibilite eliminar um dado de saúde da sua história.*

### **C – CONCLUSÕES**

Face ao exposto, a Comissão de Ética para a Saúde da ARSN, IP, é de parecer que, para além da resposta ao requerido ser, em princípio, negativa, ou seja, não há sustentação ética para o apagamento de dados clínicos, outras considerações devem ser também formuladas:

**C.1.** As aplicações informáticas de registo clínico deveriam possuir um automatismo que apenas concedesse acesso a dados clínicos aos profissionais de saúde que, no momento, estivessem encarregados de assistência, em actos agendados ou efectivados.

**C.2.** Quando um profissional pretendesse aceder aos registos de uma pessoa sem se verificarem as condições do número anterior, deveria surgir um alerta chamando a atenção do profissional para a inconformidade da pretensão, mas mantendo a possibilidade de aceder desde que o mesmo preenchesse um campo onde fundamentasse a razão para aceder nessas circunstâncias e reconfirmasse a sua senha pessoal.

**C.3.** As referidas aplicações deveriam ter um campo, associado ao registo clínico de cada titular, denominado "bloco de notas" (ou outra designação similar), o qual poderia servir para breves anotações do médico, sem carácter de dados de saúde, não utilizáveis como tal em relatórios ou documentos similares, e de acesso exclusivo do seu autor, onde poderia escrever e apagar sem restrições o que bem entendesse.

**C.4.** O Serviço Nacional de Saúde deveria permitir que um cidadão, em qualquer altura do seu relacionamento com as instituições de saúde, requeresse, por escrito, que determinado dado clínico relativo a si próprio, fosse referenciado como especialmente reservado e, conseqüentemente, ficasse oculto de outros acessos para além do médico a quem dirige o pedido. O reconhecimento deste direito, que representaria um caso especial de recusa de consentimento para uso de dados, deveria, no entanto merecer a ponderação das condições ou razões ponderosas em que poderia, por excepção, ser desrespeitado.

**C.5.** Do mesmo modo, deverá ser garantido o direito do titular, requerendo, a conhecer quem e quando acedeu ao seu processo.

**C.6.** Face à natureza das sugestões aqui expostas e à sensibilidade das matérias, este Parecer, se homologado pelo Conselho Directivo da ARSN, deveria ser dado a conhecer, para os efeitos tidos por

convenientes, ao Presidente do Conselho Directivo da Administração Central do Sistema de Saúde (responsável pelo SAM e outras aplicações informáticas) e a outras entidades tutelares conforme consideração superior.

Os relatores,

Dr. Joaquim Correia Gomes e Dr. Rosalvo Almeida

Aprovado em reunião do dia 16 de julho de 2010, por unanimidade.



Rosalvo Almeida

Presidente da Comissão de Ética para a Saúde da ARSN

ANEXO:

### **A titularidade, o acesso e o controlo do processo clínico**

**I. Os modelos da relação clínica II. As fontes reguladoras 1. As fontes deontológicas 2. As fontes éticas internacionais 3. As fontes normativas internacionais 4. As fontes normativas nacionais III. O direito fundamental à autodeterminação informativa 1. Da “intimidade”, passando pela “privacidade” até à “reserva da vida privada” 2. A titularidade da informação sobre a saúde IV. Conclusões**

#### **I. Os modelos da relação clínica**

Os dilemas éticos decorrentes da confidencialidade dos dados respeitantes à informação da saúde não tiveram inicialmente qualquer consagração expressa nas declarações ou tratados internacionais que versassem os direitos do paciente.

Não só porque o seu tratamento informático surge mais recentemente e no final do séc. XX, mas também devido ao facto de conceber-se a história clínica como propriedade do médico ou da instituição de saúde, seguindo-se o modelo hipocrático da relação médico-doente <sup>1</sup>.

Este modelo assentava, como a própria designação sugere, nos ensinamentos de Hipócrates (460-377? AC), em que prevalece, de modo absoluto, a decisão médica, assente muitas vezes numa relação clínica feudal, em que o doente é destituído de quaisquer direitos ou então numa relação clínica paternalista, em que os direitos do doente são passivos ou limitados.

Como exemplo dessa manifestação feudal nada melhor que a afirmação feita em pleno séc. XIV por Guy de Chaulic, cirurgião francês, de que *“la personne qui nécessitait des soins devait obéir au médecin comme un serf à son seigneur”* <sup>2</sup>.

Por isso, facilmente se poderá constatar que nesta concepção da relação clínica o doente não tem qualquer direito a aceder à sua informação clínica, pois o médico deveria, como já aludia Hipócrates no seu tratado “Sobre a decência”, fazer tudo *“com calma e ordem, ocultando ao doente, durante a actuação, a maioria das coisas (...) sem lhe mostrar nada do que se vai passar nem do seu estado actual”*.

Naturalmente que este posicionamento começou por sofrer as suas primeiras brechas com as manifestações de Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873).

Estes últimos foram os precursores daquilo que poderemos designar, ao nível ético, pelo paradigma utilitarista, onde se acentua o respeito absoluto pela soberania de um indivíduo, mormente sobre o seu corpo e espírito, cuja preocupação é o máximo de respeito pela autonomia da vontade dos cidadãos <sup>3</sup>.

Tal modelo assenta no “princípio da maior felicidade”, mediante o qual os comportamentos éticos são aqueles que propiciam felicidade ou ausência de sofrimento, assente num propósito de “maximização dos benefícios ou do bem-estar”.

A partir daí começaram a surgir as raízes do modelo autonomista contemporâneo da relação clíni-

---

<sup>1</sup> FARIA COSTA, José, “Em redor da noção de acto médico, na Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 138.º, n.º 3954, Jan-Fev. de 2009, p. 133.

<sup>2</sup> LAUDE, Anne; MATHIEU, Bertrand e TABUTEAU, Didier, “Droit de La Santé”, Paris, PUF, 2007, p. 343.

<sup>3</sup> CORREIA GOMES, Joaquim, na Revista Julgar n.º 04 (Janeiro/Abril 2008), em “Desafios da Bioética e do Biodireito”, p. 120-123, que alude ainda ao paradigma dogmático, ao paradigma da modernidade e ao paradigma da pós-modernidade.

ca, dominado pela prevalência da decisão do doente, baseado no primado do indivíduo e dependente de uma vontade autónoma.

Naturalmente que este modelo devidamente exacerbado, poderá redundar no oposto do modelo hipocrático, em que do império do médico passar-se-ia para o domínio puro e simples do doente.

No entanto, este modelo autonomista deixa novamente o doente sob a dominação do médico, quando aquele não pode manifestar a sua vontade, por estar totalmente impossibilitado para o fazer.

Daí que ultimamente tenha surgido a proposta de um modelo jusfundamental da relação clínica, em que os direitos do paciente não são mais que a expressão dos seus direitos humanos, imanescentes a qualquer pessoa, assente num catálogo de direitos fundamentais, cujos princípios nucleares reconduzem-se aos seguintes: dignidade, liberdade, igualdade, protecção dos mais vulneráveis e proporcionalidade <sup>4</sup>.

Ora os direitos humanos não podem ser concebidos como uma mera alegoria ou ilusão, mas antes como valores positivos e impositivos, imprescindíveis à convivência humana, caracterizando-se pela sua universalidade, essencialidade, abstracção, validade moral e prioridade <sup>5</sup>.

De tal modo que os mesmos passaram por um processo de internacionalização, através dos tratados e convenções internacionais, bem como de institucionalização constitucional <sup>6</sup>.

Os direitos humanos surgem assim como a “Magna Carta” não só do ordenamento jurídico, como também de uma bioética socialmente fundada, ou por outras palavras, são os valores estruturantes e estruturadores de uma sociedade democrática <sup>7</sup>.

Assim, os direitos humanos serão o mínimo denominador comum ético que deve ser respeitado por todos e que estabelecem as linhas orientadoras ontológicas e axiológicas de um Estado de Direito Democrático, sendo o seu substrato ético legitimador.

Será a partir dos direitos humanos que melhor podemos perspectivar, seja mediante um enfoque ético, seja jurídico, o direito de confidencialidade relativo à informação sobre a saúde, o seu acesso e

---

<sup>4</sup> SEOANE RODRÍGUEZ, José António, na Revista “Derecho y Salud”, Vol. 16, Número 1, Janeiro-Junho de 2008, p. 1-28, “La relación clínica en el siglo XXI: Cuestiones médicas, éticas y jurídicas”.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert, “Derechos Humanos sin metafísica?”, publicado em “La institucionalización de la justicia”, Editorial Camares, Granada, 2010, p. 80-82.

<sup>6</sup> PÉRES LUÑO, António Enrique, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Madrid, tecnos, 2001, p. 114 e 125.

<sup>7</sup> MARTINEZ SAMPERE, Eva, “Bioética y Valores Constitucionales”, p. 79-83 e PORRAS del CORAL, “Biotecnología, Bioética y Derechos Humanos”, p. 149-150, em AAVV, “Bioética y Derechos Humanos – Implicaciones Sociales y Jurídicas”, Universidade de Sevilha, 2005,.

subsequente protecção dos seus dados.

Para o efeito é necessário ter em consideração as fontes deontológicas, éticas e jurídicas, sejam internacionais, sejam nacionais, relativas à história clínica do doente, com particular destaque sobre a sua titularidade, e o direito que este tem à preservação da sua intimidade, de modo que se possam estabelecer algumas conclusões em relação ao que nos é pedido neste parecer.

## II. As fontes reguladoras

### 1. As fontes deontológicas

O respeito pela intimidade e privacidade do doente começou, na tradição hipocrática, por estar ligado aos códigos de conduta das profissões que prestam cuidados de saúde.

A sua primeira formulação encontra-se no juramento hipocrático, segundo o qual *“O médico deverá guardar segredo de tudo aquilo que lhe terão confiado, haja visto ou deduzido do exercício da sua profissão”*.

Esta dimensão do segredo médico é, de resto, coincidente com os conteúdos do livro de Asaf, do século VI D. C., que acolhe a tradição ética da medicina hebraica <sup>8</sup>.

Já na Idade Média o segredo médico equiparava-se ao segredo confessional, tendo ambos um carácter religioso.

O primeiro assentava no dever de silêncio relativamente às “doenças dos corpos”, tidas como consequências dos “pecados terrenos” dos doentes, o segundo tinha por base o dever de sigilo relativamente aos “pecados espirituais” dos confessados.

Assim, o estabelecimento de uma reserva de privacidade do doente, não seria propriamente um direito deste, o qual padecia de um estatuto de autêntica “capitio diminutis”, mas antes um dever deontológico.

Tudo isto explica porque é que só a partir do séc. XIX a violação do segredo médico passou a ter tutela penal, como sucedeu com o Código Penal Francês de 1810 [378.º] e o Código Penal Português de 1886 [290.º].

Esta regra trespassa actualmente pelos respectivos códigos deontológicos dos Médicos <sup>9</sup> [85.º a

---

<sup>8</sup> MIRET, Ramon Canals, ESPELETA, Lydia Buisán, “El secreto médico”, em “Bioética derecho y sociedad”, Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 152/153.

93.º] ou dos Médicos Dentistas <sup>10</sup> [21.º] ou então nos próprios Estatutos da Ordem dos Farmacêuticos<sup>11</sup> [101.º a 104.º] ou dos Enfermeiros <sup>12</sup> [85.º], mas aqui relacionando-o com o dever de reserva em relação à preservação da intimidade do paciente [86.º, al. a)].

\*

## 2. As fontes éticas internacionais

No entanto já podemos encontrar na Declaração de Lisboa Sobre os Direitos do Paciente <sup>13</sup>, adoptada na 34.ª Assembleia-geral da Associação Médica Mundial, em Setembro/Outubro de 1981, uma indispensável referência sobre o direito de confidencialidade.

Assim, no seu § 8 surge densificado, em diversas alíneas, esse direito de confidencialidade, do seguinte modo:

a) *Toda a informação relativa ao estado de saúde, condição médica, diagnóstico, prognóstico, tratamento e qualquer outra informação pessoal, deve ser mantida em sigilo até mesmo depois da sua morte. Excepcionalmente, os descendentes podem ter o direito de acesso a informação sobre eventuais riscos relativos à sua saúde;*

b) *Uma informação confidencial só pode ser revelada se o paciente der o seu consentimento explícito ou se isso resultar expressamente da lei. Só pode ser revelada essa informação a outros profissionais de saúde que lhe prestem cuidados e apenas com base naquilo de que “necessita saber”, a menos que o paciente dê o seu consentimento de forma explícita;*

c) *Todos os dados identificáveis do paciente devem ser protegidos. A protecção da informação deve ser efectuada de forma apropriada ao seu armazenamento; As substâncias humanas que podem proporcionar informação também devem proteger-se do mesmo modo.”*

A Associação Médica Mundial veio entretanto estabelecer recomendações sobre a confidencialidade e defesa do paciente através da Declaração de Budapeste (1993), que foi revista na África do Sul em Outubro de 2006 <sup>14</sup>.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997) <sup>15</sup> logo enuncia no

---

<sup>9</sup> DR II, n.º 8 de 2009/Jan./13.

<sup>10</sup> DR II n.º 143, de 22/Junho, alterado pelo Regulamento interno n.º 4/2006, publicado no DR II, n.º 103, de 29/Mai.

<sup>11</sup> Publicado em anexo ao Dec.-Lei n.º 288/2001, de 10/Nov.

<sup>12</sup> Publicado em anexo ao Dec.-Lei n.º 104/98, de 21/Abr.

<sup>13</sup> Acessível em <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/14/index.html>

<sup>14</sup> Ver em <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/a11/index.html>

seu artigo 7.º que “*Os dados genéticos respeitantes a uma pessoa identificável e conservados ou tratados com fins de investigação ou quaisquer outros devem ser mantidos confidenciais nos termos estipuladas pela lei*”.

Também ao nível da UNESCO, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos e Humanos (2004)<sup>16</sup>, exprime-se no seu art. 14.º (Vida privada e confidencialidade), nos seguintes termos:

a) *Os Estados deverão desenvolver esforços no sentido de proteger, nas condições previstas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, a vida privada dos indivíduos e a confidencialidade dos dados genéticos humanos associados a uma pessoa, uma família ou, se for caso disso, um grupo identificável.*

b) *Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas associados a uma pessoa identificável não deverão ser comunicados nem tornados acessíveis a terceiros, em particular empregadores, companhias de seguros, estabelecimentos de ensino ou família, se não for por um motivo de interesse público importante nos casos restritivamente previstos pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos, ou ainda sob reserva de consentimento prévio, livre, informado e expresso da pessoa em causa, na condição de tal consentimento estar em conformidade com o direito interno e com o direito internacional relativo aos direitos humanos.*

*A vida privada de um indivíduo que participa num estudo em que são utilizados dados genéticos humanos, dados proteómicos humanos ou amostras biológicas deverá ser protegida e os dados tratados como confidenciais.*

c) *Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica não deverão por norma estar associados a uma pessoa identificável. Mesmo quando esses dados ou amostras biológicas não estão associados a uma pessoa identificável, deverão ser tomadas as precauções necessárias para garantir a sua segurança.*

d) *Os dados genéticos humanos, os dados proteómicos humanos e as amostras biológicas recolhidos para fins de investigação médica e científica só podem manter-se associados a uma pessoa identificável se forem necessários para a realização da investigação e na condição de a vida privada do indi-*

---

<sup>15</sup> Acessível em [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

<sup>16</sup> Acessível em [http://www.unescobkk.org/fileadmin/user\\_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf](http://www.unescobkk.org/fileadmin/user_upload/shs/BEfiles/chapterC.por/C10P.pdf)





Ministério da Saúde



ARS NORTE

Administração Regional  
de Saúde do Norte, I.P.

9/22

*víduo e a confidencialidade dos referidos dados ou amostras biológicas serem protegidos em conformidade com o direito interno.*

*e) Os dados genéticos humanos e os dados proteómicos humanos não deverão ser conservados sob uma forma que permita identificar o indivíduo em causa por mais tempo que o necessário para alcançar os objectivos com vista aos quais foram recolhidos ou ulteriormente tratados.”*

Por sua vez, na Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos (2005) <sup>17</sup>, instituiu-se no seu artigo 9.º, sob a epígrafe de “Vida privada e confidencialidade” que “A vida privada das pessoas em causa e a confidencialidade das informações que lhes dizem pessoalmente respeito devem ser respeitadas. Tanto quanto possível, tais informações não devem ser utilizadas ou difundidas para outros fins que não aqueles para que foram coligidos ou consentidos, e devem estar em conformidade com o direito internacional, e nomeadamente com o direito internacional relativo aos direitos humanos”.

A nível europeu começamos por destacar a Carta Europeia dos Direitos dos Pacientes (2002) <sup>18</sup>, que foi elaborada pela Rede de Cidadania Activa (Active Citizenship Network), em colaboração com outras organizações.

Tal Carta, como aí se diz, teve o seu ponto de partida no art. 35.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e teve como seu objectivo garantir a protecção da saúde dos pacientes, assegurando simultaneamente um nível elevado de prestação de serviços de saúde.

Desses catorze direitos aí referidos destacamos o oitavo, dirigido ao direito de privacidade e confidencialidade, segundo o qual “*Todo o indivíduo tem direito à confidencialidade dos seus dados pessoais, incluindo informação relativa ao seu estado de saúde e diagnóstico potencial ou a procedimentos terapêuticos, assim como à protecção da sua privacidade durante o processo de diagnóstico, visitas de especialistas e tratamentos médicos e/ou cirúrgicos em geral*”.

Estes vectores continuaram a ser reafirmados ao nível da União Europeia tendo o seu Conselho, ao elaborar em 2006 as suas conclusões sobre valores e princípios comuns aos sistema de saúde da União, assentado, entre outros, no pilar da privacidade e confidencialidade dos dados pessoais respeitantes à informação sobre a saúde, o qual é reconhecido em todas as legislações nacionais dos seus países membros [JOUE 2006/C 146/01, de 22/Jun].

<sup>17</sup> Acessível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>

<sup>18</sup> Acessível em [http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p\\_cot\\_id=4928&p\\_est\\_id=10750#](http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=4928&p_est_id=10750#)

Aliás, o Parecer do Comité Económico e Social Europeu de 2008 sobre “Os direitos do paciente” e considerando alguns deles imprescritíveis, referia-se, a dado momento, ao direito de informação do seguinte modo:

*“Este acesso à informação individualizada é a etapa indispensável para progredir na via da redução das desigualdades perante os distúrbios, a doença, a assistência médica e a melhoria do acesso ao sistema de saúde por parte de todos os cidadãos.*

*É desejável que os dados referentes ao estado de saúde da pessoa, aos diagnósticos, às terapêuticas realizadas e aos seus resultados possam ficar registados numa «pasta médica». O acesso do paciente a esta pasta, directamente ou por intermédio de um médico da sua escolha, segundo a opção que fizer, também faz parte do processo de informação e de autonomia.*

*Todavia, os esforços envidados no sentido de mais informação e transparência devem reger-se por um correspondente enquadramento jurídico que garanta que os dados médicos obtidos não são utilizados para fins desconhecidos. Importa garantir, sobretudo no caso dos dados registados electronicamente e porventura comunicados ao estrangeiro, extrema vigilância quanto à sua utilização” [JOUE 2008/C 10/18, de 15/Jan].*

### **3. As fontes normativas internacionais**

As regulações normativas internacionais não consagraram inicialmente e de modo expreso qualquer disposição que assegurasse a confidencialidade da informação respeitante à saúde, pelo que esta começou por surgir como uma das vertentes mais sensíveis do direito à intimidade.

Assim a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH - 1948) <sup>19</sup>, enunciava “apenas” no seu art. 12.º que *“Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei”*

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP – 1966) <sup>20</sup>, passou a consagrar no seu artigo 17.º, que *“Ninguém será objecto 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*

---

<sup>19</sup> Publicada no DR I-A, n.º 57/78, de 09/Mar., com força jurídica constitucionalmente interpretativa, face ao art. 16.º, n.º 1 da Constituição da República (Const. Rep.)

<sup>20</sup> Aprovado, para ratificação, pela Lei n.º 29/78, de 12/Jun.

*honra e reputação”.*

Mas já a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH – 1950)<sup>21</sup> passou a dispor no seu artigo 8.º, n.º 1 que *“Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”*, acrescentando no seu n.º 2 que *“Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”*.

Só com a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, vulgarmente conhecida como a Convenção de Oviedo, por ter sido aí aprovada em 04 de Abril de 1997, que está em vigor no nosso ordenamento jurídico [DR I-A, n.º 2, de 2001/Jan./03] é que a protecção da vida privada assentou expressamente nas informações sobre a saúde.

O seu artigo 10.º passou a estabelecer o comando legal de que *“Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde”* (n.º 1).

Simultaneamente e a par deste direito de reserva da intimidade quanto aos dados clínicos, conferia ainda a possibilidade do próprio interessado conhecer essa mesma informação, fracturando o conceito hipocrático e tradicionalmente sacrossanto do sigilo médico, mesmo em relação ao próprio interessado.

E isto porque no art. 10.º, n.º 2, passou-se a determinar que *“Qualquer pessoa tem o direito de conhecer toda a informação recolhida sobre a sua saúde. Todavia, a vontade expressa por uma pessoa de não ser informada deve ser respeitada”*, salvaguardando, no entanto, no seu n.º 3 que *“A título excepcional, a lei pode prever, no interesse do paciente, restrições ao exercício dos direitos mencionados no n.º 2”*.

Depois desta brecha, seguiu-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [JOUE, 2007/C 303/01] que no seu art. 8.º n.º 1 passou a instituir que *“Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito”*.

Mas também aqui e mediante o seu n.º 2 passou a reconhecer-se um direito de acesso e controlo

---

<sup>21</sup> Aprovada, para ratificação, pela Lei n.º 65/78, de 13/Out.



Ministério da Saúde



ARS NORTE

Administração Regional  
de Saúde do Norte, I.P.

12/22

desses dados de carácter pessoal, ao consagrar que *“Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação”*.

Naturalmente que não nos podemos esquecer da Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, que ao estabelecer como seu objecto o respeito pelas liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos, com destaque para a preservação da sua vida privada, aclamou um conjunto de princípios básicos para a protecção desses dados.

Tais princípios consistem na lealdade e licitude do tratamento dos dados, destinados a uma finalidade restrita e legítima, mediante a sua pertinência, adequação, proporcionalidade, com a necessária exactidão e temporalidade [5.º], sujeitos a medidas de segurança apropriadas, designadamente contra a sua devassa [7.º], e mediante o controlo da pessoa visada [8.º].

Nessas medidas de controlo destaca-se o direito do “titular dos dados”, ou seja a pessoa identificada ou susceptível de identificação [2.º, al. a)] de tomar conhecimento da existência desse ficheiro automatizado e da identidade do respectivo responsável [8.º, al. a)], bem como de obter, conforme os casos, a rectificação ou mesmo a supressão desses dados, quando tenham sido tratados com a violação daqueles princípios básicos [8.º, al. c)].

Para o efeito estabeleceu-se que os dados de carácter pessoal relativos à saúde *“só poderão ser objecto de tratamento automatizado desde que o direito interno preveja garantias adequadas”* [6.º].

Assim, a par da consagração plena de um princípio da transparência e outro de controlo em relação ao tratamento dos dados de carácter pessoal, instituiu-se um princípio específico de segurança em relação aos dados sensíveis respeitantes à saúde.

A esta Convenção do Conselho da Europa que foi aprovada em 28 de Janeiro de 1981, mas apenas foi aprovada e ratificada por Portugal, respectivamente em 12 de Maio e 21 de Junho de 1993 [DR I-A, n.º 159 de 1993/Jul./09], seguiu-se, na parte que aqui releva, as Recomendações do Conselho da Europa que incidiram sobre esta temática, como seja a R (81) 1 sobre os Bancos de Dados Médicos Automatizados e R (97) 5 relativa à Protecção de Dados Médicos.

#### 4. As fontes normativas nacionais

A Constituição da República logo estabelece um núcleo duro de direitos fundamentais todos eles baseados na dignidade da pessoa humana [1.º], mediante a garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais [2.º].

Para o efeito instituiu o princípio da universalidade desses direitos [12.º, n.º 1], de modo que todos os cidadãos tenham a mesma dignidade social e igualdade de direitos [13.º], sujeitando a sua restrição ao princípio da intervenção mínima [18.º, n.º 2].

Aliás, os preceitos constitucionais e legais que consagram direitos fundamentais ou vertentes destes devem ser interpretados e integrados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos [16.º, n.º 2].

A força jurídica destes direitos fundamentais tem tanto uma directriz vinculativa na vertical, como na horizontal, porquanto sujeitam o Estado e as demais entidades públicas, como obrigam os demais cidadãos e entes privados a respeitá-las, estabelecendo, por isso, directivas de sentido perpendicular e “erga omnes” [18.º, n.º 1].

Um desses direitos fundamentais é o direito à reserva da intimidade da vida privada [26.º, 1], mediante garantias efectivas de tutela contra a obtenção e utilização abusiva de informações relativas às pessoas, designadamente à sua vertente mais íntima, ou contrárias à sua dignidade humana [26.º, n.º 2].

A par disso consagrou-se constitucionalmente o direito de acesso de qualquer pessoa aos dados informatizados que lhe digam respeito e de conhecer a finalidade desse tratamento [35.º, n.º 1], estabelecendo cláusulas gerais de proibição do tratamento de dados respeitante à vida privada [35.º, 3] e de acesso por parte de terceiros aos mesmos [35.º, 4], muito embora especificando as excepções ou deixando as mesmas para o legislador.

Essa tutela constitucional da vida privada tem igualmente reflexos civilísticos, seja na vertente generalista da tutela geral da personalidade [70.º Código Civil], seja na especificidade do direito de reserva sobre a intimidade da vida privada [80.º Código Civil], concebido como um autêntico “right to be alone”.

Também merece uma tutela penal ao nível dos crimes contra a reserva da vida privada [190.º a 198.º do Código Penal] com destaque para os crimes de devassa da vida privada [192.º], devassa por meio de informática [193.º] e violação de segredo [195.º].

A relevância da protecção da vida estende-se igualmente às relações laborais instituindo-se no actual Código do Trabalho<sup>22</sup> um dever juslaboral de “reserva da intimidade da vida privada” [16.º], de protecção dos dados pessoais do trabalhador [17.º] e de tratamento de dados biométricos apenas em certas condições [18.º].

A Base XIV da Lei de Bases da Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24/Ago. [DR I, n.º 195/90]<sup>23</sup>, ao enumerar o estatuto dos utentes, logo indicou que os mesmos têm direito a “*Ter rigorosamente respeitada a confidencialidade sobre os dados pessoais revelados*”

A protecção dos dados pessoais relativos à saúde também mereceu uma particular incidência com a regulação sobre a informação genética pessoal e informação da saúde através da Lei n.º 12/2005, de 26/Jan. [DR I-A, n.º 18].

Tal diploma veio claramente consagrar como titular da respectiva história clínica a pessoa a quem a mesma disser respeito, sendo as unidades do sistema de saúde onde esses ficheiros se encontram os respectivos depositários dessa informação [3.º, n.º 1].

No entanto o acesso a essa informação apenas pode ser efectuado por médico escolhido pelo titular dessa informação [3.º, n.º 3].

Como princípios estruturantes de protecção do tratamento da informação de saúde encontramos os seguintes: confidencialidade, segurança, controlo no seu acesso e o reforço do dever de sigilo [4.º, n.º 1].

De tal modo que o processo clínico apenas pode ser consultado pelo médico incumbido da prestação dos cuidados de saúde ou por outro profissional de saúde, desde que esteja obrigado a sigilo profissional e sob a supervisão daquele, mas sempre na medida do estritamente necessário [5.º, n.º 5].

Para além da tutela civilística e penal que a mesma deve ter, terá que merecer uma particular atenção e protecção por parte das unidades de saúde que, enquanto depositárias desses ficheiros clínicos, devem assegurar a respectiva protecção dos correspondentes dados de saúde.

Pese embora a especificidade da regulamentação decorrente da Lei n.º 12/2005, a informação sobre a saúde está ainda sujeita ao regime da protecção de dados pessoais instituído pela Lei n.º 67/98, de 26/Out. [D R I – A n.º 247], pois trata-se de dados sensíveis [7.º, n.º 1].

---

<sup>22</sup> Aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/Ago. [DR I-A, n.º 197] e revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12/Fev. [DR I-A, n.º 30]

<sup>23</sup> Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 27/2002, de 8/Nov.

Tal regulamentação consagrou, entre outras coisas, o direito de informação [10.º] e de acesso a esses dados [11.º], que por se tratar de dados respeitantes à saúde dever ser exercido por intermédio do médico escolhido pelo titular dos dados [11.º, n.º 5].

A par disso o responsável pelo tratamento desses dados deve assegurar as medidas adequadas de segurança [14.º, 15.º e 16.º] e a confidencialidade de tais dados [17.º].

Mas tratando-se de dados administrativos, como aqueles existentes em unidades de saúde públicas, o seu acesso está sujeito ainda à disciplina da Lei n.º 46/2009, de 24/Ago. [DR I, n.º 163], consagrando-se aqui que a comunicação de dados de saúde é feita por intermédio de médico “*se o requerente o solicitar*” [7.º].

### III. O direito fundamental à autodeterminação informativa

#### 1. Da “intimidade”, passando pela “privacidade” até à “reserva da vida privada”

O termo intimidade tem a sua raiz etimológica no vocábulo latino “*intimus*”, que corresponde àquilo que é pessoalmente mais encoberto ou recôndito, representando a nossa “personalidade clandestina” ou “secreta”.

Intimidade será então tudo aquilo que diz respeito ao “foro interno”, a nossa realidade introspectiva, e que tem como seu contraponto o “foro externo”, que traduz a nossa exposição social.

A designação de privacidade tem origem na ideia de “*privacy*” que tanto foi divulgada na doutrina, como na jurisprudência dos E.U.A. e que ao longo dos tempos tem sofrido uma evolução <sup>24</sup>.

Tal conceito foi inicialmente concebido como “*the right to be alone*”, de modo a obstar à intromissão da imprensa na vida privada dos cidadãos, sendo, por isso, perspectivado numa vertente negativa, até se situar, nos últimos tempos, como um direito de carácter positivo de protecção da pessoa, designadamente em relação à informática.

Porém o conceito estado-unidense de “*privacy*” não está predefinido, nem tem carácter unitário, assumindo diversas facetas, pois muito embora tenha surgido inicialmente por via doutrinal, veio a ser densificado e ampliado, de forma casuística, pela jurisprudência <sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> O conceito de “*privacy*” surge, pela primeira vez, num artigo de S. D. Warren y L. D. Brandis, intitulado “*The Right to Privacy*”, publicado na “*Harvard Law Review*”, n.º 4, no ano de 1890/91, a pág. 193 a 220.

A nível europeu a referência ao conceito de “*privacy*” teve bastante influência em Itália, onde chegou a ter uma grande aceitação, a par da noção de “*riservatezza*”, que queria significar “intimidade” ou “vida privada”, pretendo-se com ambos os conceitos acautelar-se o perigo da acumulação de dados informáticos.

A par destes conceitos e na falta de uma previsão constitucional para uma adequada tutela do bem jurídico em causa, surge igualmente o conceito de “liberdade informática”, para designar a protecção dos indivíduos face aos bancos de dados, mediante a faculdade dos mesmos poderem controlar as informações existentes a nível informático, passando a falar-se de um direito de “*habeas data*”, enquanto expediente para garantir a liberdade face à informática<sup>26</sup>.

Na Alemanha estes novos perigos informáticos encontraram a sua defesa na personalidade (“*persönlichkeitsrecht*”), mediante uma concepção aberta deste conceito, de modo a incluir, entre outras coisas, o direito de protecção de dados pessoais, uma vez que a Constituição desse país não consagrava expressamente um direito relativo à intimidade.

Foi assim que após a sentença do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983/Dez./15, a qual declarou inconstitucional algumas normas da Lei de Censo de 1982/Mar./31, consolidou-se o reconhecimento de um “*direito à autodeterminação informativa*”, como forma de proteger o cidadão face a um banco de dados, mediante informações prestadas e aí registadas.

Esse “*informationelle selbstestimmung*” consistia no direito de um indivíduo controlar a obtenção, a titularidade, o tratamento e transmissão de dados relativos à sua pessoa.

No entanto, será de referir que até então persistiu na jurisprudência alemã e desde 1973, na sequência de um acórdão também proferido pelo Tribunal Constitucional desse país, o entendimento que ficou conhecido pela “teoria das esferas” (“*Sphärentheorie*”).

Tal posição distinguia três níveis ou graus de protecção, a saber:

i) um respeitante à esfera íntima (“*intimsphäre*”), que se identifica com a noção de íntimo ou daquilo que temos de mais recôndito e secreto em qualquer pessoa,

---

<sup>25</sup> SERRANO PÉREZ, Maria Mercedes, no seu estudo sobre “El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español e comparado”, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 32.

<sup>26</sup> Por contraposição ou na sequência do “*habeas corpus*”, que é um procedimento para garantir a liberdade física, pois como refere Vittorio Frosini, no seu “Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici: una sintesi”, p. 295, citado por Maria Perez, “depois do direito de dispor livremente do corpo, do direito de expressar livremente o próprio pensamento, surge o direito de controlar a informação sobre a própria pessoa: é o direito de “*Habeas Data*”.



ii) outro referente à esfera privada (“*privatsphäre*”), que reporta-se à vida pessoal e familiar, a qual se pretende reservada e fora do conhecimento dos demais;

iii) um outro relativo à esfera individual (“*individualsphäre*”), que é tudo aquilo que individualiza uma pessoa, como a sua honra, o seu nome ou a sua imagem.

Em Espanha, na sequência do art. 18.º, n.º 4 da sua Constituição, onde se preceitua que “*La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*” e após a sentença do Tribunal Constitucional n.º 292/2000, de 30/Nov. [BOE, n.º 4, de 2001/Jan./04], ficou reconhecido um direito fundamental à protecção de dados – na doutrina falava-se num direito de autodeterminação informativa, liberdade informática ou num direito de privacidade.

O nosso Tribunal Constitucional tem considerado o direito à reserva da intimidade privada, a partir do art. 26.º da Constituição, como o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém pode penetrar sem autorização do respectivo titular e sujeito ao princípio da intervenção mínima na sua contração quando a mesma for necessária [Ac. n.º 368/02; 306/03, acessíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)].

E isto numa dupla faceta: o direito que permaneçam desconhecidos certos aspectos da sua vida privada, neles se incluindo os elementos respeitantes à saúde (1); o direito de controlar o conhecimento que terceiros tenham dela (2).

Daí que o direito à intimidade surja tanto como um direito de defesa em relação a qualquer intromissão na vida privada (“status” ou dimensão negativa), como um direito activo de controlo das informações que lhe dizem respeito (“status” ou dimensão positiva)<sup>27</sup>.

Mas então o que se deve entender por “vida privada”.

Como já referimos a tutela constitucional da reserva da intimidade da vida privada assenta no citado art. 26.º, n.º 1, da C Rep., que é uma das facetas específicas do direito de personalidade.

Para o efeito sugere-se que o conceito constitucional de vida privada deve operar-se conjuntamente com o conceito de dignidade humana, de modo a densificar aquele<sup>28</sup>.

Partindo do disposto no art. 80.º do nosso Código Civil, onde se protege o direito à reserva sobre a

<sup>27</sup> PÉRES LUÑO, António-Enrique, “El derecho a la intimidad en el Âmbito de la Biomedicina”, em AA.VV “Bioética Y Derechos Fundamentales”, Universidade de Sevilha, 2005, p. 109.

<sup>28</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital “Constituição da Republica Portuguesa Anotada, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, Vol I, 2007, p. 468.

intimidade da vida privada, enquanto uma das características da tutela geral da personalidade, encontramos aí um conceito amplo.

Nesse conceito amplo que vai desde a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual até outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, encontra-se o carácter privado do acesso aos dados sobre a saúde<sup>29</sup> ou mais precisamente sobre o seu estado de saúde<sup>30</sup>.

Também a citada Lei de Protecção de Dados Pessoais nos dá um conceito amplo de “Dados pessoais”, ao considerar como tal, no seu art. 3.º, al. a), *“qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”*.

Porém, no seu art. 7.º, já se restringe este conceito, quando se estabelece, como regra, sujeita a algumas específicas excepções, a proibição do tratamento de dados sensíveis, considerando como tal, no seu n.º 1 os *“dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos”*.

A propósito do direito informático, chegou-se a avançar como noção de vida privada, *“aquele conjunto de actividades, situações, atitudes ou comportamentos individuais que, não tendo relação com a vida pública (privada entendido como separado da coisa pública), respeitem estritamente à vida pessoal e familiar da pessoa”*<sup>31</sup>.

A tutela juslaboral, surgiu agora mais precisa com o actual Código do Trabalho, que no seu art. 16, sob a epígrafe “Reserva da intimidade da vida privada”, estabelece no seu n.º 1 que *“O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada”*.

Acrescenta-se no seu n.º 2 que *“O direito à reserva da intimidade da vida privada, abrange quer o*

---

<sup>29</sup> CAPELO de SOUSA, Rabindrananath, “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 316 a 325, com inúmeras notas exemplificativas.

<sup>30</sup> MOTA PINTO, Paulo “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, no BFDUC (1993), n.º 69, p. 526 e ss.

<sup>31</sup> GARCIA MARQUES, J. A. “Informática e vida privada” (1988), publicado na Separata do BMJ 373.

*acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente os relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas”.*

Por sua vez e no âmbito da tutela penal dos crimes contra a reserva da vida privada, mais concretamente no art. 192.º, n.º 1 do Código Penal, respeitante à devassa da vida privada, pune-se aí “*Quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual*”, mediante um leque alargado de modalidades de condutas típicas descritas nas alíneas que se lhe seguem, as quais visam conversas ou comunicações telefónicas [al. a)], fotografias, filmagens (pessoas, objectos ou espaços íntimos) [al. b)], observação ou escutas às ocultas, de pessoas em lugares privados [al. c)], divulgação de factos da vida privada ou doença grave [al. d)].

A propósito tem-se entendido que a noção de vida privada abrangida por este tipo legal de crime tem carácter restritivo, cingindo-se apenas à esfera nuclear da intimidade que é reconhecida a qualquer pessoa <sup>32</sup>.

Transpondo esta posição para o crime de devassa por meio de informática do art. 193.º do Código Penal considera-se igualmente como vida privada “o núcleo mais íntimo e restrito do conceito de vida privada; ou seja: trata-se tão-só da vida privada referida no art. 192.º, em especial a vida privada enquanto vida familiar ou sexual” <sup>33</sup>.

A jurisprudência tem trilhado estes caminhos ao considerar que estes tipos legais de crime tutelam apenas o núcleo duro da vida privada e mais sensível de cada pessoa, como seja a saúde, tratando-se de matéria reservada e fora do conhecimento das outras pessoas [Ac. R. Porto de 2006/Mai./31, na CJ III/210 e também acessível em [www.colectaneadejurisprudencia.pt](http://www.colectaneadejurisprudencia.pt)]

Isto significa que uma coisa é a incidência da tutela constitucional da reserva da vida, outra é a juscivilista, uma outra é a tutela administrativa ou a laboral e uma outra ainda é a tutela penal, que são diversos modos de protecção da vida privada, cada um com um enfoque e âmbito distintos <sup>34</sup>.

Mas em todas estas distintas tutelas da intimidade surge a protecção dos dados relativos à infor-

<sup>32</sup> COSTA ANDRADE, Manuel, no “Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial”, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 729.

<sup>33</sup> DAMIÃO da CUNHA “Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial”, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 747

<sup>34</sup> KAYSER, Pierre “La Protection de la Vie Privée par le droit – Protection du secret de la vie privée”, PU d’Aix-Marseille, Ed. Económica, 1995, p 318 e ss.

mação sobre a saúde, que reforçado pela nova tutela dos dados pessoais e do direito à intimidade informática, podemos aqui certamente descortinar um novo direito fundamental, sabido que “os direitos não nascem todos ao mesmo tempo. Nascem quando devem ou podem nascer”<sup>35</sup>.

Trata-se a nosso ver de um direito fundamental à autodeterminação informativa ou de protecção dos dados pessoais, tanto na sua vertente negativa de direito defesa contra intromissões, como na sua vertente positiva de controlo do acesso a essas informações, que surge como um autêntico “*habeas data*”<sup>36</sup>.

Este direito fundamental surge então como um complemento do direito à intimidade, ampliando a sua tutela jusfundamental, consolidando os níveis de controlo e de disposição sobre os dados de carácter pessoal, impondo simultaneamente específicos deveres de acção e de diligência para manter os mesmos em segurança e confidenciais em relação a terceiros<sup>37</sup>.

Por isso a protecção dos dados que dizem respeito à informação sobre a saúde, surgem como expressão do direito fundamental à autodeterminação informativa ou de protecção dos dados pessoais<sup>38</sup>.

## 2. A titularidade da informação sobre a saúde

A regulação legislativa da informação da saúde [Lei n.º 12/2005, de 26/Jan.], ao estabelecer no seu art. 3.º que a propriedade dessa informação é da pessoa a quem esses dados dizem respeito [n.º 1], consagrou, à primeira vista, a posição da propriedade material do doente ou utente dos serviços de saúde (i)<sup>39</sup>.

Afastou-se assim daqueles posicionamentos que assentavam na propriedade intelectual do médico (ii), que tem o seu fundamento na criação intelectual e científica desses profissionais de saúde.

Também não alinhou com a tese da propriedade das instituições de saúde (iii), que tem por base o entendimento de que é esta que presta os cuidados de saúde, organizando e detendo os respectivos

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto, “El tiempo de los derechos”, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 18, sendo nossa a tradução.

<sup>36</sup> ALVAREZ GONZÁLEZ, Susana, “Derechos fundamentales y protección de datos genéticos”, Madrid, Dykinson, 2007, p. 95, 110 a 117.

<sup>37</sup> SEOANE RODRIGUEZ, José António, “Ética, Derecho y datos personales”, “Cuadernos de Derecho Público, núms. 19-20 (Maio-Dezembro de 2003), p 112 e ss., 115.

<sup>38</sup> GÓMEZ RIVERO, Maria del Carmen, “La protección penal de los datos sanitarios – Especial referencia al secreto profesional médico”, Granada, Ed. Comares, 2007, p. 41 e ss.

<sup>39</sup> ALVAREZ GONZÁLEZ, Susana, ob. cit., p. 238, nota 656.

ficheiros clínicos.

E pelos vistos não acolheu igualmente a tese integradora ou ecléctica (iv), que tenta conjugar as posições anteriores, partindo do pressuposto que a história clínica tem componentes heterogéneas sob o ponto de vista jurídico.

Tratando-se de um direito de propriedade que tem por objecto um “processo clínico” poder-se-ia considerar que o respectivo proprietário “goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição” sobre esse processo [1305.º Código Civil].

Esta faculdade de “*jus utendi, fruendi et abutendi*” assenta numa concepção patrimonial do processo clínico, mas que não tem em atenção que esse “proprietário” não tem um direito de disposição do seu processo clínico, tendo inclusivamente um acesso condicionado e através de terceiros a essa informação médica [5.º, 5].

Assim será preferível falar na “titularidade da informação da saúde”, sabido que a principal finalidade da existência desse processo clínico é a prestação de cuidados de saúde, os quais devem ser garantidos mediante o respeito pelos direitos fundamentais, incluindo o direito de protecção dos dados de carácter pessoal ou de autodeterminação informativa <sup>40</sup>.

Essa titularidade e os direitos fundamentais que lhe estão imanentes densificam aquele direito de autodeterminação informativa, mediante a dimensão negativa de abstenção e positiva de controlo dos acessos.

A par disso essa titularidade tem igualmente limitações, porquanto e por exemplo o titular apenas pode aceder ao seu processo clínico através de um médico por si escolhido.

Isto significa que, em regra e sem o consentimento do respectivo titular ou mediante previsão legal, está vedado o acesso ao processo clínico a terceiros, considerando-se como tal qualquer pessoa que não esteja incumbida da prestação dos cuidados de saúde ao titular desses dados, o que sucederá inclusivamente em relação a outros médicos ou profissionais de saúde estranhos à relação médico-doente em causa.

---

<sup>40</sup> SEOANE RODRIGUEZ, José António, “A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos”, Revista “Derecho y Salud”, Vol. 10, n.º 2, Julho-Dezembro de 2003, p. 249.

Assim encontra-se totalmente interdita aquela prática que podemos designar de “voyeurismo sanitário” ou então que alguns apelidam de “violação grosseira” ou mesmo “boçal do dever de sigilo”, que é vista e sentida como “um facto lamentavelmente corrente”<sup>41</sup>.

Não sendo o titular dessa informação sobre a saúde um autêntico proprietário da mesma, não poderá o mesmo proceder ou requerer a eliminação de dados respeitantes à sua saúde que se encontrem registados no seu processo clínico.

#### **IV. Conclusões**

1. O direito à intimidade e privacidade evoluiu ao longo dos tempos, sendo actualmente complementado por um autêntico direito fundamental à autodeterminação informativa ou de protecção dos dados pessoais.
2. O paciente tem o direito de não só exigir que as instituições de saúde respeitem esse seu direito, como de que adoptem os mecanismos de segurança e de controlo dos dados pessoais respeitantes à saúde.
3. O acesso ao processo clínico deve ser restrito ao médico assistente, podendo em casos excepcionais e devidamente fundamentados esse acesso ser permitido a outros profissionais de saúde.
4. O acesso ao processo clínico inserido informaticamente deverá ficar sempre registado, identificando quem e quando acedeu ao mesmo.
5. O titular do processo clínico, que é o paciente, que se encontra informaticamente registado, deverá ter o controlo de quem e quando acedeu a esse seu processo.
6. O direito do titular da informação de saúde não tem uma relevância ou efeitos ilimitados que lhe possibilite eliminar um dado da sua saúde do seu processo clínico.

Porto, 16 de Julho de 2010

Joaquim Arménio Correia Gomes

---

<sup>41</sup> DIAS PEREIRA, André Gonçalo, “O Sigilo Médico: análise do direito português”, 2008, acessível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/10576/1/O%20Sigilo%20M%C3%A9dico.pdf>.