

**PAULO DESTRO**

**O SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO  
PENAL MÉDICO BRASILEIRO**

**Tese de Doutorado**

**Orientador: Professor Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2019**

**PAULO DESTRO**

**O SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL NO ÂMBITO DO DIREITO  
PENAL MÉDICO BRASILEIRO**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, como exigência parcial à obtenção do título de Doutor em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO  
São Paulo-SP  
2019**

### **Catálogo da Publicação**

Destro, Paulo

O sigilo médico profissional no âmbito do direito penal médico brasileiro / Paulo Destro. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.

173f.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos.

Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito – área de concentração, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, 2019.

1. Responsabilidade penal do médico. 2. Confidencialidade 3. Bioética. I. Campos, Roberto Augusto de Carvalho. II. Título.

CDU

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

Candidato: Paulo Destro

Natureza: Tese de Doutorado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Objetivo: Exigência parcial à obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Professor Doutor Roberto Augusto de Carvalho Campos

Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Data da Banca: \_\_\_\_\_

Professor Doutor Roberto Augusto de Carvalho Campos (Orientador)

---

Professor:

Titulação:

Instituição: Universidade de São Paulo

---

Professor:

Titulação:

Instituição:

---

Professor:

Titulação:

Instituição:

---

Professor:

Titulação:

Instituição:

---

Professor:

Titulação:

Instituição:

Aos pais (*in memoriam*), Hermenegildo Angelo Destro e Mitsuko Yonamine Destro, e a irmã Sandra Destro, a quem tive e tenho a oportunidade de dizer: *No desafio de cada conquista, quero deixar passar por mim, a voz sublime e a leveza de suas presenças, renovando o universo interior....*

Ao Dr. Antonio Minieri Júnior (*in memoriam*), médico e amigo de palavras afetuosas, que sabia curar a dor, escutar a alma e dizer: *É hora de recomeçar.*

À querida Maria Luiza Silveira Piedade, pela amizade.

E a Duque e Bob, companheiros de grande alegria e estimação.

## AGRADECIMENTOS

Ao Mestre Jesus, o intérprete de Deus.

Ao estimado orientador Prof. Dr. Roberto Augusto de Carvalho Campos, exemplo de admiração a ser seguido na carreira docente, pelo apoio e estímulo de sua orientação durante toda a pós-graduação *stricto sensu*, cujos ensinamentos foram essenciais para o desenvolvimento desta tese.

À Dalva Veramundo Bizerra de Souza, Secretária do Departamento de Direito Penal, pelo constante incentivo.

Aos respeitáveis Professores Doutores Arnaldo Guilherme e Janaína Conceição Paschoal, pelos essenciais apontamentos no exame de qualificação da tese, resultando no aprimoramento desta pesquisa científica.

Aos Professores Doutores Álvaro Villaça Azevedo, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Dabus Maluf, Luciano Anderson de Souza, Miguel Reale Júnior, Renato de Mello Jorge Silveira e Vicente Greco Filho, cujos ensinamentos nas disciplinas cursadas na pós-graduação *stricto sensu* contribuem para um melhor desempenho profissional e acadêmico.

À amiga Valderéz Deusdedit Abbud (Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo), da qual tive a honra de ser aluno e aprender as primeiras lições de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, e cuja sensibilidade e brilho de suas aulas foram determinantes para o ingresso no Ministério Público Paulista, transmitindo, ainda, a vocação para o estudo permanente do Direito, com palavras que só a minha alma pode compreender.

Ao amigo Marco Vinício Petrelluzzi (Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo e Advogado), pelo apoio.

Meu coração abraça a todos.

“Entra em processo com teu próximo, mas não reveles o segredo de outrem”

Provérbios – 25:9

“Tem coisas que o coração só fala para quem sabe escutar!”

Francisco Cândido Xavier

Segue o teu destino,  
Rega as tuas plantas,  
Ama as tuas rosas.  
O resto é a sombra  
De árvores alheias.

A realidade  
Sempre é mais ou menos  
Do que nós queremos.  
Só nós somos sempre  
Iguais a nós próprios.

Suave é viver só.  
Grande e nobre é sempre  
Viver simplesmente.  
Deixa a dor nas aras  
Como ex-voto aos deuses.

Vê de longe a vida.  
Nunca a interrogues.  
Ela nada pode  
Dizer-te. A resposta  
Está além dos deuses.

Mas serenamente  
Imita o Olimpo  
No teu coração.  
Os deuses são deuses  
Porque não se pensam.

1-7-1916  
Odes de Ricardo Reis  
Fernando Pessoa

DESTRO, Paulo. *O sigilo médico profissional no âmbito do direito penal médico brasileiro*. 2019. 173f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

## RESUMO

O presente trabalho é produto de uma reflexão, na dogmática penal brasileira, sobre a atual situação do sigilo médico profissional, cuja conduta médica adequa-se na tipificação do crime de violação do segredo profissional, com considerações e críticas no âmbito da bioética, do Direito Penal e bem jurídico e no Direito Processual Penal-Constitucional, envolvendo as questões da intimidade e privacidade. Para o desenvolvimento do estudo do tema, foram expostos e analisados, nos seus aspectos gerais, o Direito Penal Médico, a confidencialidade e a responsabilidade penal médica punível em decorrência da revelação de sigilo médico profissional.

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal do médico – Confidencialidade – Bioética

DESTRO, Paulo. *Professional medical confidentiality under brazilian medical criminal law*. 2019. 173p. PhD Thesis, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

### **ABSTRACT**

The work herein is the result of a reflection, within Brazilian criminal dogmatics, on the current situation of the professional medical confidentiality, which medical conduct fits in the classification of professional confidentiality violation crime, with considerations and reviews in the fields of bioethics, Criminal Law and legal asset, and in the Criminal-Constitutional Procedural Law involving the issues of intimacy and privacy. In order to develop the study of the subject herein, the Medical Criminal Law, the confidentiality, and the medical criminal liability punishable as the result of the disclosure of professional medical secrecy were exposed and analyzed in their general aspects.

**Keywords:** Criminal liability of the physician - Confidentiality - Bioethics

DESTRO, Paulo. *Le secret médical professionnel dans le domaine du droit pénal médical brésilien*. 2019. 173p. Thèse (Doctorat). Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2019.

## RÉSUMÉ

Le présent travail est le résultat d'une réflexion, dans le domaine de la dogmatique juridique brésilienne, concernant la situation actuelle du secret médical, dont la conduite répond à la classification du crime de violation du secret professionnel, avec considérations et critiques dans le domaine de la bioéthique, du Droit Pénal et du bien juridique et dans le cadre du Droit Procédural Pénal-Constitutionnel, en impliquant les questions de la vie privée et de l'intimité. Pour le développement de l'étude sur le thème, ont été exposés et analysés, dans leurs aspects globaux, le Droit Pénal Médical, la confidentialité et la responsabilité pénale médicale punissable en conséquence de violation du secret médical professionnel.

**Mots-clés:** Responsabilité pénale médicale – Confidentialité – Bioéthique

DESTRO, Paulo. *Il sigilo medico professionista nell'ambito del diritto penale medico brasiliano*. 2019. 173p. Tesi (Dottorato). Facoltà di Diritto dell'Università di São Paulo, São Paulo, 2019.

## RIASSUNTO

Il presente lavoro è il risultato di una riflessione, nella dogmatica penale brasiliana, sull'attuale situazione della segretezza medico professionale, la cui condotta medica si adegua nella tipizzazione del delitto di violazione del segreto professionale, con considerazioni e critiche nell'ambito della bioetica, del Diritto Penale e bene giuridico e nel Diritto Processuale Penale-Costituzionale, coinvolgendo i quesiti dell'intimità e privacy. Per lo sviluppo dello studio del tema, sono stati esposti e analizzati, nei loro aspetti generali, il Diritto Penale Medico, la confidenzialità e la responsabilità penale medica punibile nel caso di render noto il sigillo professionale.

**Parole chiave:** Responsabilità penale del medico – Confidenzialità – Bioetica.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>OBJETIVO</b> .....	14
<b>MÉTODO</b> .....	14
<b>1. DIREITO PENAL MÉDICO BRASILEIRO: ÂMBITO DE ESTUDO DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL</b> .....	17
1.1 O princípio ético do segredo médico e sua interação com o Direito Penal.....	18
1.2 Segredo e sigilo: conceitos e a experiência jurídico-penal.....	29
1.3 Bem jurídico penalmente protegido no sigilo médico profissional.....	40
1.4 Natureza integrativa, interdisciplinar e hermenêutica.....	52
<b>2. CONFIDENCIALIDADE: FUNDAMENTOS DA BIOÉTICA, BIOTECNOLOGIA, GENÉTICA E RELEVÂNCIA NA CIÊNCIA PENAL</b> .....	63
2.1 O sigilo médico profissional sob a ótica da bioética.....	64
2.2 Confidencialidade: Deontologia e Direitos Humanos .....	78
2.3 Confidencialidade e Ciências Penais: Biotecnologia, dados clínicos, biobancos.....	82
<b>3. TUTELA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E EXTENSÃO DA CONFIDENCIALIDADE NO DIREITO À PROVA</b> .....	89
3.1 Tutela constitucional da intimidade e direito à privacidade.....	90
3.2 Direito de não saber.....	95
3.3 Direito à prova desvinculado da teoria geral do processo.....	100
3.4 Ministério Público: requisição de prontuário médico e perícias .....	109
<b>4. RESPONSABILIDADE PENAL EM DECORRÊNCIA DA REVELAÇÃO DE SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL</b> .....	119
4.1 Fontes jurídicas penais: breve resenha histórica.....	120
4.2 Omissão e posição de garantidor .....	130
4.3 Conduta médica punível e o segredo médico.....	140
<b>CONCLUSÕES</b> .....	155
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	157

## INTRODUÇÃO

É certo que não há uma expressiva literatura jurídica sobre o sigilo médico profissional no âmbito do *Direito Penal Médico brasileiro*. Não há, também, estudos e estatísticas do exato número de ações penais, em decorrência da responsabilidade penal médica, no exercício profissional.

É sabido quão importante e relevante é o papel dos médicos na estrutura da sociedade atual, que por estar desequilibrada por situações de massas, geram suas próprias doenças, tornando-se necessária a presença da Medicina, essa arte e ciência de evitar ou curar doença, ou de atenuar seus efeitos.

Apesar da escassa bibliografia específica, a questão do segredo médico e a responsabilidade penal dos médicos decorrente da revelação de sigilo profissional é tão antiga quanto o Direito e a Medicina.

Atualmente, o tema *O sigilo médico profissional no âmbito do Direito Penal Médico brasileiro* tem despertado enorme interesse.

O Poder Judiciário nacional, em suas várias instâncias, está a todo instante, deparando-se com procedimentos e processos referentes ao presente tema, o que se deve, por um lado, ao aspecto da Medicina de massa e, por outro, a invocação da prestação jurisdicional, para a responsabilização penal dos médicos.

Serve a presente pesquisa para apresentar, inclusive por razões históricas, a importância desse tema e lançar as bases mais relevantes para a sua compreensão axiológica e ética, através de encadeamentos visualizadores. Para atingir os objetivos a que se propõe, a presente tese é composta de quatro capítulos.

No capítulo 1, destacamos no plano da responsabilidade jurídico-penal, na legitimação jurídica da atuação médica e nos interesses de proteção dos pacientes, dentre as novas áreas problemáticas para o *Direito Penal Médico Brasileiro*, o sigilo médico profissional. Evidenciamos a falta de literatura jurídica sobre os contornos do princípio ético do segredo médico e sua interação com o Direito Penal, a ausência sistemática e de debate no seu cerne de questão, a ser amplamente partilhada em seus aspectos éticos, jurídicos e médicos e, ainda, a necessidade de uma compreensão mais profunda na dogmática penal brasileira.

Também, neste capítulo, abordamos que a percepção singular e harmônica dos termos *segredo* e *sigilo* ou, ainda, segredo médico e sigilo médico profissional constitui-se em terreno fértil e sinuoso para equívocos.

Desenvolvemos, ainda, neste capítulo, a análise perceptiva da construção dogmática do bem jurídico, no campo do *Direito Penal Médico Brasileiro*, de questões relacionadas com a tutela e responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional.

E, finalizamos o capítulo 1, compreendendo que o estudo do *Direito Penal Médico Brasileiro* deve ser concebido como verdadeira ciência penal, em uma visão programática, orgânica e unitária, de caráter interdisciplinar, integrativa e hermenêutica, positivada no espaço e no tempo, concretizada na história.

No capítulo 2, da presente pesquisa científica, objetivou-se considerar que o segredo médico e o sigilo médico profissional associam-se ao vasto leque de temas bioéticos, biotecnológicos e genéticos, com consequências relevantes na ciência penal, tutelando-se a confidencialidade a respeito de determinados fatos.

Analisamos, neste aspecto, que as proposições que envolvem a confidencialidade, enfrentadas cotidianamente na prática médica, estão associadas à bioética, termo usado pela primeira vez, em um artigo publicado em 1970, pelo médico americano Van Rensselaer Potter, com o título *Bioethics, the science of survival*.

Para uma melhor análise conjuntural dessas ponderações, constatou-se que viver em sociedade implica em atos, fatos e outras ocorrências que necessitam ser mantidos em confidencialidade, por razões de proteção individual. Na área da saúde, o segredo médico requer uma proteção maior, correlacionado à deontologia médica e aos postulados éticos-morais que devem ser cumpridos.

No capítulo 3, observamos que o exercício da profissão médica está permeado por elementos éticos-disciplinares abarcando não somente a esfera do Direito Penal, mas outras áreas, como constitucional, civil, administrativo e processual; cuja relevância ultrapassa as relações pessoais, motivando questões de ordem pública e predispondo a normatização.

Neste capítulo, analisamos as discussões doutrinárias envolvendo a intimidade e a vida privada, valores positivados no ordenamento jurídico.

Analisa-se, ainda, o *direito de não saber*, vez que a confidencialidade, a privacidade e o sigilo profissional estabelecem valores cuja reflexão não se limita na esfera do sigilo médico profissional.

A ponderação em torno da relevância assumida pelo segredo médico implica na questão do sigilo profissional no âmbito da prova penal, cuja natureza decorre de razões extraprocessuais, delineados pela tutela da intimidade, abrangendo justificativas individuais ou fundamentos coletivos na preservação do sigilo médico profissional.

E, finalizamos o capítulo 3, considerando que, no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá requisitar informações, exames periciais e documentos para instruir procedimentos ou processos em que officie; sendo o membro do Ministério Público responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

No capítulo 4, trata-se pormenorizadamente da responsabilidade penal médica, pela imputação a alguém que seja detentor de segredo alheio, de revelação de sigilo médico profissional, com interpretações distintas em diversos ordenamentos jurídicos e sobre o qual a legislação penal brasileira dedicou, do mesmo modo, como objeto jurídico de proteção, o dispositivo elencado no artigo 154, do Código Penal.

Analisa-se, também, as diversas fontes normativas que nos fornecem uma panorâmica acerca da responsabilidade penal decorrente da revelação de sigilo médico profissional.

No panorama doutrinal penalístico brasileiro, patenteia-se escasso o enquadramento dogmático da natureza da omissão e da posição de garante, em relação aos médicos, envolvendo o sigilo médico profissional. Estabelecemos com precisão os conceitos de ação, omissão e de posição de garante, no âmbito da responsabilidade penal médica.

E finalizamos o capítulo 4, analisando os fundamentos do segredo médico, na relação pessoal de confiança na ética clínica, entre médico e paciente, cuja revelação resultava em questionamentos do comportamento médico a ser penalmente responsabilizado.

## OBJETIVO

O objetivo desta tese é demonstrar no plano da responsabilidade jurídico-penal, na legitimação jurídica da atuação médica e nos interesses de proteção dos pacientes, dentre as novas áreas problemáticas para o *Direito Penal Médico Brasileiro*, o sigilo médico profissional.

Enfatiza-se o conceito de *Direito Penal Médico Brasileiro* e, também, nas questões da atuação médica, seja no Brasil ou em outros países, ser usual aos especialistas em Direito e Medicina, pesquisadores e outros profissionais vinculados ao exercício científico da Bioética, uma percepção singular e harmônica dos termos *segredo* e *sigilo* ou, ainda, segredo médico e sigilo médico profissional; terreno fértil e sinuoso para equívocos. No âmbito da confidencialidade, o sigilo médico profissional é enfocado sob a ótica da bioética, deontologia e direitos humanos.

Discute-se que o exercício da profissão médica está permeado por elementos ético-disciplinares abarcando não somente a esfera do Direito Penal mas outras áreas, como constitucional, civil, administrativo e processual; cuja relevância ultrapassa as relações pessoais, motivando questões de ordem pública e predispondo a normatização.

Evidencia-se que Direito e Medicina constituem-se em ciências prudenciais, éticas e propriamente analógicas e nesta conjuntura, a responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional impele a nossa atenção para a necessidade do segredo médico ser compreendido no contexto em que a Medicina é exercida atualmente.

## MÉTODO

A presente tese foi desenvolvida a partir da investigação analítica e dogmática do Direito Penal Médico, âmbito de estudo do sigilo médico profissional, tema pouco avançado na dogmática penal brasileira; mas que inspira pesquisadores no estrangeiro.

O Direito Penal Médico é uma importante área do Direito, que merece estudo e aprofundamento, principalmente no que se refere à responsabilidade penal dos médicos em decorrência da revelação de sigilo médico profissional, diante das controvérsias que lhe são inerentes e que proporcionam debate frutífero sobre as possibilidades e limites desta matéria.

Em um primeiro momento, são pesquisados os aspectos históricos do princípio ético do segredo médico, justapondo o Direito Penal e a Medicina, numa visão conceitual e, tendo em vista que em sua atividade profissional, o médico se depara com situações nas quais pode ser responsabilizado penalmente em decorrência da revelação de sigilo médico profissional, é necessário o estudo e a compreensão da aplicação de sua natureza integrativa, interdisciplinar e hermenêutica.

A partir da ideia geral desse desenvolvimento, acrescenta-se a isso, a concatenação do método dialético no desenvolvimento posterior desta pesquisa, através de livros, alguns raros, aliados aos artigos científicos e posições doutrinárias modernas e atuais, para a melhor compreensão da confidencialidade sob os fundamentos da bioética, biotecnologia, genética e relevância na ciência penal e, na essência do trabalho, a responsabilidade penal do médico em decorrência da revelação de sigilo médico profissional.

Em razão disso, depreende-se a atualidade e a relevância do objeto de estudo.

Observe-se, ainda, que a pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo e analítico. A investigação vincula-se, eminentemente, ao Direito Penal brasileiro, de aproximações com ciências afins e, sem prejuízo do trabalho científico desenvolvido no panorama internacional. Diante da carência de estudo desta instigante especialidade jurídica, a presente pesquisa visa a contribuição original à ciência jurídica brasileira, com o aprofundamento do estudo do sigilo médico profissional e toda a problemática que o cerca, a partir de temas relativos à responsabilidade penal médica, tendo em vista a legislação, a doutrina e a jurisprudência pertinentes.



## 1. DIREITO PENAL MÉDICO BRASILEIRO: ÂMBITO DE ESTUDO DO SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

O intitulado *Direito Penal Médico* suscita, tão intensamente, no Brasil e em outros países, estudo acadêmico<sup>1</sup> de significativa e híbrida disciplina da ciência penal, envolvendo diversos ramos do saber, dentre os quais, a Medicina<sup>2</sup> Forense, e tem sido campo fértil quanto as questões de seu próprio desenvolvimento, no que concerne à atividade médica com as suas especificidades, exteriorizada em seu exercício profissional.

A propósito, já se afirmou que o “direito penal vem ao mundo (ou seja, é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma sociedade* que concretamente se organizou de *determinada maneira*”<sup>3</sup> e, neste contexto, conceituamos *Direito Penal Médico Brasileiro* como o estudo ordenado e sistemático<sup>4</sup>, de natureza interdisciplinar, integrativa e hermenêutica, das normas e princípios éticos, envolvendo questões deontológicas e bioéticas, tutelando bens jurídicos penalmente protegidos, que disciplinam as relações jurídicas constituídas entre a conduta médica punível, os pacientes e as instituições de saúde.

Neste âmbito, destaca-se no plano da responsabilidade jurídico-penal, na legitimação jurídica da atuação médica e nos interesses de proteção dos pacientes, dentre as novas áreas problemáticas para o *Direito Penal Médico Brasileiro*, o sigilo médico profissional.

---

<sup>1</sup>Discorrendo sobre o tema, quanto a autonomia do *Direito Penal Médico*, em conferência realizada na Universidade de Coimbra pelo professor da Faculdade de Direito de Freiburg im Breisgau, na Alemanha e na época, Diretor do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*: ESER, Albin. Perspectivas do direito (penal) da medicina. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1 e 2, p. 11-63, nov. 2004. Vide, também, em Portugal, pelo uso da expressão *Direito Penal Médico*: RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 11.

<sup>2</sup>Vide: NIGRE, André Luis; ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de (Orgs.). *Direito e medicina: um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>3</sup>BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007. p. 19.

<sup>4</sup>Dissertando sobre o Direito Penal Brasileiro: “A adoção de um sistema aberto, substituindo o sistema axiomático, permitirá que não haja obstáculos ao desenvolvimento social e jurídico. Ao contrário que possa parecer, o sistema aberto não consiste no abandono de todo e qualquer sistema, mas, ao contrário, os conceitos são integrados por termos jurídicos definidos de modo exato, representados pela linguagem ordinária, que possui um sentido jurídico, além de predicativos valorativos que são indeterminados no seu conteúdo. A indeterminação da linguagem ordinária, em vez de tornar-se um inconveniente sob a perspectiva jurídica, pode ser aproveitada para garantir a abertura do sistema.” CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 124.

## 1.1 O princípio ético do segredo médico e sua interação com o Direito Penal

As relações sociais ocorrem em diversos campos da atividade humana e na “prática comunicativa do cotidiano, as interpenetrações cognitivas, as expectativas morais, as expressões e valorações têm de qualquer modo que se interpenetrar”<sup>5</sup>, com múltiplos delineamentos no desempenho de funções, ofícios ou profissões.

No concerto das profissões, a Medicina contempla situações das mais distintas, em razão da natureza singular do ofício médico contemporâneo<sup>6</sup>, das quais estão inseridas e constituídas, gradativamente, em um contexto intrincado e incerto.

Por força disso, é certo que a “Medicina dos nossos dias não actua unicamente entre os limites tradicionais da profilaxia e da terapêutica, posto que estes mesmos conceitos se tornaram cada vez mais abrangentes, abarcando realidades diversas”<sup>7</sup> e não é de se estranhar “quanto à visão da experiência jurídica como um momento da vida ética”<sup>8</sup>, esteja o segredo, paulatinamente questionado, dentre os fundamentos próprios às relações definidas no exercício da Medicina.

O segredo médico, desde sua origem distante, em todo o tempo<sup>9</sup>, sempre despertou singular interesse à ciência penal, desafiando conceitos fundadores da ética, transpondo diversas interpretações e formas de proteção, no exercício da prática médica.

---

<sup>5</sup>HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003. p. 33. (Biblioteca Tempo Universitário; n. 84: estudos alemães). Traduzido do original alemão *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*.

<sup>6</sup>Em visão crítica, temos que: “A tendência da medicina do século XX foi a crescente especialização. Isso decorreu do grande progresso da ciência e da tecnologia, tornando impossível seu domínio por um homem só. Embora tenha trazido enorme benefício para assistência ao doente, em áreas restritas do conhecimento, também resultou em um grande mal – fragmentou a medicina – e, por consequência, extinguiu o clínico geral de antigamente, fez desaparecer o médico de família, procrastinou o aparecimento do generalista. Poucos são os expoentes remanescentes dessa transformação.” MORAES, Irany Novah. *Longevidade: viver mais e melhor*. São Paulo: Ed. Roca, 2004. Prefácio XI.

<sup>7</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. op. cit., p. 16.

<sup>8</sup>REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37.

<sup>9</sup>“É que, desde tempos imemoriais, o respeito ao sigilo acompanhou sempre a arte de curar, tal como a sombra segue o corpo. Esse fato, somando-se aos numerosos, frequentes e complexos problemas que o tema desperta, justificam a intensa preocupação que o envolve, dando origem a copiosíssima literatura. Sempre a classe médica considerou o segredo como algo imperioso, apanágio inapartável do seu mister. De começo, partilhando do caráter sacramental de que se revestia a profissão. Depois, como dever de lealdade inerente à natureza da assistência que ela se destina a prestar. Assim se firmaram os costumes, que aos poucos os tribunais foram tornando compulsórios, até por fim o surgimento de leis escritas que lhe acresceram o selo de real obrigação jurídica.” GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976. p. 102-103.

Consoante as considerações do médico e professor universitário, Dr. Pinto da Rocha<sup>10</sup>, em sua obra<sup>11</sup> publicada em 1935, para uma visão histórico-penal da origem célebre do segredo médico, demonstrando que a sua história nos acompanha através dos tempos:

Revolver o passado, nesta época de cometimentos futuristas, tem pelo menos na aparência, o mérito da ousadia. As pesquisas que encetamos, na necessidade de esclarecer este ponto, quase resultaram inúteis. Reduzidíssimas fontes pudemos encontrar e que autenticassem este ponto da ética profissional. Remotamente, vamos encontrar o Segredo Profissional no *Rig-Veda* e no *Agur-Veda* (Ciência da Vida), livros sagrados indianos, em cujas páginas, o espírito místico dos *fakirs* deixou inscritos os mais elevados preceitos de moral. Entre os Hebreus e os Egípcios, o médico e o sacerdote, eram a mesma pessoa. O mesmo indivíduo dava conta dos dois recados, tendo como profissional, a ajuda terapêutica das orações, queremos crer, de surpreendentes efeitos práticos. Cinco séculos antes de Jesus Cristo, vamos encontrá-lo na Grécia, incluído no juramento de *Hyppocrates*. [...] Ainda como elemento histórico, poderemos ver em Cícero, quando nos diz: *Medici qui thalamos et tecta aliena subeunt, multa tegere debent etiam loesi quamvis difficile tecere cum doleas* – a afirmação de que os altos princípios morais do juramento de *Hyppocrates*, eram respeitados e seguidos pela civilização romana. Mais modernamente, embora a quase três séculos, os Estatutos da Faculdade de Medicina de Paris, de 1598, davam em seu art. 38, a fórmula do juramento profissional, mas somente em 1600, quando o Parlamento os oficializou, foi que o nº 19 dos artigos suplementares, estipulou estritamente: *ne devait révéler les secrets des malades*. Mais não nos foi possível coligir, sobre a origem histórica do segredo médico. Entretanto, quando outras não houvesse, só esta remota fonte nos bastaria, para ponto de apoio seguríssimo, das conclusões a que pretendemos chegar. A origem hipocrática, continua hoje de pé e geralmente aceita por todos os que abordam o problema.

Do ponto de vista cronológico e metódico<sup>12</sup>, o estudo da origem célebre do segredo médico e de suas reflexões, atualmente, no âmbito do Direito Penal, remonta aos mais

<sup>10</sup>Paulo Arthur Pinto da Rocha (1912–1982): Membro da Academia Nacional de Medicina no Rio de Janeiro. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA – ANM. Disponível em: <<http://www.anm.org.br>>. Acesso em: 25 out. 2017.

<sup>11</sup>ROCHA, Arthur Pinto da. *O segredo profissional: aspectos jurídicos e médicos*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1935. p. 16-20.

<sup>12</sup>Ao longo da história “Medicina e Direito travam individualmente uma luta constante para identificar a melhor forma de atuação que lhes poderia garantir os objetivos que a natureza lhes determinou, e também, para assegurar ‘uma forma qualquer de ordem’ racional que lhes orientasse e explicasse as condutas que deveriam tomar na prática diária. [...] Esta submissão do Direito e da Medicina a um conjunto de regras específicas, ou seja, a um método que determina a validade de seus instrumentos ou mecanismos de atuação, ao mesmo tempo que permite justificar as falhas e os erros que porventura ocorram, também garante a progressão da importância e da credibilidade que têm na sociedade, visto possibilitarem sempre sua renovação, por meio do surgimento de novos instrumentos e novas técnicas com maior credibilidade ainda (evolução do Direito e progresso da Medicina).” PALMEIRA, Sérgio. *Direito, medicina e poder: ideologia, artificios e consequências*. São Paulo: Arte Brasil Ed., 2012. v. 1, p. 25-26.

longínquos períodos da humanidade, iniciando a partir dos escritos hipocráticos<sup>13</sup> redigidos em grande parte sob a forma de sentenças conceituais breves – os aforismos.

Na origem da Medicina grega<sup>14</sup>, Hipócrates<sup>15</sup> tem representado, desde a Antiguidade, a principal referência de todos aqueles que se dedicam ao estudo do segredo médico:

Naquela época gloriosa da Grécia, quando Péricles dava novo impulso às artes, Heródoto e Tucídides escreviam as páginas imortais de suas histórias, Fídias esculpia no mármore as formas puras do ideal helênico de beleza, Sófocles e Eurípedes abalavam as almas da mutidão, e como que um impulso para a grandeza e a glória e um esforço para a liberdade e a beleza percorriam toda a Grécia, eis que surgia também um médico, ao mesmo tempo o mais sábio e experiente na sua arte. Do mesmo modo que aqueles grandes homens gravaram de modo indelével suas individualidades na história de seu país e de sua arte, assim Hipócrates, o médico e o mestre, dominou as escolas e os médicos de sua época. Ele se eleva acima da medicina sacerdotal e da empírica e reúne, em sua pessoa, idealizada através dos séculos, todos os conhecimentos do passado. Caminhando para novas investigações e conceitos, ele se impôs como a personalidade médica mais importante e completa da antiguidade. Os dados biográficos a respeito de Hipócrates são tomados da biografia escrita por Sorano no segundo século depois de Cristo. Derivam de informações provenientes do terceiro século a.C. e de provas existentes nos escritos de outros autores gregos, especialmente Platão (*Protágoras*, cap. 311, parte B, *Fedro*, cap. 270, par. C–E). A data de seu nascimento deu lugar a muita discussão, mas os historiadores estão geralmente de acordo para aceitar as afirmações de Sorano, segundo o qual ele nasceu em 460 ou 459 a.C., na pequena ilha de Cós. Teria morrido, segundo alguns, em 355 a.C., com a avançada idade de cento e quatro anos; segundo outros, com noventa e cinco anos; certamente, e aqui estão acordes todos os biógrafos, em idade muito avançada.

<sup>13</sup>Vide os esclarecimentos da obra hipocrática, realizados pelo Dr. José Dias de Moraes, em 1958: “Os Aforismos fazem parte do *Corpus Hippocraticum*, extenso compêndio de obras e recomendações médicas. O principal mérito da filosofia de Hipócrates foi a abordagem puramente natural das doenças e a recusa às interpretações mágicas e religiosas predominantes na época. Usou como fonte de informação primordial a análise clínica do corpo humano, considerado um todo único, cujo estado de saúde dependia do equilíbrio entre as diferentes partes que o compõem. Segundo ele, o trabalho do médico consiste mais em apoiar os recursos próprios da natureza para harmonizar o estado dos órgãos doentes com o resto do corpo que em aplicar métodos terapêuticos radicais.” HIPÓCRATES. *Aforismos*. Tradução do Dr. José Dias de Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 43.

<sup>14</sup>No *Vocabulaire des Institutions Indoeuropéennes*, Émile Benveniste, mostra que nos seus começos a arte médica era bem um exercício de sabedoria (*prudencia, phrónesis*), a raiz MED – significava ‘tomar com autoridade as medidas apropriadas a uma dificuldade actual; reconduzir à norma – por um meio consagrado – uma perturbação definida’; e o substantivo MEDES – ou MODO – designaria a ‘medida comprovada que devolveria a ordem a um estado de perturbação’ [...] a determinação da justa medida era o propósito do acto médico. Com efeito, no corpus hipocrático, saúde é eumetria, doença é desajuste, *adikia* ou *kákon*, o maior dos males [...] Ao mistério da doença e do padecer respondeu o mito, a interrogação, a profecia, o silêncio, a oração, o segredo”. MARQUES, Manuel Silvério. *O espelho declinado: natureza e legitimação do acto médico*. Lisboa: Edições Colibri, 1999. p. 57-58.

<sup>15</sup>Muito se tem discutido sobre a sua existência: Para Geoffrey Ernest Richard Lloyd, historiador e professor na Universidade de Cambridge, os tratados hipocráticos, tais como os conhecemos, são todos anônimos. Vide: “The Hippocratic treatises, as they have come down to us, are all anonymous”. LLOYD, Geoffrey Ernest Richard. Introduction. In: LLOYD, Geoffrey Ernest Richard. *Hippocratic writings*. London: Penguin Classics, 1983. p. 10.

Escavações recentes feitas em Cós trouxeram à superfície os restos de um antigo templo de Esculápio e também uma estátua verdadeiramente bela do quarto século a.C. que pode ser tida na realidade, como a representação mais antiga de Hipócrates que foi conservada.<sup>16</sup>

Com efeito, floresceu no século V a.C., na Grécia, em uma pequena ilha do mar Egeu – a ilha de Cós – próximo ao litoral da Ásia Menor, a escola médica que mudou os rumos da Medicina, sob a inspiração de Hipócrates, o paradigma de todos os médicos:

Não há dúvida: viveu realmente, durante a segunda metade do século V a.C., um médico grego chamado Hipócrates. Nascido na ilha de Cós, membro de uma ilustre família de médicos, produziu impressão profunda e duradoura em seus contemporâneos; sua reputação profissional era a melhor possível. As gerações posteriores consagraram-no como o "pai da medicina", mas nem tudo o que a tradição clássica conservou tem fundamento histórico. A existência de Hipócrates coincidiu aproximadamente com a Guerra do Peloponeso e com a efervescência cultural de Atenas. Na época [...], ou pouco antes, circulavam entre médicos, discípulos e interessados alguns textos de medicina [...] que, hoje, sabemos serem de autoria desconhecida mas, ainda na Antiguidade, foram atribuídos a Hipócrates. Esses textos podem ter formado o que hoje chamamos de "o núcleo mais antigo" da coleção hipocrática. Se alguns deles eram, efetivamente, os textos escritos em dialeto jônico que conhecemos, abordavam a saúde, a doença, a prática da medicina de forma inovadora. Por volta de 500 a.C., os médicos gregos já haviam começado a dissociar a medicina das práticas mágico-religiosas dos séculos anteriores [...] Na época de Hipócrates, sem abandonar o conhecimento empírico herdado de seus antecessores [...], trouxeram progressivamente à medicina especulações teóricas e procedimentos baseados na observação rigorosa do doente e da doença, na busca incessante de explicações racionais para a doença e de instrumentos eficazes para o tratamento do doente. Grande parte da técnica especulativa e argumentativa por eles empregada, refletida na literatura médica que chegou até nós, fora aprendida dos filósofos pré-socráticos; em contrapartida, muitos filósofos incorporaram conceitos de fisiologia e medicina aos seus sistemas filosóficos, como por exemplo o pitagórico Filolau de Crotona, contemporâneo de Sócrates [...] No final do século V a.C., porém, os médicos se empenhavam energeticamente em desvincular a medicina da

<sup>16</sup>CASTIGLIONI, Arturo. *História da medicina*. Tradução de R. Laclette. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1947. v. 1, p. 174-175. Vide, também: “Segundo o verbete da *Suda*, Hipócrates morreu com 104 anos. O que provavelmente constitui um exagero do autor: outras fontes falam de 85 ou 90 anos (Littré, 1835). Mesmo se levarmos em consideração a idade mais baixa, 85 anos, Hipócrates teria vivido mais tempo do que a maioria de seus contemporâneos. Pode-se argumentar que o poeta Píndaro viveu cerca de 80 anos e Górgias de Leontino, 108 anos, mas suas datas de nascimento e morte são um tanto controversas. Vejamos, por outro lado, o tempo de vida de alguns gregos [...] cujas datas de nascimento e morte não são tão controvertidas: Sócrates viveu 70 anos; Platão, 81; Aristóteles, 62; Aristófanes, 61; Eurípides, 79. A média é de, mais ou menos, 70 anos, o que situaria a morte de Hipócrates na primeira ou segunda década do século IV a.C. Ultrapassar os 50 anos de idade não era muito comum naquela época. Escavações arqueológicas em Metaponto, rica cidade grega do extremo sul da Península Itálica, descobriram ossadas de 272 pessoas que ali viveram entre 600 e 250 a.C. O estudo dos esqueletos revelou que a expectativa média de vida dos adultos era de 42 anos para os homens e de 39 para as mulheres; o esqueleto mais antigo tinha pouco mais de 50 anos [...] Assim, acredita-se que Hipócrates no momento de sua morte tivesse entre 60 e 70 anos no máximo.” CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. *Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença*. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 2005. p. 18. (Coleção história e saúde).

filosofia e em reconhecê-la como [...] uma "arte", autônoma. É possível que um desses médicos pioneiros tenha sido Hipócrates de Cós. Suas opiniões eram, certamente, inovadoras, e se sua competência se resumiu apenas à divulgação ou transmissão desses conceitos, não se sabe. Ignoramos também se ele chegou a escrever realmente alguma coisa. Mas era tão grande sua fama e tão alta sua reputação que muitos textos médicos, revolucionários ou não, acabaram sendo-lhe atribuídos. Assim se formou, provavelmente, o núcleo inicial do *Corpus hippocraticum*, a famosa *coleção hipocrática*. Com o passar dos séculos, a fama de Hipócrates tornou-se cada vez maior. Surgiram numerosas lendas a seu respeito e muitos textos médicos, escritos com certeza muito depois de sua morte, continuaram sendo-lhe sistematicamente atribuídos. Báquio de Tânagra conhecia, no século III a.C., cerca de vinte e três livros [...]; mais tarde, no século X d.C., a coleção já continha quase sessenta tratados, distribuídos em mais de setenta livros.<sup>17</sup>

Cinco séculos antes de Jesus Cristo, Hipócrates ditou aos seus discípulos uma regra de conduta, pautando a atuação do médico, nas suas relações com os outros indivíduos; princípio que a posteridade acolheu para fazer do segredo médico, invariavelmente, na escala de valores, a afirmação ideal de padronização, constituindo-se em código de honra e de dignidade. É perceptível, assim, que o exercício da arte médica exige uma confiança:

As relações entre os que sofrem e os que curam, entre doentes e médicos, estabelecem entre eles um vínculo alicerçado em recíproca confiança: – necessita o médico não apenas ver, examinar, palpar, escutar, sentir, mas, ainda, conhecer os antecedentes hereditários, o passado familiar e mórbido do cliente, para comparar, analisar, deduzir e estabelecer um diagnóstico. Muitas vezes há necessidade de exumar fatos que o doente preferiria ocultar ou conservar esquecidos; relembra-los, por mais obscuros que pareçam, por mais escabrosos que possam ser. O médico inquire, exige a verdade, penetra fundo no mais íntimo da vida do paciente – e não raro até as profundezas do subconsciente, trazendo de lá a certeza da existência de sentimentos, de paixões, de recalques, às vezes nem mesmo suspeitados pelo seu cliente. Desnuda-lhe a alma, antes de fazê-lo ao corpo, para examinar-lhe o organismo. [...] Por sua vez, vê-se o doente na necessidade de colocar o profissional ao corrente dos fatos da sua vida, de permitir este exame minucioso e rigoroso, de abrir-se inteiramente, narrando-lhe talvez os mais íntimos segredos, descobrindo-lhe o passado e desvendando-lhe o presente, para dar-lhe os elementos necessários e capazes de auxiliá-lo na tarefa nem sempre fácil de chegar a uma conclusão diagnóstica [...] Da parte do cliente há de haver a maior exatidão; da parte do médico, justo é que se lhe exija, conseqüentemente, a mais completa discrição. Nem poderia ser de outra maneira.<sup>18</sup>

<sup>17</sup>CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. op. cit., p. 11-12.

<sup>18</sup>CABRAL, Oswaldo R. *O segredo médico em face da lei penal e da deontologia*. 1951. Tese (Livre-Docente da Cadeira de Medicina Legal) - Faculdade de Direito de Santa Catarina, Florianópolis, 1951. p. 11-12.

Das traduções das obras de Hipócrates, duas são clássicas: a tradução francesa de Littré<sup>19</sup> e a tradução inglesa de Jones<sup>20</sup> e no livro *Da Arte*, atribui-se a Hipócrates, a definição da medicina e seu principal objetivo: “Quanto à medicina, tal como eu a concebo, penso que o seu objetivo, em termos gerais, é o de afastar os sofrimentos do doente e diminuir a violência das suas doenças, abstendo-se de tratar os doentes graves para os quais a medicina não dispõe de recursos”.<sup>21</sup>

O primeiro aforismo hipocrático: “A vida é curta, a Arte é longa, a ocasião fugidia, a experiência enganadora, o julgamento difícil. É preciso fazermos, não somente o que é conveniente, mas, fazermos também com que o doente, os assistentes e as coisas exteriores concorram para isto”<sup>22</sup>, revela “uma reflexão filosófica sobre o exercício da medicina como arte.”<sup>23</sup> As obras reunidas, sob o título de *Corpus Hippocraticum*<sup>24</sup> ou Coleção

<sup>19</sup>HIPPOCRATE. *De l'art. Hippocrate: oeuvres complètes*. Tradução E. Littré. Paris: Javal et Bourdeaux, 1933. Vide, também: SOURNIA, Jean Charles. *História da medicina*. Tradução de Jorge Domingues Nogueira. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

<sup>20</sup>HIPPOCRATES, *The art. Hippocrates*. Tradução W. H. S. Jones. Cambridge, Harvard University Press, 1972. v. 2. (The Loeb Classical Library).

<sup>21</sup>Nesta definição atribuída a Hipócrates, “não há menção a ‘consolar’; ao contrário, o médico deveria abster-se de tratar os doentes graves, para os quais a medicina não dispõe de recursos [...] No comentário sobre o livro *Da Arte*, Littré refere-se ao caráter desumano dessa prática. Era uma tradição da medicina grega não acolher no *Asklepeion*, que era um misto de hospital e templo consagrado a Asclépio, deus da medicina, os doentes terminais ou incuráveis. É evidente que, não sendo da época de Hipócrates, o referido aforismo é de data posterior. O apelo ao sentimento piedoso de solidariedade humana como missão adicional do médico nos faz crer na influência do cristianismo [...] o médico deveria cuidar dos doentes sem possibilidade de cura (consolar sempre)” REZENDE, Joffre Marcondes de. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Ed. Unifesp, 2009. p. 55-56.

<sup>22</sup>HIPÓCRATES. op. cit., p. 45.

<sup>23</sup>“Este é o primeiro dos aforismos de Hipócrates, o Pai da Medicina, de quem, apesar da fama, pouco se sabe. Nasceu por volta de 460 a.C., na ilha grega de Cós, próximo à Ásia Menor, e faleceu – data também aproximada – em 377 a.C. Teria aprendido medicina com seu pai; o exercício da profissão levou-o a viajar extensamente pelas cidades gregas. Há dúvidas também sobre a autoria dos escritos a ele atribuídos, redigidos em grande parte sob a forma de sentenças conceituais breves, os aforismos. A época em que viveu foi de grande efervescência intelectual na Grécia, Péricles, Ésquilo, Eurípedes, Sófocles e Aristófanes estando entre seus contemporâneos. Não é de admirar, portanto, que o primeiro de seus aforismos, acima, seja uma reflexão filosófica sobre o exercício da medicina como arte. É uma constatação melancólica mas muito realista, sobretudo no que se refere à dificuldade de julgamento – particularmente problemático numa época em que o diagnóstico dependia exclusivamente da capacidade de observação do médico e na qual os recursos terapêuticos eram ínfimos. [...] Com todas essas limitações, a medicina hipocrática foi a primeira que adquiriu a conotação de ciência.” SCLIAR, Moacyr. *A paixão transformada: história da medicina na literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 30-31.

<sup>24</sup>Sobre a formação e tradição do *Corpus Hippocraticum*, vide, na Espanha, Carlos García Gual, escritor, filólogo e professor da Universidad Complutense de Madrid: “La colección de escritos médicos griegos que se nos ha transmitido con la denominación general de *Corpus Hippocraticum* comprende algo más de medio centenar de tratados, en su mayoría de breve extensión, redactados generalmente en un estilo conciso y referidos a una amplia temática, que va desde consideraciones generales sobre la profesión y ética del médico a los estudios sobre fisiología y patología, dietética y ginecología. En el cómputo habitual más preciso, la *Colección* contiene cincuenta y tres tratados en setenta y dos libros, pero la exactitud de la clasificación reposa sobre una distinción de obras y títulos un tanto convencional. Estos textos están redactados en prosa jonia, es decir, en el dialecto literario en que se expresan los primeros filósofos, historiadores y científicos griegos, y este rasgo dialectal resulta muy significativo: la prosa jonia era el

hipocrática, consistem em sessenta e seis tratados sobre temas relacionados ao corpo humano, acrescidos de um juramento, que deveria ser prestado pelo médico ao iniciar a aprendizagem da arte médica.

A tradução do juramento<sup>25</sup> de Hipócrates<sup>26</sup> mais citada e tida como a mais próxima do original grego está em *Oeuvres complètes d'Hippocrate*, edição bilingue, publicada por E. Littré, pela Editora J.B. Ballière, em 1844, cujas palavras imortais do juramento histórico, destaca em todas as suas linhas, a probidade profissional, o respeito próprio, a obrigação moral de agir para o benefício de outrem:

Eu juro por Apolo, médico, Esculápio, Higéia e Panacéia, tomando os deuses e deusas por testemunhas, que cumprirei este juramento e este compromisso com o máximo das minhas forças e da minha inteligência. Considerarei ao que me ensinou esta arte como se fôra meu próprio Pai; repartirei com ele os meus bens e o ajudarei nas suas necessidades, se necessário for; terei seus

---

medio de comunicaci3n intelectual prestigiado en esa 3poca del mundo griego. Poco importa que en Cos se hablara un dialecto d3rico, ni la procedencia diversa de los m3dicos que colaboraron en la *Colecci3n*. Es f3cil comprender, por otro lado, que este dialecto fuera muy influido por el 3tico (que pronto sustituy3 al jonio como lengua habitual de la prosa hist3rica y filos3fica) y que encontremos en los textos variantes dialectales que no s3lo sean producto del descuido de los copistas. Reunidos por la com3n atribuci3n al famoso Hip3crates de Cos (que vivi3 hacia 460-380 a. C.), estos tratados de medicina constituyen la primera colecci3n de textos cient3ficos del mundo antiguo. El n3cleo originario de la colecci3n estuvo, seg3n podemos conjeturar sin gran esfuerzo, en la biblioteca que albergara la venerable escuela de los Asclepiadas de la isla de Cos; es decir, la biblioteca m3dica, especializada y profesional, que fue propiedad, creaci3n y herencia, de los miembros del gremio y la familia del mismo fundador, el renombrado Hip3crates. Sus libros estaban llamados a conservar – al margen de las enseanzas orales de las pr3cticas y t3cnicas terap3uticas transmitidas directamente – las ideas y la doctrina del maestro, formando un repertorio de perenne utilidad, y un instrumento te3rico de referencia imprescindible para estudiantes y profesionales de una actividad m3dica constituida ya como oficio t3cnico, y, a la par, como arte y ciencia positiva y aplicada, es decir, como *t3chn3*.” GARCÍA GUAL, Carlos. *Tratados hipocr3ticos*. Madrid: Editorial Gredos, 1983. v. 1, p. 9-10.

<sup>25</sup>“*Juramento*, conhecido popularmente por ‘Juramento de Hip3crates’, 3 a um s3 tempo o mais curto e o mais famoso tratado da cole33o hipocr3tica. A universalidade das obriga33es e deveres especificados em suas cl3usulas influenciou t3o fortemente a cultura ocidental que o texto se tornou modelo de todos os c3digos de 3tica adotados pelos m3dicos e at3 por profissionais de outras 3reas. O texto faz parte, provavelmente, do grupo mais antigo da cole33o; em muitos manuscritos ele 3 o texto inicial. Deve ter sido escrito entre 430 e 379 a.C.” CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. op. cit., p. 151.

<sup>26</sup>“Havia um deus tutelar da medicina, Ascl3pio ou Escul3pio, e duas deusas, Panac3ia, a divindade da cura, e Hig3ia, da sa3de. Esta 3ltima era uma manifesta3o de Atena, a deusa da raz3o; significando, obviamente, que a manuten33o da sa3de dependia de medidas racionais. Essa racionalidade Hip3crates ampliar3, chegando a uma ruptura com o pensamento m3gico-religioso. Para ele, a doen3a est3 ligada 3 realidade, ao cotidiano do indiv3duo. [...] No lugar dos preceitos religiosos surge a 3tica. O juramento dos m3dicos, atribuido a Hip3crates, estabelece regras de conduta para a pr3tica profissional. Come3a com uma prudente invoca33o aos deuses, Apolo, Escul3pio, Hig3ia, Panac3ia e todos os outros – provavelmente destinada a evitar confus3o com o clero (afinal, por ter negado os deuses, S3crates teve de tomar cicuta). Logo em seguida vem o tributo aos mestres (‘Dedicarei a meu mestre de medicina respeito igual ao que dedico ao autor de meus dias [...]’), o compromisso com o ensino, visto como obriga33o corporativa (‘Instruirei com preceitos, li33es e demais m3todos de ensino meus filhos, os de meu mestre, meus disc3pulos... e a ningu3m mais’). Seguem-se coisas que o m3dico n3o deve fazer: n3o deve dar veneno, mesmo a pedido da pessoa; n3o deve praticar o aborto nem a cirurgia urol3gica da talha, que competia a operadores. Finalmente, as atitudes morais: guardar segredo, n3o seduzir mulheres nem rapazes. Para Hip3crates, quem quisesse se dedicar 3 medicina deveria ter voca33o e uma capacidade 3mpar de dedica33o ao estudo e ao trabalho.” SCLIAR, Moacyr. op. cit., p. 33-34.

filhos por meus próprios irmãos e lhes ensinarei a arte, se desejarem aprendê-la, sem retribuição nem contrato e o farei por preceitos, lições e por todos os demais meios, não só a meus filhos como aos filhos de quem me a ensinou e aos discípulos ligados por compromisso e juramento, conforme a lei dos médicos – e a ninguém mais. O sistema que adoto, de acordo com todas as minhas forças e com o melhor da minha inteligência, é para beneficiar os pacientes e não para prejudicá-los, nem para qualquer finalidade nociva. Não darei a quem quer que seja, veneno mortal, ainda que seja por ela pedido, nem darei conselho de tal desígnio; também não darei a mulher alguma pessário para provocar o aborto.

Mantereí a minha vida e a minha arte com pureza e santidade. Qualquer que seja a casa em que penetre, entrarei nela para beneficiar o enfermo; abstendo-me de qualquer ato voluntário de maldade ou corrupção, especialmente da sedução de mulheres e de homens, sejam livres ou sejam escravos. **QUAISQUER QUE SEJAM AS COISAS QUE VEJA OU OUÇA, REFERENTES À VIDA DOS HOMENS, EM MINHA ASSISTÊNCIA AO DOENTE, OU FORA DELA, QUE NÃO DEVAM SER DIVULGADAS, GUARDAREI DELAS SILÊNCIO, CONSIDERANDO-AS COMO SEGREDOS RELIGIOSOS.** Se cumprir este juramento e não o quebrar – que me seja concedido gozar a vida e praticar a arte com boa reputação entre todos os homens, por todos os tempos; mas que o contrário suceda, se transgredir e violar meu juramento.<sup>27</sup>

Existem algumas versões do juramento que o médico faz ao colar grau em Medicina, das quais destacamos:

Juro por Apolo, médico, por Asclépios, Higéia, e Panacéias, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas cumprir conforme o meu poder e a minha razão o juramento cujo texto é este: estimarei como aos meus próprios pais aquele que me ensinou esta arte e com ele farei vida em comum, e se tiver alguma necessidade, partilhará dos meus bens, cuidarei dos seus filhos como meus próprios irmãos, ensinar-lhes-ei esta arte, se tiverem necessidade de aprendê-la, sem salário, nem promessa escrita; farei participar dos preceitos das lições e de todo o restante do ensinamento, os meus filhos, os filhos do mestre que me instruiu, os discípulos inscritos e arrolados de acordo com as regras da profissão, mas apenas esses. Aplicarei os regimes, para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, nunca para prejudicar ou fazer mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal, nem conselho que o induza à destruição. Também, não darei a uma mulher um pessário abortivo. Conservarei puras a minha vida e a minha arte. Não praticarei a talha ainda que seja em calcuroso (manifesto), mas deixarei essa operação para os práticos. Na casa onde eu for, entrarei para o bem dos doentes, abstendo-me de qualquer mal voluntário, de toda sedução e sobretudo dos prazeres do amor com mulheres ou com homens, sejam livres, sejam escravos; o que no exercício ou fora do exercício e no comércio da vida eu vir ou ouvir que não seja necessário revelar, conservarei como segredo. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, goze eu a minha vida e a minha arte com boa reputação entre os homens e para sempre; se dele me afastar ou infringir, suceda-me o contrário.<sup>28</sup>

<sup>27</sup>CABRAL, Oswaldo R. op. cit., p. 10.

<sup>28</sup>MORAES, Irany Novah. *Erro médico*. 2. ed. ampl. São Paulo: Ed. Santos-Maltese, 1991. p. 15-16.

Juro por Apolo médico, Asclépio, Hígia, Panacéia e todos os deuses e deusas, e os tomo por testemunhas que, conforme minha capacidade e discernimento, cumprirei este juramento e compromisso escrito: considerar igual a meus pais aquele que me ensinou esta arte, compartilhar com ele meus recursos e se necessário prover o que lhe faltar; considerar seus filhos meus irmãos, e aos do sexo masculino ensinar esta arte sem remuneração ou compromisso escrito, se desejarem aprendê-la; compartilhar os preceitos, ensinamentos orais e todas as demais instruções com os meus filhos, os filhos daquele que me ensinou, os discípulos que assumiram compromisso por escrito e prestaram juramento conforme a lei médica, e com ninguém mais; utilizarei a dieta em benefício dos que sofrem, conforme minha capacidade e discernimento, e além disso repelirei o mal e a injustiça; não darei, a quem pedir, nenhuma droga mortal, nem recomendarei essa decisão; do mesmo modo, não darei a mulher alguma pessário para abortar; com pureza e santidade conservarei minha vida e minha arte; não operarei ninguém que tenha a doença da pedra, mas cederei o lugar aos homens que fazem essa prática. Em quantas casas eu entrar, entrarei para benefício dos que sofrem, evitando toda injustiça voluntária e outra forma de corrupção, e também atos libidinosos no corpo de mulheres e homens, livres ou escravos. O que vir e ouvir, durante o tratamento, sobre a vida dos homens, sem relação com o tratamento, e que não for necessário divulgar, calarei, considerando tais coisas segredo. Se cumprir e não violar este juramento, que eu possa desfrutar minha vida e minha arte afamado junto a todos os homens, para sempre; mas se eu o transgredir e não o cumprir, que o contrário aconteça.<sup>29</sup>

Na França, Raymond Villey, tendo sido professor na Faculdade de Medicina de Caen, não duvida da autenticidade do *Juramento*<sup>30</sup>, mas considera pouco provável que tenha sido elaborado por Hipócrates:

<sup>29</sup>“Comentários: O texto do *Juramento* foi estruturado em tres partes principais: *invocação* [...], *cláusulas* [...] e *imprecação*. As *cláusulas* apresentam, sequencialmente, dois tipos de compromissos: o primeiro se refere a um pacto familiar e corporativo; o segundo estabelece um código de conduta pessoal e profissional para o médico. Na *invocação*, há, em primeiro lugar, um apelo dirigido a Apolo, Asclépio, Hígia e Panacéia, divindades tutelares da prática médica; em segundo lugar, certamente para não incorrer em impiedade, aos demais deuses. A *imprecação* final evoca a costumeira punição aos que juram em nome dos deuses e não cumprem o prometido. Fórmulas solenes de invocação aos deuses e penalização dos violadores de juramentos, ainda que presentes desde cedo na cultura grega, são ainda mais antigas e têm, provavelmente, origem oriental. [...] A função dessas fórmulas era, naturalmente, conferir aos juramentos um caráter solene e sagrado, desnecessário em contratos privados amparados por lei e tribunais, mas essencial em pactos de ordem moral. [...] A menção a lei médica [...], que evoca a existência de regras definidas, parece indicar que na época do tratado as antigas famílias médicas já estavam se organizando em confrarias ou corporações profissionais. Além dos vínculos familiares, religiosos, afetivos e legais, para seus membros o segredo era essencial; daí a expressão ‘e a ninguém mais’ [...] Outras traduções deste tratado para línguas modernas estão indicadas [...] Littré, 1844; Jones, 1923; Edelstein, 1943; Joly, 1964; Chadwick e Mann, 1978; Lami, 1983; Lara Nava, 1983; Rocha Pereira, 1998.” CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. op. cit., p. 153-167.

<sup>30</sup>Tradução livre: “Cinq cents ans avant J.-C. – et peut-être davantage –, des élèves et des médecins grecs prêtaient ce serment devant leurs maîtres, et celle cérémonie consacrait leur admission parmi les Asclépiades. Dans nos facultés, aujourd’hui, les docteurs en médecine prononcent, à quelques mots près, les mêmes paroles. Le ‘serment d’Hippocrate’ a traversé les siècles... L’authenticité du texte n’est pas douteuse. Mais il est peu probable qu’Hippocrate en personne l’ait composé. La plupart des spécialistes supposent qu’il est antérieur à Hippocrate, quelques-uns l’ont dit plus récent. Le serment a toujours fait partie de la ‘collection hippocratique’, c’est-à-dire de la soixantaine d’ouvrages qui, dans des manuscrits tardivement retrouvés ou par des traductions arabes, sont parvenus jusqu’à nous.” VILLEY, Raymond.

Quinhentos anos antes de Cristo - e talvez mais - alunos e médicos gregos tomaram esse juramento diante de seus mestres, e essa cerimônia consagrou sua admissão entre os Asclepiades. Em nossas faculdades, hoje, os médicos pronunciam, com algumas palavras, as mesmas palavras de outrora. O "juramento hipocrático" passou pelos séculos ... A autenticidade do texto não é duvidosa. Mas é improvável que o próprio Hipócrates o compôs. A maioria dos especialistas supõem que o juramento é anterior à Hipócrates, outros afirmam ser um pouco mais recente. O juramento sempre fez parte da "Coleção Hipocrática", ou seja, das sessenta obras que, nos manuscritos encontrados tardiamente ou nas traduções árabes, chegaram até nós.

Convém esclarecer, que apesar da divergência sobre a autoria do conjunto de textos que compõem esse *corpus*; é inegável a importância dos escritos hipocráticos e a influência deste *Juramento* no ensino e prática médicos, de alto significado e valor simbólico:

Os escritos que constituem o *Corpus Hippocraticus* são sem dúvida aqueles aos quais o nome do grande sábio está ligado. Ultimamente, a crítica histórica foi capaz de distinguir nesta grande coleção de escritos médicos alguns que, obviamente, vêm de autores de períodos e escolas diferentes, outros que podem ser atribuídos ao próprio Hipócrates ou àqueles, como seu genro Políbio, que lhe eram chegados. Foi certamente, e sobre isso não há sombra de dúvida, o médico mais afamado de seu tempo, mas, também, o investigador mais profundo e o mais agudo observador; foi o chefe da escola médica mais florescente de sua época, que reuniu em torno de si muitos discípulos e espalhou seu ensino através de todo o mundo grego e mesmo para além deste.<sup>31</sup>

Passados mais de dois milênios da origem dos textos gregos a que denominamos *Corpus Hippocraticum*<sup>32</sup>, no Brasil, Francisco de Castro<sup>33</sup>, em seu discurso no ato de

---

*Histoire du secret médical*. Paris: Éditions Seghers, 1986. p. 12. Nesse sentido, vide: ALLAMEL-RAFFIN, Catherine; LEPLÈGE, Alain; MARTIRE JUNIOR, Lybio. *História da medicina*. Tradução de Aquiles Von Zuben. Aparecida-SP: Ed. Ideias & Letras, 2011. p. 18.

<sup>31</sup>CASTIGLIONI, Arturo. op. cit., p. 178.

<sup>32</sup>“A historiografia da medicina ocidental percebe o *Corpus hippocraticum* como um momento precioso de um percurso onde perdas e ganhos resultaram no que hoje reconhecemos como a medicina de nossos tempos. A partir do século XIX, a medicina, por sua associação com a tecnologia material, passou a ser a área do saber humano que guarda uma relação muito notória com o seu tempo. Contudo, foi justamente a notoriedade dessa relação que impulsionou a incorporação do *Corpus hippocraticum* na memória da medicina. [...] o fascínio que o *Corpus hippocraticum* exerce em todos os que o lêem deve-se à riqueza de temas que ele entrega à reflexão e aos laços que ele mantém com o classicismo grego. Todavia, esse fascínio pode ocultar uma armadilha. As ideias presentes na medicina atual, sobretudo as mais pragmáticas, cujas origens remotas são atribuídas costumeiramente ao *Corpus hippocraticum*, foram muito frequentemente filtradas pela mente romana de Galeno e pelas mãos sistematizadoras de outros pensadores, como, por exemplo Avicena. Assim, devemos entender o *Corpus hippocraticum* como o momento inaugural de uma norma forma de pensar o corpo, a natureza e mesmo a relação entre homens e deuses.” Id. *Ibid.*, p. 37-38. Vide, ainda, as considerações críticas à Galeno (“Quem abriu o caminho para a medicina hipocrática fui eu”) e Avicena (“autor de um *Canon* médico, contendo considerações teóricas, descrição de doenças, regra de higiene e questões como: [...] não será o amor uma doença mental?”): SCLIAR, Moacyr. op. cit., p. 40 e 50, respectivamente.

<sup>33</sup>Francisco de Castro nasceu em 17 de setembro de 1857, na cidade de Salvador, então província da Bahia. Graduou-se em Medicina pela Faculdade de Medicina da Bahia, em 1879. Professor catedrático de Clínica Propedêutica e diretor da Faculdade Nacional de Medicina, no Rio de Janeiro, em 1901. Orador e poeta, foi

colação do grau de doutor em Medicina, em 1897, destacou o princípio ético do segredo médico:

No exercício da arte clínica, qualquer que seja o ramo predileto do vosso, há um princípio de deontologia que não desertareis em caso nenhum; princípio que é o eixo do vosso valor moral, a base da simpatia espontânea, da afeição desinteressada, da confiança efetiva dos vossos clientes; uma necessidade e um dever já unisonantemente reconhecidos e conclamados pelo sentimento dos povos cultos, muito antes que os antigos legisladores o houvessem fundido no bronze das leis, perpetuando-o nas provisões dos códigos escritos. Tal é, senhores, o segredo médico.<sup>34</sup>

Como fica demonstrado, no Brasil, não será necessário recuar mais no tempo, para verificarmos a falta de literatura jurídica sobre os contornos do princípio ético do segredo médico e sua interação com o Direito Penal, evidenciando a ausência sistemática e de debate no seu cerne de questão, a ser amplamente partilhada em seus aspectos éticos, jurídicos e médicos e que, ainda, necessita de uma compreensão mais profunda da dogmática penal brasileira.

---

eleito para a Academia Brasileira de Letras, em 10 de agosto de 1899, na sucessão do Visconde de Taunay. Faleceu em 11 de outubro de 1901, no Rio de Janeiro, vítima de uma pneumonia pestosa contraída no exercício da clínica. FIOCRUZ. Disponível em: <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br>>. Acesso em: 05 set. 2017.

<sup>34</sup>CASTRO, Francisco de. *Discursos do Professor Francisco de Castro*. Rio de Janeiro: Typographia Besnard Frères, 1902. p. 5. Vemos no Discurso proferido em 23 de janeiro de 1897, mantida a grafia original: “No exercício da arte clínica, qualquer que seja o ramo predilecto do vosso labor, ha um principio de deontologia que não desertareis em caso nenhum; principio que é o eixo do vosso valor moral, a base da sympathia espontanea, da affeição desinteressada, da confiança effectiva dos vossos clientes; uma necessidade e um dever já unisonantemente reconhecidos e conclamados pelo sentimento dos povos cultos, muito antes que os antigos legisladores o houvessem fundido no bronze das leis, perpetuando-o nas provisões dos códigos escriptos. Tal é, senhores, o segredo medico. Repetistel-o ha pouco, sob a sua formula academica, pela palavra insinuante de um dos vossos collegas, no momento da investidura doutoral; observae-o de hoje em deante como um dogma que não pôde soffrer a fallencia da minima excepção; observae-o nas questões que tocam a intimidade da familia no mesmo pé de integridade com que nas multipliques relações da medicina legal, questões de matrimonio, questões de testamento, questões de herança, questões de molestias dissimuladas, questões de seguros de vida e tantas outras; observae-o em todas as emergencias; sobreponde-o á sedução de todos os interesses; dae-lhe uma voz superior ao grito de todas as paixões, ainda quando resulte do vosso sigillo a perseguição á innocencia ou a protecção ao crime. Jamais vos esqueça que ao segredo da vossa profissão estão congenialmente associadas, desde os dias de HIPPOCRATES, a honra do vosso ministerio e a dignidade do vosso nome; e que esse segredo ou ha de ser formal e absoluto, ou, si o não for, não passará de um embuste grosseiro, de uma arlequinada indecorosa, de uma farça infamante de um homem de bem. O culto do indeclinavel preceito da ethica profissional, cuja intransigencia acabo de recommendar-vos, impõe-se a nós-outros medicos sob a mesma inspiração do decoro e em nome dos mesmos canones da moralidade” CASTRO, Francisco de. *Discursos do Professor Francisco de Castro*. Disponível em: <<http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Em 1935, o Dr. Pinto da Rocha já alertava da falta do enfrentamento das questões decorrentes da atuação médica<sup>35</sup>, envolvendo o segredo médico, debatido timidamente no Direito Penal brasileiro e assim se expressava:

De resto, quer no terreno médico, quer fora dele, que saibamos, ainda a jurisprudência dos tribunais brasileiros, não teve ocasião de se manifestar. Evidentemente, essa pobreza franciscana da literatura jurídica brasileira, repousa sem dúvida, na carência de fatos, de ocorrências que levadas ao conhecimento do poder judiciário, motivassem o seu pronunciamento. O mesmo, porém, não se verifica em relação a outros países, onde a jurisprudência é varia e abundante. Em nenhum país, talvez, tenha sido o problema tão amplamente discutido. E será difícil na hora atual, encontrar na pátria de Pasteur, um médico, obscuro ou famoso, da cidade ou do campo, que não tenha emitido sua opinião. É assunto de infinita complexidade, pela desmedida extensão dos casos particulares e diversos que concretiza.<sup>36</sup>

Concluir-se-á, que no exercício profissional e privado, especificamente em tema de segredo, o silêncio determinado ao médico visa coibir a divulgação ou a propagação de fatos conhecidos na prática da atividade médica, limitando o acesso de terceiros a revelação não consentida, sob uma regência moral e ética, de maneira a assegurar o pleno exercício da vontade do paciente, porquanto o “temor da quebra dos segredos poria em cheque a liberdade de atuação da vontade”<sup>37</sup> deste paciente ou de seus familiares, garantindo e protegendo, assim, a dignidade das pessoas, em um Estado de Direito e dos direitos humanos fundamentais, cuja aplicação de um “direito penal, orientado em direção à ideia suprema da retribuição justa, não pode ser senão um direito penal de fundo claramente ético.”<sup>38</sup>

## 1.2 Segredo e sigilo: conceitos e a experiência jurídico-penal

Nas poucas e revelantes obras jurídicas que abordam e enfrentam as questões da atuação médica, seja no Brasil ou em outros países, é usual aos especialistas em Direito e Medicina, pesquisadores e outros profissionais vinculados ao exercício científico da

<sup>35</sup>Especial consideração deve ser dada ao enfrentamento de questões envolvendo a ética médica, na Alemanha, vide: LABISCH, Alfons; PAUL, Norbert. *Ärztliche Gelöbnisse*. In: KORFF, Wilhelm (Hrsg.). *Lexikon der Bioethik*, Gütersloh, 1998. v. 1. Em Portugal, as publicações do Centro de Direito Biomédico, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>36</sup>ROCHA, Arthur Pinto da. op. cit., p. 22.

<sup>37</sup>HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6, p. 255.

<sup>38</sup>BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 162. (Versão portuguesa do original italiano: *Diritto penale* (parte generale)).

Bioética, uma percepção singular e harmônica dos termos *segredo* e *sigilo* ou, ainda, segredo médico e sigilo médico profissional; terreno fértil e sinuoso para equívocos.

Nesse sentido, as segmentações codificadas destes vocábulos, nas palavras clássicas de Oscar Joseph de Plácido e Silva:

**SEGREDO.** Do latim *secretum* (secreto, guardado em segredo), exprime o que se tem em conhecimento particular, sob reserva, ou ocultamente. É o que não se deve, não se quer, ou não se pode revelar, para que não se torne público ou conhecido. Segredo é, igualmente, o *sigilo*, que exprime, especialmente, o dever de não se revelar o fato que se sabe, ou de que se tem notícia, ou seja, o segredo que não se deve violar. Assim, *segredo* é simplesmente o que está sob reserva, ou é oculto. O *sigilo* é o segredo que não deve ser violado. [...]

**SEGREDO PROFISSIONAL.** Funda-se na ciência de fato que chega ao conhecimento da pessoa, em razão da profissão que exerce, e cuja revelação possa ocasionar dano ou prejuízo a outrem. O segredo profissional *não deve ser revelado*, mesmo quando se é chamado para depor. É o imperativo da lei civil: “Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo” – Cód. Civil/2002, art. 229, *caput* e I (Cód. Civil/1916, art. 144). A revelação de segredo profissional constitui crime previsto no Código Penal. São tidos como obrigados e manterem segredo profissional os médicos, os farmacêuticos, as parteiras, os advogados, os notários, os sacerdotes e os funcionários públicos, que sejam senhores de segredos em razão de estado, ofício ou profissão. [...]

**SIGILO.** Do latim *sigillum* (marca pequena, sinalzinho, selo), é empregado na mesma significação de *segredo*. No entanto, imperando nele a ideia de algo que *está sob selo*, ou *sinete*, o sigilo traduz, com maior rigor, o *segredo que não pode nem deve ser violado*, importando o contrário, assim, em quebra do dever imposto à pessoa, geralmente em razão de sua profissão ou ofício. Precisamente sob esse aspecto, quando se alude ao *sigilo da correspondência postal*, isto é, o *sigilo das cartas e documentos* postados nos Correios, o conceito de sigilo assenta na *inviolação* dessas cartas, para que não se tornem os funcionários postais senhores dos segredos, ou das coisas íntimas que nelas se encontram. E se eventualmente se tornam senhores desses segredos, *devem guardar sigilo* do conteúdo deles, não revelando a outrem, sob qualquer pretexto. Devassar o *sigilo*, isto é, revelar segredos que devam ser conservados, constitui crime, passível de punição. [...]

**SIGILO PROFISSIONAL.** É o que se refere ao *segredo* ou fato cuja ciência se teve em razão de profissão, ou em pleno exercício de uma atividade profissional, em virtude do que se está no dever de não o revelar. Além do mais, em face do sigilo imposto, nenhum profissional está na obrigação de revelar fato que tenha sabido como *segredo de profissão*, pelo que não pode ser compelido a devassá-lo.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup>SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1252-1289.

Em verdade, desde há muito intentam-se descrições<sup>40</sup> ao médico iniciante, envolvendo normas de conduta, contendo diversos conselhos a respeito da postura e comportamento adequado diante do paciente, do voto ao silêncio, a menção à intimidade, especificando a boa reputação fora da profissão, como vemos no tratado *Do médico*, parte integrante da coleção hipocrática:

O aspecto exterior do médico requer que tenha boa compleição e que seja também robusto, conforme sua própria natureza, pois os que não têm o corpo em boas condições são considerados por muitos incapazes de cuidar bem dos outros; que tenha sobre si coisas apropriadas, como vestimentas de boa qualidade e perfumes de odor agradável e insuspeito, pois essas coisas são agradáveis aos doentes e é preciso ter isso em conta. Quanto as coisas do espírito, (mostrar) sensatez, não apenas em relação ao silêncio, mas também (em relação) a uma vida muito regular, o que importa muito para uma boa reputação. O caráter deve ser honesto e bom e, assim sendo, (deve ser) também sério e cordial em todas as coisas, pois a intromissão e o obséquio são desprezados, ainda que muito úteis. Deve cuidar de sua autoridade, pois essas coisas gozam de estima junto às mesmas pessoas, que delas têm falta. Quanto à aparência, deve ser um rosto compenetrado, mas sem aspereza, o que parece ser presunção e misantropia; aquele que é propenso ao riso e tem ar excessivamente alegre é considerado vulgar. Isso deve ser observado, e não pouco. Deve ser justo em todo relacionamento, pois frequentemente é necessário zelar pelo senso de justiça. Não é pequena a intimidade entre o médico e seus pacientes, pois eles se colocam nas mãos de seus médicos e o tempo todo se deparam com mulheres, moças e bens de considerável valor. É preciso, portanto, observar todas essas coisas com comedimento e conduzir-se assim, de corpo e alma.<sup>41</sup>

É tarefa fundamental na pesquisa científica<sup>42</sup>, na permanente busca de semelhanças ocultas dentro de diferenças nem sempre evidentes, a necessidade jurídica premente de interpretar e refletir, com segurança<sup>43</sup> no Direito Penal, a distinção entre segredo e sigilo médico profissional.

<sup>40</sup>“daquilo que poderíamos chamar de ‘etiqueta social’. E é apropriado falarmos de ‘etiqueta’ e não de ‘ética’, pois as normas de conduta apresentadas visam especificamente à boa impressão que o médico precisa produzir em seus clientes.” CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. op. cit., p. 188.

<sup>41</sup>“Nenhum dos comentadores antigos menciona o tratado, e a data de composição foi estimada dentro de limites bem amplos: entre a segunda metade do século IV e o fim do século III a.C., o que corresponde a 350-200 a.C., aproximadamente. O texto pode ser encontrado nos manuscritos V, C, E e no *Holkamensis* 282; V parece ser o mais privilegiado nas edições. Na *Aldina*, o tratado começa na página 5-verso e termina na 6-verso; na edição de Littré, ocupa as páginas 198–221 do Volume IX, publicado em 1861.” Id. *Ibid.*, p. 179-180.

<sup>42</sup>“Em toda profissão, uma pequena minoria de seus integrantes se dedica às investigações científicas. É esse pequeno, e cada vez menor grupo, que, renunciando muitas vezes às vantagens de sua profissão, se dedica à busca de novos e originais conhecimentos. [...] Conhecer a novidade é de interesse comum a todos; entretanto, aceitá-la é restrito a poucos, e adotá-la é ainda mais difícil.” MORAES, Irany Novah; AMATO, Alexandre Campos Moraes. *Metodologia da pesquisa científica*. São Paulo: Ed. Roca, 2007. Prefácio – VIII.

<sup>43</sup>“En toda comunidad política se precisa de un mínimo de seguridad, tanto a favor del Estado como a favor de los particulares; seguridad que proporciona el ordenamiento jurídico mediante la regulación de los derechos y deberes de cada uno, y que se garantiza mediante las leyes penales y su cumplimiento. Sin esta seguridad jurídica, sería imposible que ni el Estado ni los individuos pudiesen cumplir sus fines propios.

A despeito de frequentemente utilizados como sinônimos, sob o ponto de vista do Direito, os termos *segredo* e *sigilo* não possuem idêntico significado e, na reflexão dessa distinção vem à tona a consciência de rever os conceitos já aceitos, rompendo conhecimentos consolidados pela experiência jurídico-penal.

Para uma devida compreensão e enriquecimento da dogmática jurídico-penal brasileira, destacamos a distinção de *segredo* e *sigilo*, realizada por Walter Ceneviva:

Pensados sob a perspectiva do direito, os termos *segredo* e *sigilo* não permitem visão unitária, tantas as alternativas resultantes de seus aspectos objetivos e dos sujeitos envolvidos. *Segredo* é o conhecimento de alguém não revelado a outrem, com respeito a fato ou fatos da vida. Para o direito corresponde a conhecimento cuja divulgação é vedada a terceiros, com ou sem interesse direto ou indireto em sua revelação ou que dela devam ser excluídos, ainda que juridicamente desinteressados. A vedação pode ser legal ou contratual. Do ponto de vista do sujeito, secreto é aquilo que só a pessoa conhece e mantém em seu foro íntimo. Mas, pode ser o conhecido por poucos, não divulgável para outros. Também corresponde, em nível ético e eventualmente jurídico, ao vínculo específico, ideal ou não, imposto a alguém de não divulgar o que é secreto ou reservado. No segredo, o bem de vida garantido pelo direito consiste em omissão obrigatória: o não-revelar. A imposição do segredo a um conhecimento é, em princípio, divulgável. Aquele que conhece pode escusar-se de revelar o que sabe, afirmando ser secreto o fato por ele conhecido, nada obstante sejam não divulgáveis as circunstâncias relativas ao próprio fato sobre o qual incide o sigilo. Assim, o segredo, enquanto bem de vida imaterial, é conhecível por quem tenha interesse juridicamente protegido ou dever de o manter e não revelável a outrem.<sup>44</sup>

Paulatinamente, de modo significativo, a atividade dos médicos se realiza cada vez mais em clínicas e hospitais, ocasionadas pelas inovações tecnológicas, sendo que o trabalho em equipe é uma realidade incontornável, não se podendo ignorar a criação e desenvolvimento de redes de colaboração e interdependência, para a proteção, segurança e bem-estar dos pacientes.

---

Tal seguridad o tal protección, si se quiere, alcanza y debe alcanzar a muy diversos bienes [...] De aquí ya se desprendería la necesidad de proteger fuertemente el secreto, es decir, el derecho al mantenimiento del secreto, como medio de proteger esos derechos fundamentales. [...] Y si esto puede decirse en términos generales, ¿qué no decir cuando la revelación del secreto se hace por las personas a quienes se ha confiado, no por libre voluntad, sino por necesidad? Entonces, la conclusión es que la protección debe de ser mucho más fuerte. Y aquí ya entramos, con todas las legislaciones, en el terreno de lo penal.” ALAMILLO CANILLAS, Fernando. El secreto médico profesional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: n. 3, fasc. 1, p. 75, jan./abr. 1950.

<sup>44</sup>CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996. p. 13-14.

Desta feita, no universo da responsabilidade médica se afigura identificar na imputação a alguém de danos causados pelo comportamento de outra pessoa, o que constitui o *segredo* no campo do Direito Penal?

Na literatura jurídica brasileira e estrangeira<sup>45</sup>, encontramos algumas conceituações de *segredo*, das quais destacaremos as nacionais de Basileu Garcia e João Bernardino Gonzaga.

O mestre Basileu Garcia, no século XX, em antigo curso realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conceituava e exemplificava que o *segredo* protegido penalmente pode ser de natureza profissional:

Precisemos o que se deve entender por segredo. Não cabe na lei distinção: o segredo pode dizer respeito à honra, à saúde, aos bens, ao patrimônio, aos negócios, etc. À própria vaidade, sentimento humano muito respeitável. Nenhuma limitação existe. Não se observa restrição, também, quanto aos modos pelos quais pode o segredo chegar ao conhecimento do sujeito ativo, acusado de violá-lo. Poderá ter conhecimento do segredo diretamente, de viva voz, ou incidentemente, no exercício das funções que o põem em contato com o depositante. Casualmente, o segredo pode ser descoberto no exercício da profissão. E não é preciso que o segredo se refira ao depositante. Pode dar-se que se relacione com outra pessoa, o que é uma conclusão interessante, porque concorre para solucionar-se, em certos casos, a dúvida quanto a saber a quem cabe a iniciativa da ação penal. Um pai chama determinado médico para atender à filha doente, que, para maior clareza do exemplo, suporemos ser maior. Se da assistência profissional prestada resultar depois, por leviandade ou maldade do facultativo, a revelação de segredo relativo à moléstia, tanto se dirá ser sujeito passivo da infração o pai como a filha. Ambos podem ter a iniciativa do procedimento repressivo, mediante a representação legal. Visto que a lei não diz o que seja segredo, para fixar o alcance da proteção penal, devemos nos basear no significado usual da expressão. Por mais íntimo que seja um fato, não se poderá pretender que constitua segredo, se for notório. Às vezes, são notórios fatos íntimos. Podemos conceituar o segredo como sendo o informe, referente a um acontecimento, que não deve, pela sua natureza ou por efeito de manifestação de vontade do depositante, ser transmitido a outras pessoas. Dar-se-à às vezes que tem conhecimento do segredo um restrito número de pessoas, o que não será suficiente para considerar-se o fato como notório. Haverá então segredo passível de proteção penal.<sup>46</sup>

O *segredo* é visto com particular interesse à ciência penal, com abrangente enquadramento e ou encadeamento de interpretações, formas de proteção, tutela ou garantia e, conceituado por João Bernardino Gonzaga como “o informe que, sendo do

<sup>45</sup>Vide as definições de segredo na doutrina estrangeira, proferidas por Vincenzo Manzini, Giuseppe Maggiore, Pietro Nuvolone, Filippo Grammatica, Alberto Crespi, Fernando Bayardo Bengoa em: GONZAGA, João Bernardino. op. cit., p. 22-23.

<sup>46</sup>GARCIA, Basileu. Violação de segredo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 44, p. 55-56, jan. 1949.

conhecimento apenas do seu titular ou de determinado número de pessoas, não deve, por disposição de lei ou por vontade juridicamente relevante do interessado, ser transmitido a outrem.<sup>47</sup>

É certo que pretender abordar o segredo e o sigilo médico profissional, sem a visão unitária de significado, pode transparecer uma extravagância; contudo, nessa particular análise, a experiência jurídico-penal recebe as influências da filosofia, da ética, da moral, dos costumes, da bioética, fornecendo elementos dogmáticos ao desenvolvimento do conceito de segredo médico e de sigilo médico profissional.

As novas considerações de Diego Gracia auxiliam no aprofundamento da experiência jurídico-penal do segredo médico, em dado momento histórico, quanto às questões de seu próprio desenvolvimento na prática médica contemporânea:

O segredo não teve uma conceituação uniforme ao longo da história. Durante muitos séculos foi considerado uma característica moral das profissões de excelência, como o sacerdócio ou a medicina. Somente no mundo moderno o segredo profissional começou a ter uma nova e mais rigorosa fundamentação, baseada não na excelência moral do profissional, mas no direito do cidadão à intimidade. Contudo, essa proteção, que amparou o segredo de sacerdotes, juizes, advogados e procuradores, não se estendeu com igual força ao caso do segredo médico, devido à união cada vez maior de medicina e direito. À diferença do que se passou com sacerdotes, advogados etc., considerou-se que os médicos deviam colaborar com a justiça no esclarecimento dos delitos, ainda que isso os obrigasse a romper o segredo. Tal foi a doutrina canônica no século XIX, tanto no mundo anglo-saxão como no latino, incluindo aí o francês. Isso acabou por provocar nos anos 1880 uma reação muito forte na França, que levou à equiparação do segredo médico ao de advogados e procuradores. Mas foi uma reação passageira, já que no final a própria jurisprudência francesa acabou por subordinar o segredo às necessidades da administração de justiça. Somente nas últimas décadas, e como consequência dos avanços da genética, teve início um forte movimento de proteção do segredo médico, equiparando-o no possível ao de sacerdotes, advogados e procuradores.<sup>48</sup>

Não obstante as infundáveis críticas e objeções, em se considerando o segredo médico e o sigilo médico profissional, é necessário colocar-se em destaque o que devemos entender por segredo médico, destacando seu conteúdo conceitual, de maneira a construir as suas devidas proposições na dogmática jurídica-penal, buscando estabelecer na

---

<sup>47</sup>GONZAGA, João Bernardino. op. cit., p. 22.

<sup>48</sup>GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. Tradução de Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2010. p. 333.

justaposição dessas ideias, novos caminhos na formação de conceituação e, mais do que isso, a sua importância prática e os fins<sup>49</sup> na ciência criminal.

Superando os paradigmas existentes na doutrina nacional e estrangeira, conceituamos, juridicamente, *segredo médico*: é todo fato, ato, documento ou informação, de caráter íntimo ou não, que o médico conserva voluntariamente oculto, impedido de relatar a outrem, mantendo a privacidade do paciente ou de terceiros.

Inegável esse significado conceitual, acolhendo os exemplos emitidos por Manuel da Costa Andrade, em sua obra portuguesa:

O segredo médico abrange, desde logo, a doença, a anamnese, o diagnóstico, a prognose, a prescrição, a terapia, a resposta ao tratamento, etc. Como abrange igualmente os exames e meios de diagnóstico e toda a informação constante de relatórios, ficheiros, processos clínicos, radiografias, ecografias e tomografia computadorizada. Também caem sob segredo médico os traços de carácter revelados pelo paciente, as suas reacções aos diferentes actos médicos, os factos atinentes à sua vida privada, profissional, à situação económica, financeira ou política, bem como os gostos, vícios, abusos, excessos e actos ilícitos. Concretamente e reportando-nos a coisas que já foram objecto de decisão jurisdicional, o segredo médico abrange o *nome* do paciente; o *facto da própria consulta ou tratamento*; as *circunstâncias (hora, acompanhantes, tipo de viatura) em que um paciente chega ao hospital e que permitam identificá-lo*; *capacidade para fazer testamento*; *doença venérea*; *consumo de estupefacientes*; *seropositividade*. Por seu turno, o segredo não se circunscreve aos factos relativos à vida do paciente. Também caem sob o seu conceito e regime os *segredos de terceiros*, os *Drittgeheimnisse* de que falam os autores germânicos. Que compreendem os factos relativos à vida privada de um terceiro (distinto da pessoa que os leva ao conhecimento do médico), que presumivelmente os quer manter sob reserva. E também aqui podem estar em causa factos relativos à saúde – v.g., A confiança ao médico que o seu cônjuge é seropositivo. Ou factos relativos a outras áreas da vida privada do terceiro. Como acontece com o paciente que conta ao médico que o chefe do seu serviço mantém relações sexuais extraconjugais; ou aqueloutro que conta ao psiquiatra os excessos do seu cônjuge.<sup>50</sup>

No panorama doutrinário brasileiro, revela-se atribulado o posicionamento conceitual dogmático do *sigilo médico profissional*.

<sup>49</sup>“Na vida em sociedade necessita o indivíduo de recorrer frequentemente a outros, buscando seus serviços, assistência, conselhos etc, para o que lhes revela fatos que não quer desvendados ou expostos ao conhecimento de terceiros. Se não fosse ele garantido quanto à reserva e discrição daqueles, ver-se-ia coibido na liberdade de buscar defesa e proteção para seus bens morais e materiais, que é o fim que o leva a procurá-los. Tutela-se, portanto, a *liberdade individual, relacionada à inviolabilidade dos segredos*.” NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 22. ed. Atualizada por Dirceu de Mello, Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2, p. 192.

<sup>50</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 184-185.

Com efeito, cumpre nesse momento, para podemos afirmar categoricamente, o *sigilo médico profissional* como pedra angular do nosso sistema de responsabilidade penal médica, precisamente o conceituamos, juridicamente: é todo fato, ausente de notoriedade e que deve ser preservado, que o médico tenha conhecimento em razão de sua atividade profissional, cuja revelação do segredo a terceiros, total ou parcial, salvo por justa causa ou no cumprimento de dever legal ou com a autorização expressa do paciente, possa acarretar dano a outrem.

Tradicional e frequentemente, confundem-se o segredo médico<sup>51</sup> com o objeto<sup>52</sup> a que se refere, isto é, o sigilo médico profissional, assegurado e protegido pelo Direito Penal, como no exemplo do “médico que, com a sua indiscrição, decepciona o enfermo que o procurou para para lhe referir o segredo de uma enfermidade”<sup>53</sup>, violando o segredo colhido no desempenho de sua atuação profissional, com informações que não devem ser divulgadas, sobre fato cuja revelação produz dano patrimonial ou moral ou possa produzi-lo a outrem.

Importa, no entanto, contemporizar no quadro de ampla flexibilidade facultada por questionamentos dogmáticos, no tocante a informação, que esta não deve ser divulgada pelo médico, pois interessa ao paciente e, quiçá, aos seus familiares.

Em conformidade com essa diretriz que determina uma resposta positiva ao dimensionamento dessa ambiguidade e obscuridade existente na doutrina e jurisprudência nacional, podemos concluir que o segredo pertence ao paciente, sendo o médico seu depositário e guardador de uma confidência; razão pela qual, para Basileu Garcia certas “profissões não poderiam ser exercidas sem a cuidadosa observância das normas morais, entre as quais se inscreve o dever de sigilo.”<sup>54</sup>

Neste particular, a ponderação em torno da relevância do *Direito Penal Médico Brasileiro*, em que o “dever do sigilo consiste na imposição de um não fazer, de um não revelar, pois a ninguém é dado conhecer fatos inerentes a situações protegidas: opera por

---

<sup>51</sup>“O Juramento de Hipócrates pronunciado solenemente pelo médico ao colar grau, o obriga, sob a ameaça do castigo de Apolo, Asclépio, Higéia e Panacéia, a conservar como segredo o que, no exercício da Medicina, vier a ver ou ouvir. Diante dessas circunstâncias sua transgressão é uma falta que nem os demais perdoam.” MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 543.

<sup>52</sup>“Para sabermos se, em certa oportunidade, está ou não presente um segredo, é preciso todavia não confundi-lo com o objeto a que se refere”. Id. *Ibid.*, p. 23.

<sup>53</sup>GARCIA, Basileu. *op. cit.*, p. 52.

<sup>54</sup>Id. *Ibid.*, p. 52.

exclusão, enquanto direito com força de obstarà intrusão de quem a ele não tenha acolhida.”<sup>55</sup>

Desta feita, optando por tais vias, deparamo-nos com a extensão da referida obrigação para os profissionais da saúde, dentre os quais, enfermeiros, farmacêuticos, odontólogos, que os legitima perante a responsabilidade penal decorrente da revelação de sigilo profissional.

Os casos adiante apresentados procuram reproduzir situações em que o segredo profissional é posto em causa, ou que levantam dúvidas sobre a sua aplicação estrita. Cada caso é seguido por um certo número de questões sobre aspectos éticos do segredo profissional. Estas não estão propositadamente respondidas, para que o (a) leitor (a) possa argumentar da maneira livre que mais correcta lhe pareça, podendo cotejar as suas afirmações com outros leitores. **CASO N.º 1:** *A história passa-se num dos hospitais da Universidade da Califórnia em Berkeley em 1969. Durante uma consulta com o Dr. Lawrence Moore (um psiquiatra do hospital), um seu doente chamado P. Poddar confessou a sua intenção de assassinar a sua ex-namorada Tatiana Tarasoff. A pedido do Dr. Moore, a polícia deteve o doente, mas libertou-o logo a seguir, por ele não parecer de todo ter intenções homicidas e comportar-se de maneira perfeitamente normal, nomeadamente negando ter qualquer intenção de agredir a Sra. Tarasoff. O Director de Serviço do Dr. Moore, baseado nestes factos, instruiu o staff para não desenvolverem quaisquer outras tentativas para prender o doente. Passados os dias, o Sr. Poddar faz uma emboscada à Sra. Tarasoff e assassina-a com um tiro à queima-roupa na cabeça. Os pais da vítima processam o hospital, alegando que este não preveniu a vítima do perigo que corria e não desenvolveu acções para impedir que o Sr. Poddar pudesse levar a cabo os seus intentos criminosos – nomeadamente institucionalizando-o.* **QUESTÕES:** 1. responsabilidade (civil e/ou criminal) do Dr. Moore. 2. responsabilidade (civil e/ou criminal) da polícia 3. responsabilidade (civil e/ou criminal) do Director de Serviço do Dr. Moore 4. responsabilidade (civil e/ou criminal) da Universidade 5. quebra de sigilo profissional por parte do Dr. Moore: sim ou não? 6. dever de comunicação à vítima e sua família da periculosidade do Sr. Poddar. **CASO N.º 2:** *Um doente de 68 anos é internado com uma pneumonia. O doente é um empresário de grande sucesso, com responsabilidades alargadas num conjunto de empresas e bancos, do qual dependem milhares de pessoas. No curso da investigação, é-lhe diagnosticado um cancro do pâncreas metastizado, incurável. A mulher do doente é informada do prognóstico, sendo-lhe dito que o marido terá escassos meses de vida. De posse desta informação, pede ao médico assistente que oculte o diagnóstico “para não o fazer sofrer desnecessariamente”.* **QUESTÕES:** 1. dever de informação do prognóstico ao doente pelo médico 2. quebra de sigilo profissional por parte do médico ao informar a família do prognóstico do doente: sim ou não? 3. quebra da autonomia do doente por ignorância do seu prognóstico. **CASO N.º 3:** *Um doente de 59 anos, fumador, vai ao médico por tosse crónica e é-lhe diagnosticado um cancro no pulmão em fase adiantada e sem alternativas terapêuticas. Perante estas notícias, o doente pede ao médico para não divulgar as notícias à sua família. Apesar do médico tentar convencê-lo do contrário, até porque dele depende a subsistência familiar, o*

<sup>55</sup>CENEVIVA, Walter. op. cit., p. 15.

*doente mantém-se irredutível. O médico, quando questionado pela mulher do doente, mantém-se evasivo, furtando-se a dar um diagnóstico definitivo. O doente tem alta com instruções para ser seguido em consulta de oncologia. A mulher do doente volta uma semana mais tarde, em luto. O doente suicidara-se em casa dois dias depois de sair do hospital. A senhora pede para ser informada do que realmente se passou e pergunta porquê que o médico a não informou, já que desse modo estaria alerta para as eventualidades possíveis. QUESTÕES: 1. dever de informar do prognóstico ao doente pelo médico 2. quebra de sigilo profissional por parte do médico ao informar a família do prognóstico do doente: sim ou não? 3. medidas preventivas de episódio agudo de depressão pelo médico. CASO N.º 4: Doente de 28 anos de idade, a quem é diagnosticado um Síndrome de Huntington em fase pré-sintomática. O Síndrome de Huntington evolui sempre para um quadro de demência terminal antes da 4ª década de vida. Tem transmissão autossómica dominante isto é, existe a possibilidade de 50% dos filhos virem a ter a doença. Informa o médico que não deve divulgar essa informação, especialmente à sua mulher, com quem casou recentemente e que deseja ardentemente ter filhos. QUESTÕES: 1. quebra de sigilo profissional por parte do médico ao informar a mulher da situação, nomeadamente em relação aos potenciais filhos: sim ou não? 2. insistência para que o doente divulgue à mulher o seu prognóstico (e o dos potenciais filhos, caso venham a nascer) 3. referir o doente para aconselhamento genético? 4. o divulgar do prognóstico alterará a situação (o casal poderá ainda decidir ter filhos – afinal existem 50% de hipóteses de nada acontecer a estes)<sup>56</sup>*

Não se revela possível, *prima facie*, alcançar, com segurança, uma resposta adequada para as delicadas questões suscitadas nos casos apresentados, com respostas

---

<sup>56</sup>CARNEIRO, Antonio Vaz. O sigilo médico versus os imperativos da saúde pública e o dever de cooperação com a justiça. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3, p. 100-102. Nesta mesma obra, p. 99-100, destaca, ainda, o autor português, membro do Centro de Estudos de Medicina Baseada na Evidência, da Faculdade de Medicina de Lisboa e do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, referindo-se à legislação de seu país: “A confidencialidade na relação médico-doente constitui um dos imperativos éticos e deontológicos da prática médica. O segredo profissional é suficientemente importante para ser discutido em detalhe no Código Deontológico da Ordem dos Médicos (Título II. Médico ao Serviço do Doente, Art. 67 Segredo Profissional). Neste artigo afirma-se que ... ‘o segredo profissional impõe-se a todos os médicos e constitui matéria de interesse moral e social’ e o Art. 68 define o âmbito do segredo profissional nos seguintes moldes: 1. O segredo profissional abrange todos os factos que tenham chegado ao conhecimento do Médico no exercício do seu mister ou por causa dele, e compreende especialmente: a) Os factos revelados directamente pelo doente, por outrem a seu pedido ou terceiro com quem tenha contactado durante a prestação de cuidados ou por causa dela; b) Os factos apercebidos pelo Médico, provenientes ou não da observação clínica do doente ou de terceiros; c) Os factos comunicados por outro Médico obrigado, quanto aos mesmos, a segredo profissional. 2. A obrigação de segredo existe, quer o serviço solicitado tenha ou não sido prestado e quer seja ou não remunerado. 3. O segredo é extensivo a todas as categorias de doentes, incluindo os assistidos por instituições prestadoras de cuidados de saúde. É expressamente proibido ao Médico enviar doentes para fins de diagnósticos ou terapêutica a qualquer entidade não vinculada a segredo profissional Médico a menos que para tal obtenha o seu consentimento expresso ou que o envio não implique revelação do segredo. Só em casos excepcionais é possível revelar o segredo profissional, sobretudo com a finalidade de proteger a saúde e o bem-estar da comunidade. O Art. 70 define precisamente as condições de escusa do segredo: 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 o necessário e sem prévia consulta ao Presidente da Ordem.”

distintas em diversos ordenamentos jurídicos, se não se levar em consideração no âmbito do *Direito Penal Médico Brasileiro*, qual o paradigma e a partir de qual concepção deve ser analisada a relação médico-paciente, revelando-se pertinente indagar qual o tipo de vínculo que liga o médico e, particularmente, o ato médico ao paciente, evoluindo desde o modelo paternalista clínico para o do consentimento informado.

E nesta circunscrição temática, não podemos, ainda, deixar de fazer alusão ao comentário de João Bernardino Gonzaga, não obstante todas estas dificuldades, bem como aquelas decorrentes dos termos *segredo* e *sigilo* ou, ainda, *segredo médico* e *sigilo médico profissional*, levamos à tona, com particular atenção, as seguintes especificações:

Em inúmeros dispositivos do nosso Direito Penal encontramos, como objeto de proteção, o sigilo a respeito de determinados fatos. Tutelam-se assim segredos, que passa a integrar o núcleo de múltiplas figuras delituosas. Tais infrações podem ser classificadas em três grupos, de acordo com as formas de atividade que o legislador proíbe: crimes consistentes em – a) revelar um segredo; b) dele tomar conhecimento; c) colocá-lo ao alcance de outrem. Na primeira categoria estão hipóteses em que o agente é já detentor de certo dado secreto alheio, que ele transmite indevidamente a terceiro. São exemplos, no Código Penal [...] os delitos de “divulgação de segredo” (art. 153) e de “violação de segredo profissional” (art. 154); [...] a “violação de sigilo funcional” (art. 325) [...] Na difamação, aquilo que o ofensor conta a terceiro, em desabono da vítima, pode ser um segredo desta. Os delitos de ameaça e de extorsão consistem às vezes em prometer, ao sujeito passivo, divulgar informes íntimos que lhe convém manter ocultos. Num segundo grupo, as normas descrevem situações em que alguém penetra, ou tenta fazê-lo, no conteúdo de segredos, que está proibido de conhecer. Assim, no Código Penal, o crime de “violação de correspondência” (art. 151, *caput*) [...] O art. 150, que define a “violação de domicílio”, não deixa de amparar, também, a intimidade, isto é, segredos da vida doméstica. [...] A última forma de vulneração de segredos é representada pelos crimes consistentes em possibilitar a alguém o conhecimento de assuntos sigilosos. Diversamente do que ocorre nos casos do primeiro grupo, não é o agente, agora, que transmite a outrem a notícia secreta. O conteúdo desta notícia pode não ser nem mesmo por ele conhecido. O crime reside apenas no fato de proporcionar ensejo a que certo dado oculto ingresse na esfera cognoscitiva de terceiro. É o que pode acontecer nas figuras de [...] ‘violação de sigilo funcional’ (art. 325) [...] Inversamente a todas as situações até aqui arroladas, apresentam-se também casos em que se institui a obrigação penal de prestar o agente esclarecimentos que, eventualmente, representam segredos, seus e ou alheios. É o que se dá, no Código, com os delitos de “omissão de notificação de doença” (art. 269), “falso testemunho ou falsa perícia” (art. 342). Na Lei das Contravenções, a “omissão de comunicação de crime” (art. 66). Situação equivalente encontramos nas legislações dos demais países, o que levou a doutrina jurídico-penal a se interessar pela fixação de um conceito unitário de segredo. As dissensões e dúvidas, no entanto, prosseguem numerosas. Examinemos os aspectos principais do problema. Primeiro, cumpre lembrar que temos de partir de uma situação de fato, coincidente com a noção prática, popular de segredo: todo informe que alguém conserva voluntariamente oculto. Para nós, o que importa, todavia, é o fenômeno colocado dentro de certo mundo normativo, que o tutela; normas que, valorando a atitude de reserva do interessado, aprovam e, conseqüentemente, impõem a terceiros o

dever de respeitá-la. Evitemos também a frequente confusão que se faz entre a noção e o conteúdo do segredo. Este, o conteúdo, não pode evidentemente integrar-se em ideia unitária. É impossível encerrá-lo numa fórmula, porque depende do que a respeito disponha o complexo normativo perante o qual trabalharmos. Trata-se agora de uma questão de tipicidade, a ser examinada caso a caso, para verificarmos se a ocultação de certo dado está ou não garantida, expressa ou implicitamente, por algum preceito. Mesmo porque inexistente, no âmbito da ilicitude penal, qualquer figura ampla, que sancione genericamente atitudes de indiscrição. De outra parte, a tutela dispensada aos segredos implica, no seu reverso, em marcante limitação à liberdade individual de informação. [...] Não só por isso, mas também por respeito ao princípio da legalidade, se compreende pois que o segredo, para nós, seja de conteúdo fragmentário: abrange unicamente as situações demarcadas nas entidades delituosas que a ele se referem, sem possibilidade de extensão analógica. A criação de uma nova modalidade criminal, de “violação da intimidade”, que hoje se preconiza, virá no entanto tornar bastante mais denso o campo jurídico-penal do sigilo<sup>57</sup>

### 1.3 Bem jurídico penalmente protegido no sigilo médico profissional

É conveniente a análise perceptiva da construção dogmática do bem jurídico<sup>58</sup>, no campo do *Direito Penal Médico Brasileiro*, de questões relacionadas com a tutela e responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional.

Na dimensão desta pesquisa científica, não se pretenderá detalhar profundamente, o desenvolvimento histórico, sistemático ou evolutivo das teorias e do conceito de bem jurídico, mas meramente refletir e avaliar sua extensão e vinculação ao segredo médico, buscando-se ou não, evidenciar a sua aplicação no que tange ao objeto de tutela do sigilo no Direito Penal.

Neste contexto problemático, procurar-se-á defrontar com algumas questões jurídico-penais concernentes ao bem jurídico tutelado no segredo médico e, a abrangência

<sup>57</sup>GONZAGA, João Bernardino. op. cit., p. 15-18.

<sup>58</sup>Para uma melhor análise das considerações em torno do conceito de bem jurídico, desde o final do século XVIII, em que para Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach, o delito era considerado como uma lesão jurídica, formulando sua teoria quanto aos direitos subjetivos, tendo por base o pensamento fundado no contrato social, pretendendo a segurança do cidadão, diante do novo Estado, reagindo ao retorno do arbítrio anterior; estudando, também, em crítica severa ao autoritarismo, iniciando uma redimensionalização do Direito Penal e nesse contexto, J. M. F. Birnbaum, em 1834, publicou, na Alemanha, seu ensaio sobre a tutela da honra – *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechenens* – modificando por completo o Direito Penal, dando, ainda que não conscientemente, o passo inicial do que hoje se entende por bem jurídico, vide: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. Vide, também: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, IBCCRIM, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

e consequências decorrentes de sua violação, diante do dever de confidencialidade do médico, o resguardo da intimidade do paciente e a salvaguarda da vida de terceiros.

A confidencialidade, princípio que permeia a relação médico-paciente, é um dos valores éticos e dever inerente dos profissionais da saúde no desempenho da profissão<sup>59</sup>, pois será esse sigilo que irá assegurar ao paciente expor toda sua intimidade, sem que isto se torne público. E, se a missão do Direito Penal é a proteção a bens jurídicos<sup>60</sup>, convém questionar quanto ao que se pretende tutelar, como assevera Silva Sánchez:

O bem jurídico sujeito à proteção penal deve ser, em primeiro lugar, um bem jurídico “merecedor” de proteção penal. O merecimento de proteção penal se refere a considerações de justiça: trata-se de determinar em favor de quais realidades (de quais bens jurídicos) é justo fazer uso da proteção penal. Tais realidades devem ser especialmente valiosas, fundamentais, que determinem que os fatos dirigidos contra elas experimentem maior desvalorização, a desvalorização que faça deles não meros fatos injustos, mas “injustos puníveis”, merecedores de pena. Mas quais são as características que essas realidades especialmente valoradas devem reunir? No capítulo referente à concreção da ideia de bem jurídico falávamos da necessidade de uma referência individual, de uma danosidade social das agressões a esse bem jurídico, de uma construção constitucional. Não é fácil acrescentar outras características além de intensificar as já mencionadas: um grande apego social, até o ponto de constituir a condição essencial da continuidade da comunidade, e uma intensa afetação individual podem chegar a justificar, no plano da proporcionalidade abstrata, a intervenção jurídico-penal. Em todo caso, porém, considero tarefa condenada ao fracasso a de buscar algumas pretensas características essenciais (ontológicas) do bem jurídico-penal que possam ir além daquelas já mencionadas. O bem jurídico passível de proteção penal, ainda que em muitos casos constitua uma realidade permanente, está sujeito às mudanças históricas e condicionado pelas estruturas socioculturais de uma comunidade que ocupa um espaço e um tempo determinados. Por isso, tampouco me parece que a referência a códigos éticos esteja em condições de contribuir com elementos decisivos neste sentido. Conclui-se que não é possível obter um catálogo, senão uma série de critérios que não deixam de mostrar alguma imprecisão; mas parece difícil aprofundar mais a partir de uma perspectiva de teoria geral. É suficiente, portanto, refletir a referida ideia reitera, que não exclui certa margem de liberdade para o legislador, mas que proporciona elementos suficientes para conduzir em termos restritivos os processos de incriminação de condutas. De qualquer maneira, não é suficiente concluir que determinada realidade “merece”, por sua importância intrínseca, a proteção do Direito Penal para passar a incriminar as condutas dirigidas contra ela. Evitar as

---

<sup>59</sup>“A sabedoria popular nos ensina que ‘o segredo é a alma do negócio’, eu poderia particularizar dizendo que ‘o segredo é o que torna confiável a relação profissional’. Aprendemos a lidar com os conflitos que surgem da necessidade de se ter que guardar um segredo desde a infância, dos segredos entre amigos ou dos segredos de família. Quando nos tornamos adultos passamos a lidar com um tipo particular de segredo que é inerente a uma profissão. Os nossos códigos nos reforçam a ideia de que nunca devemos revelar esses segredos, salvo por justa causa ou dever legal” COHEN, Claudio. A confidencialidade: questões relativas ao segredo profissional. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2008. p. 193.

<sup>60</sup>WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 2.

consequências de uma decisão do tipo *fiat justitia, pereat mundus* requer que, ademais, referida realidade necessite da proteção penal e que tal proteção penal apareça, no caso, como satisfatória em termos de utilidade social geral. Estes requisitos não ocorrem quando se pode proteger razoavelmente tal realidade no âmbito de outros meios – jurídicos ou não – menos lesivos que a intervenção penal. Tampouco quando a intervenção penal esteja acompanhada de consequências acessórias negativas. Quando se impõem os princípios da subsidiariedade, *ultima ratio* e intervenção mínima, portanto, eles devem ser respeitados, ainda que considerações de “justiça” pareçam abonar a solução punitiva. De resto, não é suficiente que um bem jurídico mereça a proteção penal e até possa necessitar dela, diante da ineficácia de outros meios. É preciso também que seja “susceptível” de proteção penal, extremo este que não ocorre em todos os casos, e para cuja valoração convém tem em conta as condições reais de todo o sistema penal. [...] O que se expressou até aqui não ocorre pacificamente, como a friezão do texto parece sugerir. Ao contrário, as diversas lógicas concorrentes – a da proteção social através da prevenção, a utilitarista de intervenção mínima e a de justiça – estão em permanente conflito tanto no momento de decidir os bens passível de proteção penal como no momento de concretizar as condutas agressivas passíveis de incriminação. A concreção das noções de “bem jurídico-penal” e de “fragmentariedade” na proteção penal do bem jurídico é, portanto, polêmica e os pontos de acordo (sínteses) alcançados têm sempre um caráter provisório.<sup>61</sup>

À pergunta sobre qual seja o *bem jurídico criminalmente* a ser protegido<sup>62</sup> na revelação de sigilo médico profissional, pode antes de tudo responder-se pela afirmação de que no âmbito do segredo médico, a sua identificação “continua a colher respostas irreconciliavelmente dissonantes”.<sup>63</sup>

E, de fato, traz em seu cerne algumas peculiaridades que fazem desta pesquisa, não só original, mas também relevante no estudo do bem jurídico a ser tutelado.

<sup>61</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 436-439. (Coleção direito e ciências afins; v. 7. Coordenação: Alice Bianchini; Luiz Flávio Gomes; William Terra de Oliveira).

<sup>62</sup>Atualmente, a maioria da doutrina penal entende ser missão do Direito Penal a proteção aos bens jurídicos. De toda sorte, inegável é a necessidade de compreensão do bem juridicamente protegido pela lei, para poder-se buscar a interpretação última da norma. É ponto pacífico, hoje, o entendimento segundo o qual é o legislador quem irá decidir os bens que devem ser defendidos penalmente em cada momento histórico; isto, entretanto, ocorreu de forma diversa com o perpassar das diversas linhas e Escolas do pensamento jurídico. Sua análise irá posicionar as atuais colocações quanto à necessária proteção dos bens jurídicos difusos, os quais colocam o Direito Penal, neste momento histórico, em perplexidade, devido à proliferação de condutas delitivas.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 35-36. E prossegue o eminente professor em nota de rodapé (p. 35), quanto a proteção do bem jurídico, ressaltando: “Jakobs, contudo defende posição diversa, pretendendo entender ser o escopo do bem jurídico unicamente a revalidação fática da norma penal. JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras; José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44 e ss.”

<sup>63</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, op. cit., p. 179. Vide, também, quanto a resenha da controvérsia, na doutrina alemã, a obra mencionada pelo referido autor: ROGALL, Klaus. ders., *Anmerkung zu OLG Köln, Beschluß v. 30. 11. 1982; NSiZ*, 1983. p. 3 e ss.

Notamos, em especial, ao enfrentarmos essa problemática, que na alçada inerente ao segredo médico, envolvendo a legislação de interesses diversificados<sup>64</sup>, ainda não se reúne elementos suficientes para oferecer qual bem jurídico suscetível de tutela penal.

Expomos, de modo sucinto, como exemplo da dificuldade de identificação do bem jurídico penal tutelado no campo específico do segredo médico, buscando em fontes internacionais, particularmente na doutrina penal alemã (§ 203 do StGB), três posicionamentos sedimentados doutrinariamente, sobre o bem jurídico (*Rechtsgut*) que o legislador quis proteger, evidenciando inquietação com as demandas da atualidade:

a) *Teoria institucional*<sup>65</sup>: o bem jurídico tutelado é a confiança geral na discricção, no sigilo pertencente a certas profissões, da administração, de determinados profissionais, enquanto pressuposto que estes cumprirão suas tarefas, em virtude de encontrarem-se ao serviço do interesse coletivo, geral.<sup>66</sup> Para os doutrinadores<sup>67</sup> que adotam este entendimento, há uma *confiança* irrestrita, plena e total na relação médico-paciente e o sigilo médico profissional é tutelado pelo interesse geral de um eficaz sistema de saúde; b)

<sup>64</sup>“A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até ao momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado. Há todavia hoje um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*. Antecipando desde já a conclusão das considerações seguintes, poderá definir-se bem jurídico como **expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso**. A esta conclusão só se chegou porém depois de uma evolução longa, muitas vezes plurissignificativa ou mesmo equívoca e quase sempre eivada de dúvidas e controvérsias que ainda hoje se não encontram definitivamente decididas.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 1 ed. brasileira, 2. ed. port. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Ed., 2007. t. 1, p. 114–115. Vide: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007.

<sup>65</sup>“Entre os autores alemães, continuam ainda elevados os créditos da doutrina tradicional – associada, entre outros, aos nomes de Eb. SCHMIDT, MAURACH, BOCKELMANN e LENCKNER – que define como bem jurídico ‘um valor social de carácter supra-individual’ (Eb. SCHMIDT). Na caracterização de LENCKNER: ‘o bem jurídico é, em primeira linha, a *confiança colectiva no silêncio* dos membros de determinada profissão, como pressuposto de que estes possam cumprir as suas *tarefas no interesse da comunidade*. Nesta linha, a tutela penal do segredo profissional do médico está, em última instância, preordenada ao interesse geral de um sistema de saúde eficaz (*funktionsfähigen ärztlichen Gesundheitspflege*), que não é possível sem uma relação entre paciente e médico e plena de confiança” ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, op. cit., p. 180.

<sup>66</sup>Tradução livre: “Schutzgut ist in erster Linie das allgemeine Vertrauen in die Verschwiegenheit der Angehörigen bestimmter Berufe, der Verwaltung usw. als Voraussetzung dafür, dass diese ihre im Interesse der Allgemeinheit liegenden Aufgaben erfüllen können”. SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch – Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck, 2006. anot. Lenckner §203, 3, p. 1726.

<sup>67</sup>Na Alemanha, adotam o entendimento do bem jurídico como sendo a confiança geral no sigilo dos que pertencem a certas profissões: Albin Eser, Arthur Kaufmann, Eb. Schmidt, Bockelmann, dentre outros. Vide: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. op. cit., p. 1726.

*Teoria individualista*<sup>68</sup>: o segredo médico é tutelado pela salvaguarda<sup>69</sup> do interesse do paciente, cuja confidência e privacidade está respaldada no direito constitucional de personalidade ou no domínio privado.<sup>70</sup> Para a tomada desta posição, os doutrinadores sustentam que o segredo médico, de natureza privada, está confiado aos profissionais especificados na legislação; c) *Teoria mista*<sup>71</sup>: tendendo a prevalecer na Alemanha,

<sup>68</sup>Na doutrina alemã, “o bem jurídico como um valor ou interesse individual-pessoal, importa, por obediência a exigências de *legalidade/determinabilidade*, precisar, com a aproximação possível, a compreensão com que aquele valor é normativamente assumido como *bem jurídico criminal*. Numa primeira e significativa caracterização, o bem jurídico é a *privacidade em sentido material*. A danosidade social típica tem a natureza de uma *acção de devassa* sobre factos relativos a uma pessoa, não pertinentes ao domínio público e em cuja reserva a pessoa tem um interesse razoável e justificado. Trata-se de uma privacidade marcada por duas notas complementares, embora com significados distintos e, por isso, com implicações de sentido oposto. a) Em primeiro lugar, a privacidade – aqui assumida em sentido próprio ou específico, isto é, contraposta à *intimidade* [...] abarcando quaisquer factos pertinentes à vida de uma pessoa: mesmo factos da esfera dos negócios, relativos à situação económica ou financeira, ao comportamento político e até factos ilícitos. [...] A expansão da privacidade como bem jurídico típico do crime de *Violação de segredo* é, de resto, reclamada e potenciada pelo *elemento subjectivo* do conceito de segredo. No sentido de que o segredo não é – exclusivamente – determinado por critérios de racionalidade ou por padrões de moralidade. A pessoa pode decidir tratar como segredo factos que para muitos são, pura e simplesmente, indiferentes. A privacidade como bem jurídico da infracção em exame tende, assim, a sobrepor-se ao direito de *autodeterminação informacional*, progressivamente citado para significar o conteúdo e alcance do bem jurídico da *Violação de segredo*. b) Decisiva, em segundo lugar e inversamente, a circunstância de a protecção da privacidade estar vinculada à ultrapassagem duma fronteira ou tabu formal: *a barreira do segredo*. O que exclui a tipicidade das acções de devassa que não impliquem a violação daquela fronteira. Como sucederá com a revelação de facto que tenha chegado ao conhecimento do médico sem a indispensável conexão com o exercício da profissão, ou tenha sido obtido de forma arbitrária ou ilícita.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, op. cit., p. 181-183.

<sup>69</sup>Para Burkhard Jähnke e Sabine Michalowski, o bem jurídico que o legislador alemão quis proteger no segredo, nos termos do § 203 do StGB, é garantia do interesse individual do confidente, protegido constitucionalmente, em direito geral de personalidade. Nesse sentido: JÄHNKE, Burkhard. *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar (Großkommentar)*. 10. völlig neu bearbeitete Auflage, 5. Band, Berlin: Walter de Gruyter Co, 1989. p. 67-68; MICHALOWSKI, Sabine. *Medical confidentiality and crime*. England: Ashgate Pub, 2003. p. 98.

<sup>70</sup>O paciente revela as informações necessárias ao médico, se a confidencialidade for assegurada pelo sistema de saúde, ancorada na confiança geral na discrição do médico, em razão de sua profissão. Assim, o bem jurídico protegido é o segredo privado a ser tutelado no âmbito da profissão médica. Vide: JÄHNKE, Burkhard. op. cit., p. 67-68.

<sup>71</sup>Essa corrente na doutrina alemã “hoje dominante, pelo menos entre os autores que consideram especificamente o segredo médico – que erige os valores individuais à categoria de bem jurídico típico. Um bem jurídico que se pode definir como ‘a esfera privada do indivíduo’ (JÄHNKE), ou ‘a esfera de segredo individual da pessoa’ (ULSENHEIMER). Na formulação de MICHALOWSKI: ‘no fim de protecção subjacente ao § 203 avulta, em primeira linha, a tutela do direito geral de personalidade do art. 2, I, em conexão com o art. 1, I, da Lei Fundamental. Em especial é protegida a autodeterminação informacional, que compreende o direito de, em princípio, ser cada um a decidir sob que pressupostos ou dados da vida pessoal podem ser revelados’. Isto com uma consequência óbvia: agora são os interesses supra-individuais a gozar de uma tutela meramente reflexa ou derivada. Na síntese conclusiva de MEURER, é ‘mais correcto levar a tutela dos interesses comunitários e profissionais, mediatizada pelo dever de silêncio do médico, à conta de mero reflexo – se bem que um reflexo importante – daquele dever’ que impende sobre o médico. [...] sobreleva o peso da autonomia, da liberdade e da vontade individual na génese, na conformação, na sobrevivência, na morte e nas principais vicissitudes da vida de um segredo. É o indivíduo – concretamente o paciente ou, numa visão mais compreensiva, a pessoa, a cuja vida privada se reportam os factos – que decide se o segredo nasce, se, como, durante quanto tempo e perante quem sobrevive, se e quando morre. É ao indivíduo que assiste a titularidade e o domínio sobre o segredo e detém sobre ele a mais irrestrita

ponderando o dever de sigilo médico, como bem jurídico tanto em sua natureza coletiva ou individual. Nesta corrente doutrinária, há uma alternância de posicionamentos, ora prevalece o interesse público, ora o interesse individual assentado nas imposições da profissão médica, de modo a conferir proteção contra indiscrições no exercício da Medicina.<sup>72</sup>

Dentre tantos doutrinadores alemães, é de se citar Albin Eser, em artigo cujo título pode ser traduzido para o português como *Medicina e Direito Penal: Uma perspectiva do problema orientada pela proteção do bem*<sup>73</sup>, ao tratar o dever de preservação do segredo com outros interesses, particularmente, no que se refere a permuta de informações no setor da prática médica, visando ao progresso dos programas de pesquisa na Medicina, de modo a propiciar e conciliar tratamento médico – seguro de saúde (*Versicherung*), em benefício de pacientes, por exemplo com câncer, em investigação médica (*medizinischen Forschung*), que não se obtém dados essenciais para o planejamento, execução e avaliação das ações de prevenção, controle e tratamento das doenças, cuja epidemiologia<sup>74</sup> não consegue estabelecer prioridades.

Em Portugal, evidenciando as implicações criminais na científica análise do artigo 195, do Código Penal português<sup>75</sup>, no que se refere ao bem jurídico tutelado pelo crime de violação de segredo<sup>76</sup>, destacamos:

O dever de confidencialidade importa na proteção do segredo. A fim de determinar especificamente qual deve ser o bem jurídico típico capaz de oferecer uma resposta político-criminalmente necessária e dogmaticamente adequada, avança-se para a discussão sobre a determinação do bem jurídico protegido perante as condutas previstas no artigo 195, do Código Penal. O debate centra-se em duas concepções diferentes e opostas. Uma afirma que o

---

disponibilidade.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, op. cit., p. 180-181.

<sup>72</sup>MICHALOWSKI, Sabine. op. cit., p. 98.

<sup>73</sup>ESER, Albin. *Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 97 Band, Heft 1, p. 1-46, 1985.

<sup>74</sup>A Associação Internacional de Epidemiologia (IEA), em seu Guia de Métodos de Ensino, define epidemiologia como “o estudo dos fatores que determinam a frequência e a distribuição das doenças nas coletividades humanas. Enquanto a clínica dedica-se ao estudo da doença no indivíduo, analisando caso a caso, a epidemiologia debruça-se sobre os problemas de saúde em grupo de pessoas, às vezes grupos pequenos, na maioria das vezes envolvendo populações numerosas.” ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Epidemiologia: guía de metodos de enseñanza*. Washington, DC, 1973.

<sup>75</sup>Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro: Artigo 195.º Violação de segredo: “Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.” ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n.º 59/2007*. Diário da República n.º 170/2007, Série I de 2007-09-04. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/640142/details/normal?q=59%2F2007>>. Acesso em 13 fev. 2018.

<sup>76</sup>KULLOK, Arthur Levy Brandão. O caso de Andreas Lubitz e o dever de sigilo médico sob a perspectiva do direito penal português. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 64, p. 53-55, jan./mar. 2017.

bem jurídico é um valor pessoal-individual, identificado com a *privacidade*. A outra concepção alinha com a tese de que o bem jurídico é supraindividual-institucional, identificado com a *funcionalidade sistêmico-social de determinadas profissões ou ofícios*. Posto isto, vejamos – sucintamente – ambas as concepções, bem como a respectiva opção portuguesa. A concepção supraindividual advém da tradição francesa, baseia-se no interesse comunitário da confiança na discricção e na reserva de determinados grupos profissionais. No caso médico, seria o interesse à tutela de um sistema médico de promoção da saúde eficaz, com base no silêncio dos médicos, com o intuito de criar relações de confiança entre os médicos e os seus pacientes. Do ponto de vista da concepção do direito à privacidade, consoante a tradição alemã (já muito influenciada pela concepção supraindividual), o bem jurídico protegido é a esfera individual do indivíduo<sup>77</sup>. Os argumentos deste lado decorrem do fato de o *crime ser semipúblico* (público condicionado à representação na terminologia brasileira), a colocação sistemática do crime no *título dos crimes contra as pessoas* e a colocação no *capítulo dos crimes contra a reserva da vida privada*, além da convergência dos demais argumentos *históricos* e *literais*. Costa Andrade afirma que, segundo estes motivos, Portugal inclina-se para a segunda concepção. Por conseguinte, afirma que o bem jurídico tutelado é a *privacidade em sentido material*<sup>78</sup>. Ainda assim, entende-se que não deve ficar afastada a relevância de uma *dimensão institucional supraindividual* do bem jurídico privacidade, nomeadamente em questões relativas aos interesses comunitários ou institucionais (v.g., confiança no sistema público bancário) que “se identificam com o prestígio e confiança em determinadas profissões e serviços, como condição do seu eficaz desempenho sistêmico-institucional”.

---

<sup>77</sup>KULLOK, Arthur Levy Brandão. op. cit., p. 54. Na doutrina italiana (em anotação ao art. 622), fala-se de uma proteção da liberdade do indivíduo. Cf. CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice Penale*. 13. ed. Padova: Cedam, 2012. p. 2418. Na doutrina espanhola, tem-se defendido que cabe à *tutela da intimidade* o objeto de proteção do crime de revelação de segredo profissional. Cf. BAJO FERNANDES, Miguel. El secreto profesional em el proyecto de Código Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 33, fasc./Mês 3, p. 599, 1980; ROMEO CASABONA, Carlos María. La protección penal del secreto profesional y laboral em derecho español. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 14, n. 63, p. 82, nov./dez. 2006. Na doutrina brasileira, advoga-se a tutela da liberdade individual, sob o aspecto da iniolabilidade do segredo profissional. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2 – Dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 572.

<sup>78</sup>KULLOK, Arthur Levy Brandão. op. cit., p. 54-55. ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012. p. 1121 e ss. No mesmo sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2015. p. 769; PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre. *Código Penal anotado e comentado: legislação conexa e complementar*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2014. p. 556. Em sentido contrário, advogando tanto a tutela individual quanto a tutela supraindividual, PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n. 19, p. 21, 2009; MONIZ, Helena. Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1 e 2, p. 224, 2004; MONIZ, Helena. Segredo médico: acórdão da relação de Coimbra de 5 de julho de 2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, n. 4, p. 636, 2004. Defendendo expressamente que o bem jurídico tutelado é o *segredo* (profissional), SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 94.

No âmbito da confidencialidade médica, há certa tendência, na Alemanha, em prevalecer o procedimento administrativo à aplicação do Direito Penal<sup>79</sup>, evidenciada por Albin Eser, em conferência realizada na Universidade de Coimbra, em 21 de março de 2002. Entretanto, este alargamento ou ênfase da regulação administrativa da proteção do segredo médico pode contribuir para infortúnios<sup>80</sup>; principalmente, nas circunstâncias em que a revelação do sigilo médico profissional justificaria o acesso as condições médicas do paciente:

O problema do dever de sigilo médico e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada suscita questões éticas, constitucionais, penais, processuais, civis, disciplinares e pragmáticas. Estas questões se puseram em evidência após o fatal acontecimento do dia 24 de março de 2015, quando o copiloto Andreas Lubitz propositadamente precipitou um avião da companhia aérea alemã Germanwings sobre os Alpes franceses. Lubitz já tinha apresentado sinais de depressão anteriormente, aliás, logo no início do seu treinamento como piloto em 2008. Por este motivo não teve o seu certificado médico classe 1 renovado no período esperado (12 meses). Mas, posteriormente, por intermédio de um psiquiatra do mesmo centro médico aeronáutico (*Aero-Medical Centre – AeMC*), pertencente à Lufthansa, que lhe havia rejeitado a renovação, conseguiu a renovação do seu certificado com a condição de que se voltasse a apresentar algum outro episódio de depressão o seu certificado médico seria revogado. Desde então, o seu certificado médico classe 1 foi normalmente renovado todos os anos, por todos os médicos que mesmo conhecedores da sua condição anterior não detectaram nenhuma alteração que conduzisse à revogação do seu certificado médico. Em dezembro de 2014, Lubitz consultou diversos médicos em virtude de problemas de visão e de sono. Mesmo sendo um *dever* do piloto procurar aconselhamento de um examinador aeromédico (*Aero-Medical Examiner – AME*) quando detectar que está tendo um decréscimo da sua

<sup>79</sup>“tendência na qual se pode detectar uma certa retirada do direito penal depara-se na prevenção através do processo, a qual goza de um cada vez maior número de adeptos. Da mesma forma que em medida cada vez mais lata se tenta proteger o ambiente, submetendo instalações ou emissões perigosas a determinadas obrigações administrativas de registro ou de licenciamento, também na área da medicina se tenta respeitar cada vez mais o bem estar e a vontade do paciente, impondo certos procedimentos em determinadas actividades da medicina. [...] pode também ver-se uma tendência de retirada, sobretudo porque o direito penal já quase mal precisa de se ocupar propriamente dos bens jurídicos a proteger como o corpo e a vida, a integridade física e a autodeterminação do paciente, mas já só, ao que parece, de assegurar o campo prévio. Se isto serve a prevenção, tanto melhor. No entanto, há aqui ainda que ter em consideração o reverso da medalha, ou seja, que com a mediatização de bens jurídicos também o direito penal perde conteúdo axiológico e, por isso, também pode perder peso.” ESER, Albin. *Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht*, cit., p. 38–39.

<sup>80</sup>“A queda proposital da arenove Airbus A320, da companhia aérea alemã Germanwings, chocou o mundo em março de 2015. O copiloto Andreas Lubitz precipitou dolosamente a aeronave contra os Alpes franceses matando todas as 150 pessoas a bordo. Segundo as informações divulgadas pelo relatório final do *Bureau d’Enquêtes et d’Analyses pour la sécurité de l’aviation civile* (BEA), o copiloto Andreas Lubitz sofria de transtorno mental com sintomas psicóticos e tomava medicamentos para tratamento de um quadro depressivo. No entanto, a sua condição médica não foi relatada a nenhuma autoridade de aviação e, mesmo perante um delicado quadro clínico, o copiloto continuou regularmente com as suas funções culminando em um trágico homicídio em massa. As questões jurídico-criminais que se colocam diante deste caso são as seguintes: O médico responsável pela condição médica de Lubitz *deveria* ter revelado o sigilo sobre a sua condição depressiva? O bem jurídico protegido pela norma jurídico-penal deve (ou pode) ceder à revelação do sigilo em nome de interesses superiores?” KULLOK, Arthur Levy Brandão. op. cit., p. 47.

condição médica, conforme estabelece as normas de controle de aviação européias, Lubitz não informou a sua situação a ninguém da empresa, nem do centro médico aeronáutico da Lufthansa, nem a nenhuma autoridade aérea. Em fevereiro consultou um *médico privado* que o diagnosticou com desordem psicossomática e desordem de ansiedade. Este médico lhe encaminhou para um psicoterapeuta, um psiquiatra e para tratamento psiquiátrico hospitalar. Em março um *psiquiatra* lhe prescreveu medicamentos antidepressivos e medicamentos para dormir. Entre fevereiro e março de 2015, Lubitz obteve diversas licenças médicas por desordem psicossomática e desordem de ansiedade, além de ser diagnosticado com uma possível psicose duas semanas antes do acidente. Segundo o *Final Report*, Lubitz estava de baixa médica no dia do acidente. Contudo, o copiloto não encaminhou nenhuma licença médica para a Germanwings. Também nenhum destes dois médicos informou as autoridades aéreas ou a companhia aérea sobre a condição de Lubitz, ainda que provavelmente estivessem cientes da profissão do copiloto. A questão sobre *quando* e *como* deve existir um limite para os conflitos de valores envolvidos na questão do segredo médico tem encontrado representações jurídicas e sociais. Afinal, o médico estaria *obrigado* a revelar o segredo em casos como o de Andreas Lubitz? Ainda que não fosse *dever* do médico revelar a condição clínica do copiloto, a sua conduta típica de violação de segredo encontraria alguma *causa de exclusão* da responsabilidade criminal? O segredo médico tem polarizado diversos interesses (ou mesmo bens jurídicos) entre a sua manutenção e a sua revelação. O direito penal tem procurado atender à preservação dos bens jurídicos superiores segundo uma casuística ponderação de interesses. Por outro lado, os médicos necessitam de argumentos jurídicos sólidos, seguros, simplificados e claros para a tomada de suas decisões profissionais.<sup>81</sup>

No Brasil, temos que o dever de confidencialidade importa na proteção do segredo<sup>82</sup> médico e, do ponto de vista da dogmática jurídico-penal, há relação do bem jurídico tutelado na revelação de sigilo médico profissional com o direito à privacidade e à intimidade, consoante Víctor Gabriel de Oliveira Rodríguez:

A possibilidade de configuração do delito, como *ultima ratio* do Direito, tem origem no conflito existente entre dois direitos principais: o direito à Privacidade, pela não-violação do segredo e, a necessidade de persecução penal dos possíveis autores do delito, bem como a tutela exclusiva do Poder Judiciário para o controle da legalidade desses atos. [...] Para valorar o segredo como bem jurídico a ser tutelado pela norma – penal ou não – é necessário, em nossa opinião, analisá-lo sob pontos de vista diversos. [...] Nesse sentido, analisa-se o direito ao segredo, em primeiro lugar, por sua relação com o direito à privacidade e à intimidade. Em segundo, à luz do

<sup>81</sup>KULLOK, Arthur Levy Brandão. op. cit., p. 49-51.

<sup>82</sup>“A todo indivíduo deve ser assegurada a faculdade de resguardar da arbitrária ou indébita indiscrição de outrem os fatos de sua vida privada que ele entende de manter secretos. Se não houvesse tal segurança, estaria seriamente prejudicada a vida de relação. Trata-se de um interesse que diz com a liberdade individual, pois esta sofreria grave restrição se o indivíduo não tivesse a exclusiva disponibilidade dos próprios segredos ou não pudesse fazer confidências sem ficar exposto a ‘cair na boca do mundo’”. Perfeitamente explicável, portanto, é a tutela penal desse relevante interesse, bem como a inclusão dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos entre os crimes *contra a liberdade individual*.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 6, p. 248.

interesse público de preservação da profissão. [...] Um dos fundamentos da preservação de qualquer segredo profissional é a proteção da privacidade. O paciente examinado pelo médico tem o direito à preservação dos dados que este colhe no exercício de sua profissão, e tal relação aparece como extração da norma constitucional. [...] Não parece haver dúvida de que a garantia da intimidade, conquanto não seja garantia nova, é questão que modernamente toma maior relevo, dadas as características da sociedade atual. [...] Há que se levar em conta, assim, que o segredo, como parte integrante do direito à intimidade, é também surgido da dignidade humana, como valor fundamental a ser preservado pelo ordenamento. Mas é de observar, também com objetivo pragmático, que o princípio da dignidade humana, do qual advém a intimidade, foi há pouco tempo incerto nas Constituições modernas. Isso implica reconhecer que qualquer interpretação que seja feita a respeito de norma infraconstitucional e que não leve em consideração, desde logo, esse princípio, já será, falha. A Constituição Federal alçou a dignidade da pessoa humana a bem jurídico fundamentalmente protegido, e assim é impossível deixar de considerar que os direitos dele oriundos, como a intimidade, merecem atenção especial do legislador e do intérprete da norma, aqui em especial a de natureza penal. [...] É todavia reducionista a análise do segredo médico como forma de tutela apenas de um interesse individual, ainda que seu reflexo na dignidade da pessoa humana, como anteriormente destacado, leve-o à supremacia em relação a demais direitos ou interesses. A necessidade de tutela do segredo médico – e daí, evidentemente, a imperatividade do respeito do órgão judiciário a tal tutela – advém, a nosso ver, do interesse difuso da confiança na própria atividade. [...] Muito mais plausível é confiar ao segredo médico a fórmula de tutela a um interesse difuso, de toda a sociedade, em que a profissão preserve seu segredo e sua confiabilidade. [...] Parece que a violação do segredo, sob qualquer aparente justificativa, segue à contramão das expectativas do direito na sociedade moderna. A chamada ‘sociedade de risco’, tão analisada quando se pretende seguir políticas de proteção social pela norma – em especial de natureza penal – tem como um de seus pilares a necessidade da garantia das instituições, para diminuir uma sensação geral de insegurança, típica de sua formação e evolução. Pois na sociedade atual, data vênica dos posicionamentos em contrário, a sensação de segurança social deve fluir muito mais da preservação do segredo para a confiabilidade, no caso, da atividade médica, do que do interesse em materialidade para a punição em um Direito penal simbólico. No contexto em que a sociedade reclama da patente violação da intimidade, da intervenção da comunicação privada, das filmagens clandestinas, enfim, da confirmação da ideia antes ficcional do *Big Brother is watching you*, o “sentir-se livre de temores” passa muito mais próximo da atribuição de sensação de privacidade àqueles que se revelam diante do profissional da saúde.<sup>83</sup>

A compreensão do bem jurídico há de levar em conta, não obstante a prática das *medicinas alternativas*<sup>84</sup> (também, conhecida como medicina não ortodoxa, medicina

<sup>83</sup>RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. Sigilo médico e direito à privacidade: do delito de desobediência face ao desatendimento de ordem judicial de revelação de dados de pacientes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coords.). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 393-400.

<sup>84</sup>“La revelación de secretos: Integra el derecho a la autonomía del paciente el respeto de la confidencialidad por parte del técnico. En la mayoría de los sistemas penales se castiga la violación del secreto profesional. La relación que caracteriza al médico alternativo con su paciente es típicamente profesional, aun cuando no se trate de títulos reconocidos oficialmente. Lo importante es proteger la razón por la cual el paciente dice algo al técnico. Se trata de una relación especial, en la cual es esencial garantizar la confianza. Más aún en

exótica ou medicina não convencional), o *compliance* ou *adhrence* (concordância entre a prescrição e o comportamento do paciente) da medicina científica<sup>85</sup>:

**Compliance** é o termo que os autores de língua inglesa utilizam para o estudo do relacionamento médico-paciente e todos os aspectos que influenciam a confiança no tratamento e o correto cumprimento da prescrição médica. Observância, obediência, adesão e aderência são tentativas de tradução para o português do termo *compliance*. A fonética de “*compliance*”, em inglês, lembra o termo “*cúmplice*”, em português. Segundo o Dicionário Aurélio, **cúmplice** é a “*pessoa que participa com outrem de algum fato; parceiro; sócio*”. Todavia, esse dicionário também traz outra definição, que tem caráter pejorativo: “*pessoa que tomou parte em um delito ou crime; coautor*”. Assim, embora o termo “*cumplicidade*” seja uma tradução correta do termo inglês “*compliance*”, na prática a realidade é outra...Se alguém falar em “*cumplicidade paciente/médico*” a primeira coisa que toda pessoa pensa é que os dois cometeram algum crime, em conjunto. “*Cumplicidade*” pode estar até correto, mas seu uso no Brasil, não transmite o verdadeiro significado de “*compliance*”. Em vista desta dificuldade, optou-se por utilizar a palavra **compliance** na sua grafia original significando a “**obediência participativa, ativa, do paciente à prescrição a ele dirigida**”. Importante: entende-se por prescrição não apenas os medicamentos mas também todos os demais cuidados ou providências recomendados. Um *bom compliance* significa seguir o tratamento à risca, sem falhas, e com boa disposição; um *mau compliance* significa falhas de qualquer tipo, ou qualquer causa que possa prejudicar o tratamento [...] A competência médica em atingir o correto diagnóstico e o tratamento eficaz obviamente, é componente fundamental do *compliance*.<sup>86</sup>

Na fascinante história dos saberes médicos, do passado ao presente, o segredo médico ou a revelação do sigilo médico profissional, pela sua transcendência e importância

---

el caso de las medicinas alternativas, en las que el grado de cooperación del paciente es determinante en el proceso de su curación. Es esta otra característica propia de la *lex artis* de la medicina alternativa. Siempre que el técnico deba quebrar la confidencialidad deberá primeramente intentar que sea el propio paciente quien lo haga. Esto rige para todos aquellos que posean capacidad de raciocinio, aun cuando sean menores [...] El *bien jurídico tutelado* es la libertad que debe existir para que se genere y mantenga la imprescindible confianza que permita ciertas relaciones profesionales, de empleo o comisión, necesarias absoluta o relativamente. [...] Si es un médico titulado – aunque aplique técnicas ilícitas – incurrirá en este tipo si obtuvo el secreto *con ocasión y objeto* de la relación profesional y lo divulga con perjuicio para alguien. [...] siempre queda la posibilidad de que se cometa el delito de *difamación* o el de *injurias*” MONTANO, Pedro J. *Medicinas alternativas y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 171–174.

<sup>85</sup>Não confundir a terminologia *compliance*, há tempos utilizada no relacionamento médico-paciente (referindo-se a realização, rigorosa, da indicação e tratamento terapêutico a ser seguido pelo paciente), com a denominação *criminal compliance* tratada no Brasil em que “dentro da realidade da Lei de Lavagem de Dinheiro original (Lei n. 9.613, de 3-3-1998), as noções de *criminal compliance* passaram por profunda alteração, em especial após a entrada em vigor da Lei n. 12.683, de 9-7-2012, a qual reestruturou toda a dinâmica relativa ao tratamento penal da lavagem de capitais.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 27.

<sup>86</sup>Luiz Gonçalves Paulo: Professor Titular de Farmacologia Básica e Clínica, Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Antonio Carlos Zanini: Professor Associado, Sistema de Informação de Medicamentos do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. PAULO; Luiz Gonçalves; ZANINI, Antonio Carlos. *Compliance: sobre o encontro paciente/médico*. São Roque, SP: IPEX Ed., 1997. p. 4-5.

dentre as naturezas de experiência, de observação, do pensamento humano, exige na prática médica, a sensibilidade social<sup>87</sup> do médico.

Na sociedade atual, o desafio na compreensão das questões decorrentes da atuação médica e, em particular, a tutela e responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional, nos leva a debates profícuos e, na dogmática jurídica, Antonio Luís Chaves Camargo mostra-nos a necessidade do debate, através de sua enorme e valiosa contribuição nas considerações do bem jurídico-penal:

A sociedade moderna tem como característica básica uma pluralidade de ideias, interesses e valores, o que determina que os bens jurídicos tenham formas diversas que refletem os direitos subjetivos de cada um. [...] Os dispositivos constitucionais, que estabelecem o sistema jurídico, no caso do Brasil, o Estado Democrático de Direito, exigem a observância dos princípios dele decorrentes, que são especificados, de acordo com a autonomia política dos atores da comunicação, que é autorreferencial. Este sistema de direitos assegura uma forma de atuação social exigível em determinado período histórico, requerendo de seus destinatários a opção entre agir comunicativamente de conformidade com o sistema, ou contrariá-lo, impondo uma outra compreensão dos denominados direitos fundamentais. O pluralismo, característica do Estado atual, determina que o bem jurídico protegido, no âmbito de uma norma, esteja de conformidade com as características pessoais dos atores da comunicação, tendo um referencial semântico decorrente da interpretação da norma, que se concretiza no momento em que há uma divergência relevante entre esta atuação pública e a legitimidade da pretensão estabelecida na norma questionada. Assim, o bem jurídico não pode ser entendido sempre com o mesmo significado, porque vários fatores interferem na sua delimitação semântica, cabendo ao intérprete a análise de cada caso, no sentido de verificar-se se há relevância para a imposição do Direito Penal, naquela relação de comunicação. Não se entenda, também, que tudo deva ser analisado sob um prisma puramente abstrato, mas, no momento em que a ação interfere no agir social, é possível a concretização do conceito de bem jurídico e a verificação da contrariedade na observância deste valor e o contido na norma penal. [...] A Constituição Federal brasileira de 1988, deve ser considerada um sistema aberto de interpretação do Direito, bem como do Direito Penal, uma vez que estabelece os princípios do Estado Democrático de Direito como seus fundamentos. Nesta visão, com o afastamento dos apriorismos que restringem qualquer possibilidade de questionamento ou interpretação ampla, poderemos reavaliar os institutos do Direito Penal, para adequá-los à sociedade contemporânea<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup>Prof. Dr. Carlos da Silva Lacaz, Presidente de Honra da Sociedade Brasileira de História da Medicina e Professor Emérito da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo: “as conquistas tecnológicas não devem afogar o espírito de solidariedade humana que individualiza a nossa profissão. A substância humanística da Medicina, fundada no respeito e no amor ao próximo, haverá de prevalecer inabalável. [...] É preciso voltar sempre ao passado, sem desprezar as grandes e valiosas conquistas do presente. A Medicina é provação, renúncia, serenidade, bondade, tolerância, compreensão, respeito à vida humana física e espiritual, competência e honestidade. Exige sensibilidade moral e social. Morto ou doente, a Medicina traduz o seu profundo significado espiritual e humano, fundamentada em uma filosofia moral mais sentida que codificada.” *In*: BOTELHO, João Bosco. *História da medicina: da abstração à materialidade*. Manaus: Ed. Valer, 2004. p. 13.

<sup>88</sup>CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 127-128.

#### 1.4 Natureza integrativa, interdisciplinar e hermenêutica

A pretensão de estudo do *Direito Penal Médico Brasileiro* deve ser concebida como verdadeira ciência penal, em uma visão programática<sup>89</sup>, orgânica e unitária, de caráter interdisciplinar, integrativa e hermenêutica, positivada no espaço e no tempo, concretizada na história. E é nesta peculiar consideração substancial, incluído nos limites do *jus positum*, que se constitui em fenômeno jurídico, de caráter não sectário ou antissistêmico, adequando-se perfeitamente a dogmática jurídico penal atual<sup>90</sup>, abrangendo diversos encadeamentos de interpretações na realidade social, envolvendo a conduta dos profissionais da saúde no âmbito do segredo profissional.

---

<sup>89</sup>A ideia programática é antiga: “Porque *PROGRAMA*: Quando eu, em 1859, guindado ao ensino do Ateneu de Pisa, resolvi, finalmente, entregar aos riscos da imprensa o curso de direito criminal por mim professado, durante 12 anos, em cátedra mais humilde, aprouve-me dar ao meu trabalho o título de *Programa*. Esse batismo pareceu uma novidade: alguém o julgou muito modesto; outrem, por demais acanhado e desproporcionado à obra que vinha à luz. Mas eu, ao invés, havia hesitado em adotar o título por temer pudesse parecer mui pretensioso e demasiadamente amplo. O *programa* de uma ciência, no meu entendimento, não indica o livro onde ela vem exposta, mas, sim, o princípio fundamental e a fórmula em que o autor sintetizou a força motriz de todos os preceitos que a mesma ciência (de acordo com o seu pensamento) é chamada a desenvolver e a demonstrar. O *programa do direito criminal* devia, segundo a minha opinião, resumir na fórmula mais simples a verdade reguladora de toda a ciência; e conter em si o princípio da solução de todos os problemas que o criminalista deve estudar, bem como todos os preceitos que governam a vida prática da mesma ciência nos três grandes fatos que lhe constituem o objeto, enquanto tem ela por missão enfrear as aberrações da autoridade social, na *proibição*, na *repressão* e no *juízo*, para que tal autoridade se mantenha nos caminhos da justiça e não degenere em tirania. A ciência penal tem por função moderar os abusos da autoridade no exercício daqueles três grandes fatos; e está nessa obra, que constitui atividade substancial e a razão de ser da organização social, o complemento da ordem, quando os mesmos fatos são devidamente regulados, ou uma perene fonte de desordens e iniquidades, quando permanecem entregues ao capricho e às paixões do legislador. Os preceitos destinados a moderar por essa forma o poder legislativo devem remontar a um princípio comum e fundamental; e a fórmula que exprime tal princípio é o *programa* da ciência criminal. Toda a imensa teia de regras que, com o definir a suprema razão de *proibir*, de *reprimir* e de *julgar* as ações dos cidadãos, circunscreve aos devidos limites o poderio legislativo e judiciário deve filiar-se (segundo o meu modo de entender), como à raiz-mestra da árvore, a uma verdade fundamental. [...] O *Programa* para mim não era nem o livro, nem o tratado, mas a ideia que devia vivificá-lo, por inteiro, para o conduzir aos seus fins, por caminhos múltiplos e variados, mas sempre coerentes, convergentes, entre si concatenados, e conformes à verdade.” CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1, p. 9-11.

<sup>90</sup>“No Direito Penal brasileiro, a advertência inicial se pautou na inadiável superação do positivismo jurídico neokantiano, numa passagem, ainda que rápida, pelo finalismo welzeniano, para conhecimento de seus fundamentos metodológicos, chegando-se à dogmática atual, onde se localiza a teoria da imputação objetiva. O pluralismo, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, deve ser considerado, a fim de que os conceitos do Direito Penal, inclusive o de bem jurídico, não se vinculem a apriorismos ou ontologismos, impossibilitando o desenvolvimento social. A postura crítica, diante do Direito Penal, é requisito indispensável para o entendimento da imputação objetiva e sua aplicação prática. Superada estas fases anteriores da metodologia penal, mantém-se, como base da comprovação da existência do fato, a teoria da equivalência das condições, do art. 13 do Código Penal. Os demais elementos que compõem a teoria da imputação objetiva serão aplicados, para determinar-se, a final, a responsabilidade ou não do autor quanto ao resultado exteriorizado pela ação comunicativa.” CAMARGO, Antonio Luís Chaves. op. cit., p. 19-20.

A dogmática jurídica é uma ciência<sup>91</sup>, constituída de conceitos fundamentais e raciocínios destinados a organizar, sistematicamente, as leis de um determinado ordenamento jurídico. Na concepção de Heleno Cláudio Fragoso:

A Ciência do direito chama-se *Dogmática Jurídica*, porque se trata de ciência das normas ou preceitos estabelecidos pelo legislador e que constituem o dado primário fundamental. Isso significa que o estudo do jurista, na elaboração da ciência do direito, há de se assentar na lei, ponto de partida indispensável, do qual não é possível fazer abstração. Trata-se de ciência do *dever ser*, cujo objeto é constituído por *normas* que estabelecem uma consequência jurídica em face de sua transgressão. A ciência do direito classifica-se entre as chamadas *ciências culturais*, conforme a classificação que provém da Filosofia dos Valores, segundo a qual cumpre distinguir *realidade* e *valor*, entre *ser* e *dever ser*, entre *natureza* e *cultura*. A *realidade*, no sentido acentuado nessa antítese, compreenderia a totalidade de quanto é *acessível à experiência* (interna e externa), de quanto é conhecido em *relação de causalidade*, ao passo que as valorações *escapariam à percepção*, devendo ser buscadas no reino das *significações ideais*, originando-se no *nexo teleológico*. O *porquê* dominaria as ciências das realidades; o *para que*, as ciências do dever ser ou as ciências culturais. [...] A Ciência do Direito Penal, também chamada *Dogmática Jurídico-Penal*, é a disciplina que estuda o conteúdo daquelas disposições que, na ordem jurídica positiva, constituem o Direito Penal. A ciência do Direito Penal não se distingue das disciplinas jurídicas que estudam os outros ramos do direito,

---

<sup>91</sup>Em 1896 sustentou Pedro Augusto Carneiro Lessa, professor catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, que a dogmática jurídica era uma ciência, comparando o Direito e a Medicina, em linguagem da época: “Quando o clinico applica um medicamento inefficaz, podemos affirmar que elle errou. Deu-se um erro de pathologia por ser a molestia outra que não a diagnosticada, ou por ter-se reputado curavel a enfermidade que realmente não o era, ou um erro de therapeutica, tendo se attribuido ao remedio ministrado propriedades que elle não tem. Do mesmo modo, quando o jurisconsulto, ou o estadista, formula uma lei má, ou inefficaz, podemos asseverar que um erro foi commettido: não foram apprehendidas as relações entre a norma promulgada e suas consequências, ou seus efeitos sobre a conservação e desenvolvimento da sociedade. O direito é, como a medicina, sciencia e arte simultaneamente. Quando, no exercicio de sua profissão, e applicando os conhecimentos medicos e cirúrgicos, emprega os meios adequados para o fim de conservar ou restabelecer a saude, o clinico é artista. Quando, observando, comparando e generalizando, estuda as leis das diversas sciencias que enfeixadas formam a medicina, o clinico é homem de sciencia. Eguamente o jurisconsulto que de qualquer modo applica o direito, desenvolve sua actividade no dominio da arte. Mas, esse trabalho artistico carece ser precedido do estudo das verdades scientificas de que a arte é mera applicação. Essas verdades scientificas não estão unicamente nos principios fundamentaes que constituem o objecto da Philosophia do Direito, mas tambem nas leis particulares, nos corollarios, nas deducções ou desenvolvimentos desses principios, que formam o conteúdo da dogmatica jurídica. A dogmatica juridica é, pois, uma sciencia.” LESSA, Pedro. *Philosophia do direito. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 4, p. 5-34, 1896. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/64925/67537>>. Acesso em: 09 fev. 2018. Após ser guindado ao Supremo Tribunal Federal, em 1907, Pedro Lessa passou a defender ideia diametralmente oposta, pondo em realce que: “somente pelo caráter empírico, por tantos séculos imprimido ao estudo do direito, e pelos arraigados preconceitos que ainda hoje dominam tantos cultores dessa doutrina, incapazes, pela falta de preparo científico, de formar um conceito exato acerca da natureza da ciência, tornou-se possível, então, explicar-se ‘o absurdo da inclusão da dogmática jurídica entre as ciências, ou da sua qualificação como ramo da ciência do direito [...] tem por objeto o dogma do direito, isto é, os cânones, as regras do direito positivo, as leis (no sentido técnico, especial, do termo), escritas ou consuetudinárias [...] A dogmática jurídica encerra um conjunto de preceitos, formulados para a realização de fins determinados: é a explanação de uma arte. Confundi-la com a ciência importa desconhecer um dos mais vulgares elementos de lógica”. LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, Rodrigues & Cia., 1912. p. 45-52.

senão pela natureza das normas que lhe constituem o objeto [...] A ciência do Direito Penal é ciência *teórica*, no sentido de visar a escopo cognoscitivo, mas é também ciência *prática*, no sentido de fornecer aos juristas os elementos necessários à aplicação da lei, atendendo-se aos fins da ordem jurídica. [...] O *método* de estudo é o chamado técnico-jurídico ou lógico-abstrato. [...] Este método desenvolve-se em três etapas, que são a *exegese*, a *dogmática* e o *sistema*. Primeiro passo é a interpretação, que visa a estabelecer o conteúdo e exato significado da lei. Constitui a atividade inicial do jurista e base fundamental da reconstrução científica do direito. [...] A segunda fase do método técnico-jurídico é a *dogmática*, que é a fase realmente científica [...], na qual se elaboram indutivamente os institutos jurídicos, realizando o que se tem chamado de concentração lógica da matéria. [...] Finalmente, a última etapa do método técnico-jurídico é a formação do *sistema*, que classifica e organiza os institutos entre si, além de pô-los em relação com a totalidade da ordem jurídica. [...] É importante hoje superar o esquema apresentado pelo método técnico-jurídico, que tende à compreensão e justificação do direito penal vigente, que constitui uma técnica de supremacia e dominação dos que têm o poder de fazer as leis. O Direito Penal em vigor é comumente defeituoso, extremamente repressivo e reacionário, incorporando valores de duvidosa vigência, que servem à manutenção de preconceitos e privilégios. É fácil compreender que através do método técnico-jurídico pode o jurista vir a perder contato com a realidade social [...] Isso em virtude de sua própria atividade científica, que tem por objeto o complexo de normas que constitui o direito positivo, e não o estudo dos fatos sociais que o direito pretende regular. Ao jurista moderno é essencial uma postura crítica perante o sistema vigente, para abrir passo às reformas que uma política criminal progressiva recomenda, com base na pesquisa criminológica. [...] É indispensável não perder de vista a realidade social, através da interpretação teleológica e da permanente influência, na aplicação da lei, de elementos criminológicos. A finalidade da lei, o escopo político, o fato social do qual a norma surgiu, são roteiros seguros para a elaboração dogmática. A interpretação da norma abre caminho ao reflexo da realidade social na reconstrução científica do direito, através dos valores que o direito penal tutela.<sup>92</sup>

De há muito se discute na ciência penal, a antiga ideia para o pensamento convencional científico<sup>93</sup>, de propostas legais e interpretativas, de fundo dogmático, no entendimento da norma. O modelo clássico de dogmática jurídico-penal, decorrente da

<sup>92</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 17-20.

<sup>93</sup>“o Código Penal foi feito para permitir que os cidadãos se abstenham de certos atos que se consideram gravemente nocivos ao bem comum e realcem outros atos que são necessários a esse mesmo bem comum. Entretanto, como se poderá alcançar esse resultado, se não se fazem conhecer as leis que compõem o referido código? Há, neste, um artigo em virtude do qual, como afirmamos, *ignorantia legis excusat* (‘a ignorância da lei não se desculpa’). Ou seja, significa que um cidadão, uma vez que tenha contrariado um preceito penal, não pode desculpar-se dizendo que não o conhecia. Esse conhecimento, pois, não deve faltar à cultura comum; caso contrário, seria necessário que cada um de nós, em todos os momentos da vida, tivesse a seu lado um jurista a quem pedir conselho sobre o que poderíamos/deveríamos fazer. Em suma, *se a instrução jurídica superior deve reservar-se aos juristas, não se pode deixar de repartir a todos os cidadãos uma instrução inferior*. A posição é análoga no campo do direito e no da medicina: chamam-se os advogados e os juizes, bem como os médicos, quando as enfermidades se manifestam.” CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Ed. Pillares, 2015. p. 25-26.

divisão das disciplinas estanques que organizam a metodologia tradicionalmente aplicada, não deve se contrapor à ideia da interdisciplinaridade, cuja natureza integrativa justifica a necessidade de sistematizar o Direito, na busca da sua eficácia e legitimidade.

Na dogmática jurídica estrangeira, contribui de modo significativo o jurista alemão Albin Eser, ao discorrer sobre a autonomia do Direito Penal Médico, em conferência realizada na Universidade de Coimbra, cujo artigo da palestra *Perspectivas do direito (penal) da medicina*, traduzido do original alemão, encontra-se editado pela *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1 e 2, novembro 2004, e cujas figuras foram extraídas do mencionado texto<sup>94</sup>, afirmando, com sua autoridade intelectual, da necessidade, no seu país, de evoluir o direito da medicina – setorial, tratado no âmbito de diversas disciplinas, como direito penal, direito civil, direito social, e direito público, para um direito da medicina integrativo, sugerindo o primeiro esquema:

### Esquema 1

#### **Direito Médico: sectoral**

##### **direito civil**

responsab. civil  
contrato médico  
de tratam.  
tratam. terapêutico  
esclarecimento/  
/consentimento  
negligência

**direito público**

licenciamento  
farmacontrole  
proteção de  
dados  
orçamento

seguro  
aprovisionam  
dir. à assistência

**direito social**

negligência  
consentimento/  
/esclarecimento  
tratam. terapêutico  
interrupção da  
gravidez  
aux. méd. à morte  
segredo médico

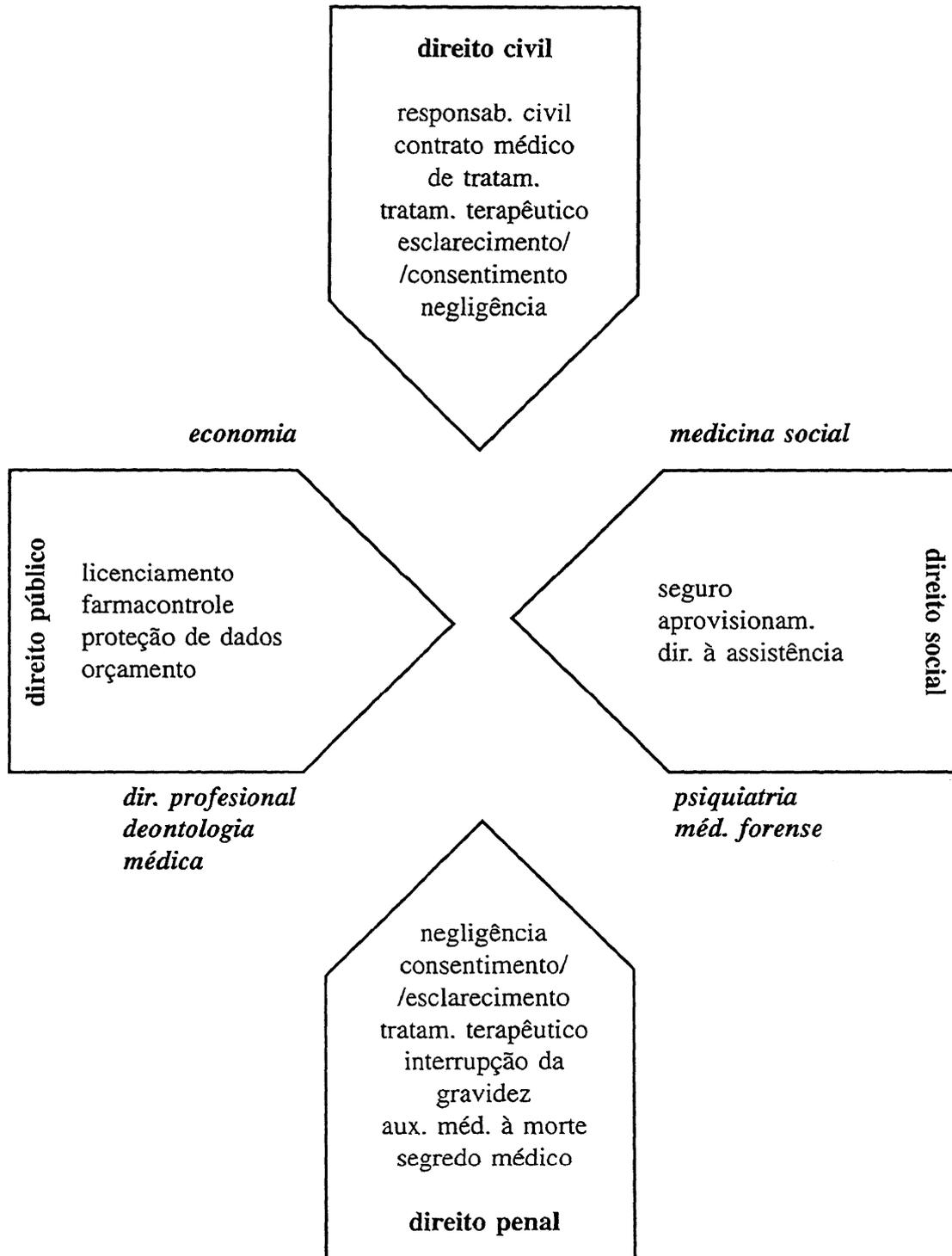
##### **direito penal**

<sup>94</sup>ESER, Albin. *Perspectivas do direito (penal) da medicina*, cit., p. 18, 21 e 22, respectivamente.

Albin Eser, elabora, neste artigo, inicialmente, como explicação, determinações e objetivos para a evolução do “direito (penal) da medicina” e após fazer uma retrospectiva sobre a evolução do direito da medicina, na Alemanha, apresenta o segundo esquema:

### Esquema 2

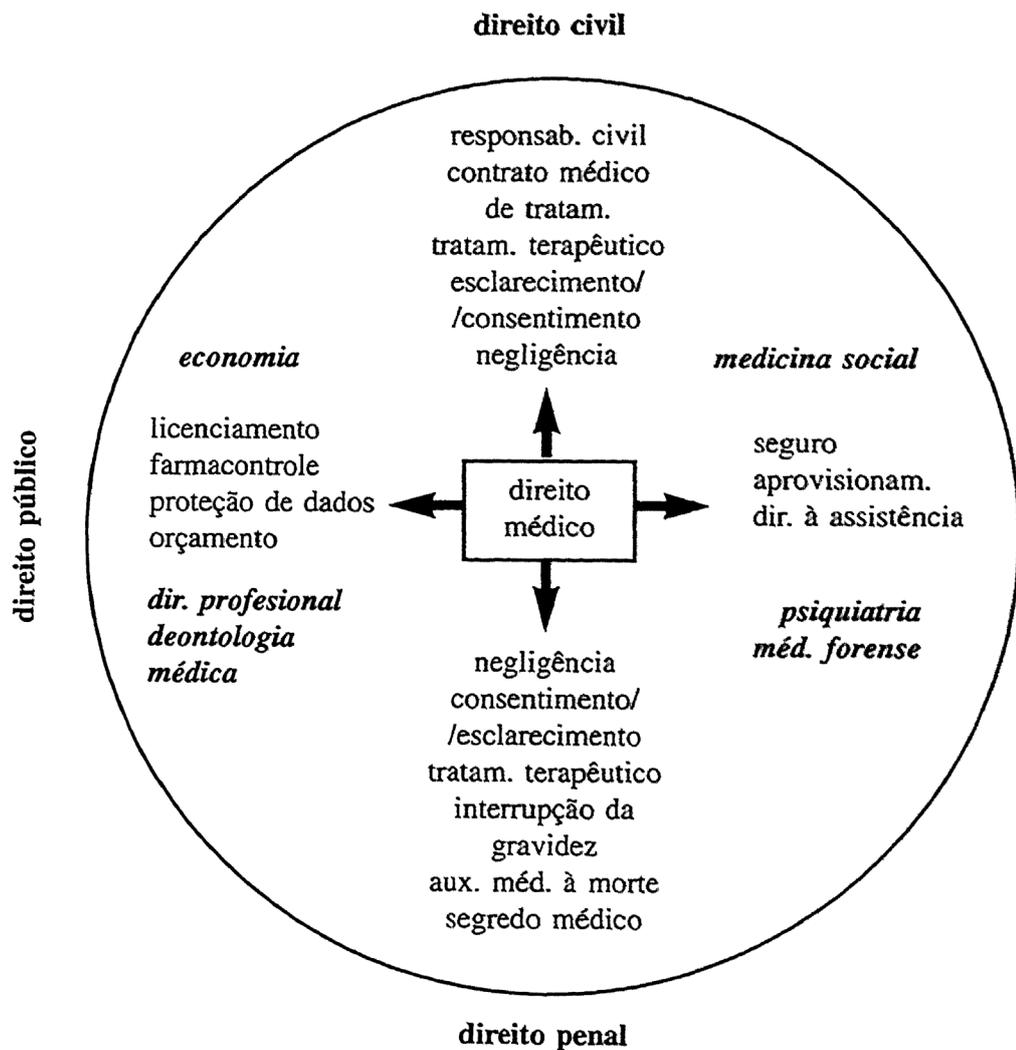
#### Direito Médico: sectoral e interdisciplinario



Albin Eser propõe a experiência da integração do direito médico, que lhe permitirá autonomia, formando um centro próprio, a partir do qual se desenvolvem as ramificações, representando os segmentos correspondentes, destacando as principais disciplinas jurídicas clássicas, visando concretizar a integração. Não se trata de autoemancipação do direito da medicina, que se desenvolve por si mesmo, de maneira abrangente e consistente, mas em perspectiva jurídico-dogmática, inerente a uma disciplina jurídica, cada vez mais complexa, que quiçá, um dia, poderá ser adotado no Brasil, diante das peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, conforme demonstra o terceiro esquema:

### Esquema 3

#### Direito Médico: integrativo



Também, singularmente relevante, após a integração<sup>95</sup>, é a interdisciplinaridade<sup>96</sup> no universo da responsabilidade penal no âmbito do segredo médico, em virtude de danos causados a alguém, diante do progressivo questionamento e diversidade das indagações envolvendo a relação médico-paciente, evidenciando a inviabilidade de sua abordagem sob perspectiva monodisciplinar.

Através da interdisciplinaridade, é possível a interação de temas, aparentemente distintos, no Direito e na Medicina, como forma de modernização do Direito, adaptando-o aos novos conhecimentos científicos e ao contínuo aperfeiçoamento em todas as suas áreas, no que for possível, com as áreas da saúde, superando a fragmentação entre as ciências humanas e biológicas, proporcionando um diálogo entre estas, relacionando-as entre si para a compreensão da realidade.

---

<sup>95</sup>“a necessidade da integração, como um momento anterior à interdisciplinaridade. É necessário que se reafirme esse aspecto ‘funcional’ da integração; como etapa e não como um produto acabado da interdisciplinaridade. O fato de haver integração pode ocasionar muitas vezes uma canalização de esforços para sua manutenção ao passo que esta deve ser uma decorrência natural no processo interdisciplinar. A partir dela, as preocupações irão crescendo e desenvolvendo-se no sentido de questionar a própria realidade e suas perspectivas de transformação, ou seja, a integração seria uma etapa anterior à interdisciplinaridade, em que se iniciaria um relacionamento, um estudo, uma exegese dos conhecimentos e fatos a serem posteriormente interados. A interdisciplinaridade é fator de transformação, de mudança social, enquanto a integração como fim em si mesma é fator de ‘estagnação, de manutenção do *status quo*. Na integração a preocupação seria ainda com o conhecer e relacionar conteúdos, métodos, teorias ou outros aspectos do conhecimento. Neste sentido é que permanecer apenas nela seria manter as coisas como elas se apresentam, embora de uma forma mais organizada. Um caso mais sério ainda é quando a integração está a serviço de objetivos escamoteados, como pode acontecer quando as preocupações passam a ser única e exclusivamente com as formas de integrar. Permanecer neste nível não abre oportunidade de questionamento da própria realidade. [...] A respeito, portanto, da integração em relação à interdisciplinaridade, conclui-se em favor da necessidade da integração como momento, como possibilidade de atingir uma ‘interação’, uma interdisciplinaridade com vistas a novos questionamentos, novas buscas, enfim, para uma mudança na atitude de compreender e entender.” FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. *Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro: efetividade ou ideologia*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Edições Loyola, 2011. p. 82-84.

<sup>96</sup>O tema é antigo, mas a crítica, ainda é atual: “Em nossos dias, o conceito de ‘interdisciplinaridade’ está no meio da moda. Na Europa e nos Estados Unidos, sobretudo nas instituições universitárias e de pesquisa, numerosos são os pesquisadores e planejadores a fazerem apelo crescente à metodologia interdisciplinar. Talvez possamos ver nessa reinvidicação certo esnobismo. Se, porém, analisarmos melhor esse fenômeno, descobriremos que essa exigência, longe de constituir progresso real, talvez seja mais o sintoma da situação patológica em que se encontra hoje o saber. A especialização exagerada e sem limites das disciplinas científicas, a partir sobretudo do século XIX, culmina cada vez mais numa fragmentação crescente do horizonte epistemológico. No final das contas, para retomarmos a célebre expressão de G. K. Chesterton, o especialista converteu-se neste homem que, à força de conhecer cada vez mais sobre um objeto cada vez menos extenso, acaba por saber tudo sobre o nada. Nesse ponto do esmigalhamento do saber, a exigência interdisciplinar não passa da manifestação, no domínio do conhecimento, de um estado de carência. É inegável, porém, que os estudos interdisciplinares constituem um dos temas fundamentais, não somente dos cursos de pós-graduação nas áreas mais sensíveis aos problemas epistemológicos das ciências humanas, mas também das semanas, simpósios e congressos internacionais. Há um aumento progressivo de grupos e equipes interdisciplinares que se substituem às simples pesquisas individuais.” JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1976. p. 40-41. E o mesmo autor salienta ainda na p. 72: “Quanto ao termo ‘interdisciplinar’, devemos reconhecer que não possui ainda um sentido epistemológico único e estavel.”

O Direito<sup>97</sup> é um conjunto de normas – princípios e regras –, uma ciência com seus pressupostos<sup>98</sup>, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. Conquanto uno e estável<sup>99</sup>, o Direito ora regula interesses privados, regulamentando interesses privados; ora se empenha nos interesses da sociedade, atuando com um dever jurídico inescusável.

Assim, o Direito dirigido à liberdade<sup>100</sup> do homem, submetido a técnicas jurídicas distintas de interpretação, relaciona-se interdisciplinarmente com o conjunto dos problemas universais da própria vida humana, diante de valores e conceitos comuns às mais variadas disciplinas, dentre eles a Medicina, na busca de uma visão mais ampla da realidade e da totalidade do conhecimento.

---

<sup>97</sup>“O direito, segundo a ideia que se tem dele atualmente, é um organismo objetivo da liberdade humana. Já não de diz, como se acreditou em outros tempos, que ele é um conjunto de disposições arbitrárias que deve sua origem ao pensamento do legislador, mas sim que é, ao contrário, como o idioma de um povo, produto interno e ordenado da história. A intenção e o cálculo humano contribuem, sem dúvida, para formá-lo, mas uma e outro *encontram* em quantidade maior do que *criam*, porque não depende deles o nascimento e a formação das relações sobre as quais se funda a vida da espécie humana. O direito e suas instituições surgem por estímulo dessa vida, que é quem conserva sua incessante atividade exterior.” JHERING, Rudolf von. *A dogmática jurídica*. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone Editora, 2013. p. 13-14. (Coleção fundamentos do direito).

<sup>98</sup>“Jamais conseguiremos eliminar de uma ciência certos pressupostos. Ela põe em jogo inegáveis opções filosóficas. E aceita, como pressuposto, um mínimo de princípios fundamentais [...] Tais opções se exprimem claramente nas divergências, entre as diversas ‘escolas’, de seus pontos de vista. Mesmo que executem um projeto comum, os cientistas divergem quanto ao modo de se colocar os problemas, aos pressupostos ontológicos a serem utilizados, ao estatuto da noção de ‘causa’, ao valor a ser atribuído a esta ou àquela teoria, etc. Assim, tanto no que diz respeito a seus fundamentos gerais quanto no que concerne às suas estratégias epistemológicas, a ciência implica certa opção filosófica.” JAPIASSU, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Ed. Letras & Letras, 1996. p. 202.

<sup>99</sup>“A ciência jurídica sempre buscou uma solução definitiva para seus problemas, mediante fórmulas certas e irretocáveis. É a perseguição constante da estabilidade como superação do complexo, do contraditório e do desconhecido. Este fenômeno não lhe é, porém, exclusivo. É a extensão do significado da ciência em geral, que se desenvolve com maior rigor na modernidade.[...] Na ciência jurídica, tomada como ciência normativa, que centraliza como seu objeto a realização de uma vida harmoniosa e pacífica, a questão principal se orienta praticamente no sentido da superação dos estados de instabilidade, cujo alcance sempre esteve subordinado a determinados paradigmas, precisamente como instrumentos de sua própria estabilidade. Estes paradigmas estão situados normalmente em duas dimensões; uma, própria do comportamento, como expressão causal, com vistas à produção de efeitos sociais determinados; outra, na configuração dos elementos relacionados ao sujeito responsável, pelos quais trata de complementar a justificação do poder intervencionista do Estado, como observador e fiscal da convivência objetiva.” TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 3-4.

<sup>100</sup>“De todos os fenômenos do Universo, o que mais nos deve maravilhar é o da liberdade humana. Quando, no espaço e no tempo, desde o primeiro princípio até o último fim, e desde o ínfimo até o máximo dos seres, tudo se acha ordenado e dirigido, de um modo inflexível e fixo, invariável e eterno, haverá realmente lugar para o que os humanos denominam ‘sua liberdade’? No campo da Filosofia do Direito, essa é a questão que transcende todas as demais. Se a liberdade do ser humano realmente existe, nada, nas sociedades humanas, sobrelevará em importância o *direito*, que seria a *disciplina da liberdade*. Mas se esta não existe, o direito passa a ser uma fantasia vã. Num mundo sem liberdade, o direito não vale que se lhe dedique um minuto de esforço e de pensamento, tese esta por demais intuitiva e em cuja demonstração não me alongarei. Basta lembrar que o fim do direito é *conduzir* os seres humanos em suas relações sociais, e que para nada serviria se os seres humanos já fossem necessariamente conduzidos pela lei da natureza.” TELLES JUNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21-22.

Muito importante, fundamental mesmo, na compreensão do *Direito Penal Médico Brasileiro* é a hermenêutica jurídica, em um ramo jurídico seguramente autônomo, quando nele se reconhecem princípios gerais de direito<sup>101</sup>, que formam em seu todo uma unidade e que encadeiam um complexo de regras de maneira a comporem um sistema.

Pela sua importância histórica e didática, transcrevemos os ensinamentos, contidos em cuidadosa pesquisa científica, desenvolvida em 1924, por Carlos Maximiliano, quanto às contingências da hermenêutica jurídica e os rigores da interpretação, fruto de seu estudo prolongado:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*. A Interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que evoluiu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial, a Hermenêutica. Esta se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema, e, assim, areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso, propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização. Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almeja, ao invés de hermenêutica, Interpretação. Esta é aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar. [...] Ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Todos os termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados. Demais a palavra *Hermenêutica* resume o sentido de três outras, conjugadas – *Teoria da Interpretação* (*Theorie der Auslegung*); a preferência por ela obedeceria à lei do menor esforço. Entre nós se deve levar em conta, sobretudo, o fato de não ter significado completo e apropriado como *Auslegung* o termo português – Interpretação, o que também sucede com o vocábulo correspondente em inglês, francês, espanhol e italiano. Granjeou a autoridade de livro clássico, entre ingleses e norte-americanos, a *Hermenêutica, Legal e Política* (*Legal and Political Hermeneutics*), do jurisconsulto Lieber O Dicionário Jurídico,

---

<sup>101</sup>Lei n.º 12.376, de 30 de dezembro de 2010, altera a ementa do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, ampliando seu campo de aplicação, passando a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

apreciadíssimo, de Bouvier, na sua mais recente edição, ainda reconhece o valor da palavra *Hermenêutica*, por abranger o sentido de duas outras *Interpretation* e *Construction*. Em França, Berriat Saint-Prix e Fabreguettes definiram: *Hermenêutica é a teoria da interpretação das leis*. Na Itália, Caldara e Degni não se ocuparam com a *Hermenêutica*, em geral. Adotaram, para os seus livros, o título de *Interpretação das Leis*, que dá ideia de quanto é restrita a matéria nos mesmos ventilada. No mesmo país, um juriconsulto de fama dilatada, Giorgio Giorgi, inseriu, na sua *Teoria das Obrigações*, um capítulo, subordinado à epígrafe *Hermenêutica Contratual*. Os Estatutos da Universidade de Coimbra, publicados em 1772, impunham ao professor de *Hermenêutica Jurídica* deveres indispensáveis para tornar proveitoso o estudo daquela disciplina. No comentário da *Lei da Boa Razão* (Lei de 18 de agosto de 1769), Correia Teles recomenda que se guardem as regras da *Hermenêutica*, Gramática, Lógica e Jurídica. Conselho igual deram Trigo de Loureiro e Coelho da Rocha a quem desejasse interpretar com acerto as leis. *Hermenêutica Jurídica* era o título de livros adotados nas faculdades de Direito de Portugal e do Brasil; e ainda hoje é a expressão preferida pelo autor e pelos comentadores do Código Civil. Não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico. [...] Descobertos os métodos de interpretação, examinados em separado, um por um; nada resultaria de orgânico, de construtor, se não os enfeixássemos em um todo lógico, em um complexo harmônico. A análise sucede a síntese. Intervenha a *Hermenêutica*, a fim de proceder à *sistematização* dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.<sup>102</sup>

Eis, pois, que, como necessária complementação ao exame da hermenêutica jurídica, Rubens Limongi França discorre sobre a aplicação dos princípios gerais do direito:

O art. 4º da atual Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei 4.667, de 4 de setembro de 1942, reza o seguinte: “Quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Com semelhante teor, o antigo estatuto preliminar, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, art. 7º, já havia prescrito que se deveriam aplicar, “nos casos omissos, as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”. E é de certa importância assinalar que esse preceito chegou mesmo a ter chancela constitucional expressa, conforme se vê no art. 113, n. 37, da nossa Lei Magna de 1934, cujo mandamento assim preceituava: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade”. Como se vê, o legislador pátrio, desde a promulgação do nosso mais belo e respeitável monumento jurídico, o Código Civil (e a seguir veremos como isso respeita a uma tradição bisseccular, que remonta aos Estatutos da Universidade de Coimbra), de modo inequívoco e reiterado, veio não só consagrar a doutrina, hoje dominante, de que “a lei tem lacunas que a simples analogia não pode preencher”, como ainda assegurar aos Princípios Gerais de Direito a condição de verdadeira “fonte” ou, conforme preferimos, de autêntica “forma de expressão” do Direito normativo. Sucede, porém, que a mera referência a

<sup>102</sup>MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1.

esses princípios, tal como se encontra na lei, não resolve, para o intérprete e aplicador do Direito, o problema *prático* da sua adequação aos casos concretos, para cujo destrinçamento não seja possível invocar algum texto de Lei ou alguma regra consuetudinária. Com efeito, não apenas a matéria é bastante suscetível de controvérsias, como ainda, de modo geral, ressalvadas brilhantes exceções, não tem sido alvo de melhor atenção por parte dos jurisperitos.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup>FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais de direito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 25-26.

## 2. CONFIDENCIALIDADE: FUNDAMENTOS DA BIOÉTICA, BIOTECNOLOGIA, GENÉTICA E RELEVÂNCIA NA CIÊNCIA PENAL

O segredo médico e o sigilo médico profissional associam-se ao vasto leque de temas bioéticos, biotecnológicos e genéticos, com consequências relevantes na ciência penal<sup>104</sup>, tutelando-se a confidencialidade a respeito de determinados fatos. Na visão de Carlos Romeo Casabona:

Com efeito, a Bioética, que podemos qualificar, sem a menor dúvida, como uma ciência jovem – embora cheia de vigor, dinamismo e em plena expansão – se ocupa, desde as multifacetadas óticas das grandes perguntas que se formula a cada dia, o homem moderno, em torno da vida. [...] Por exemplo, quais as relações que se interpõem entre Bioética e Direito, começando por delimitar cada uma destas disciplinas. E também desentranhar se o discurso ético requer a contextualização de novos princípios para fazer frente às novas situações. Por outro lado [...] temas, de primordial importância na atualidade, relacionados com as práticas da Medicina moderna: pesquisa clínica, informação, consentimento, responsabilidade, temas que sem dúvida podemos afirmar como ‘clássicos’ do Direito biomédico, mas que apresentam, de forma constante, aspectos que necessitam de reflexão e de inovação.<sup>105</sup>

Na realidade, no âmbito jurídico-penal, a reflexão incluindo novos fatos referentes à confidencialidade se traduz no direito do paciente, ou de seus familiares, ao sigilo médico profissional, nas questões envolvendo a intimidade, cuja discricção destas informações privadas deve ser mantida, confrontando-se, em determinadas situações, nas exigências da saúde pública na sua revelação (por exemplo, em relação à genética, às doenças contagiosas, à aids) – ocasiões em que indagamos se podem ou devem ser reveladas pelo

---

<sup>104</sup>“Em inúmeros dispositivos no nosso Direito Penal encontramos, como objeto de proteção, o sigilo a respeito de determinados fatos. [...] Situação equivalente encontramos nas legislações dos demais países, o que levou a doutrina jurídico-penal a se interessar [...] As dissenções e dúvidas, no entanto, prosseguem numerosas.” GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*, cit., p. 15-17. E, ainda: “É a própria lei penal quem indica as categorias profissionais que estão sujeitas a restrições quanto a revelação de segredo. Evidente que entre essas diversas categorias, as possibilidades de violação diferenciam-se. Assim, e isto é inegável, as possibilidades são bem maiores entre as pessoas que desempenham alguma profissão, nesta incluídos, entre outros [...] médicos, cirurgiões-dentistas, enfermeiros”. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 2. ed. rev. atual. ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 190.

<sup>105</sup>ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey 2004. p. XVII – Apresentação.

médico, com os fundamentos e princípios bioéticos, paulatinamente questionados<sup>106</sup>. É natural, assim, o aperfeiçoamento do Direito Penal Médico no dever de confidencialidade e o avanço da judicialização no exercício profissional da Medicina.

## 2.1 O sigilo médico profissional sob a ótica da bioética

As proposições que envolvem a confidencialidade, enfrentadas cotidianamente na prática médica, estão associadas à bioética, termo usado pela primeira vez<sup>107</sup>, em um artigo<sup>108</sup> publicado em 1970, pelo médico americano Van Rensselaer Potter<sup>109</sup>, com o título *Bioethics, the science of survival*. Na obra *Bioética: Ponte para o futuro*, traduzida e publicada em língua portuguesa, Potter defendeu que:

<sup>106</sup>Vide: SIEGLER, Mark. Confidentiality in medicine – a decrepit concept. *The New England Journal of Medicine*, n. 307, p. 1518-1521, Dec., 1982.

<sup>107</sup>Quanto as origens: “o termo ‘bioética’ foi introduzido por Van Rensselaer Potter em 1970, num artigo intitulado ‘Bioethics, the Science of Survival’. Em Potter, o termo possuía um sentido muito amplo e muito relacionado à ecologia [...] Como demonstrou Warren T. Reich, o termo ‘bioética’ teve um nascimento quase simultâneo em Georgetown, concretamente na pessoa de André Hellegers, obstetra católico muito preocupado com os problemas relacionados à origem da vida.” GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*, cit., p. 121. Ainda, sobre a origem do termo: “Potter foi o primeiro a cunhar o termo ‘bioética’ e o primeiro a usá-lo numa publicação. Em janeiro de 1971, Potter publicou o primeiro livro com a palavra ‘bioética’ em seu título: *Bioethics: Bridge to the Future*. Já em 1970, o oncologista empregara a palavra ‘bioética’ num título de um artigo: *Bioethics: The Science of Survival*. Nesse mesmo ano, também a utilizou numa nota ao pé de página em outro artigo de sua autoria publicado na revista *Zygon*.” FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 60.

<sup>108</sup>“O termo ‘bioética’ aparece, pela primeira vez em língua inglesa, em um artigo publicado em 1970, do oncologista norte-americano Van Rensselaer (1911–2001) – com o sugestivo título de *Bioethics, the science of survival* (Potter, 1970) – que resumia o primeiro capítulo de seu livro, *Bioethics, Bridge to the future* (Potter, 1971), que se encontrava ainda no prelo, tendo sido publicado em janeiro do ano seguinte. Suas origens derivam de um duplo fenômeno: por um lado, a revolução biomédica; por outro, a crise da ética universal.” BYK, Christian. *Tratado de bioética: em prol de uma nova utopia civilizadora?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. São Paulo: Paulus, 2015. p. 19. Título original *Traité de bioéthique: vers une nouvelle utopie civilisatrice?*

<sup>109</sup>Biólogo, bioquímico, professor e pesquisador em oncologia e diretor-assistente do laboratório McArdle para a pesquisa do câncer na Faculdade de Medicina da Universidade de Wisconsin, na cidade de Madison. Nascido nos Estados Unidos da América, em 1911, em Dakota do Sul, foi membro da Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos. Faleceu em 2001, em Madison. Para Potter: “A humanidade necessita urgentemente de uma nova sabedoria que forneça o ‘conhecimento de como usar o conhecimento’ para a sobrevivência humana e para o melhoramento da qualidade de vida. Esse conceito de sabedoria como um guia para a ação – o conhecimento de como usar o conhecimento para o bem social – poderia ser chamado de *ciência da sobrevivência*, seguramente o pré-requisito para a melhoria da qualidade de vida. Considero que a ciência da sobrevivência deve ser construída sobre a ciência da biologia e ampliada para além dos limites tradicionais, de modo que inclua os elementos mais essenciais das ciências sociais e das humanidades com ênfase na filosofia *stricto sensu*, significando ‘amor à sabedoria’. A ciência da sobrevivência deve ser mais que ciência apenas; portanto, sugiro o termo *bioética* para enfatizar os dois ingredientes mais importantes na obtenção da nova sabedoria que é tão desesperadamente necessária: conhecimento biológico e valores humanos.” POTTER, Van Rensselaer. *Bioética: ponte para o futuro*. Tradução de Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 27.

a separação feita na filosofia moderna entre, por um lado, a ciência e a tecnologia (que tratariam de fatos) e, por outro, a ética (que cuidaria dos valores), era a culpada pelos desastres que estavam ameaçando a vida sobre o planeta [...] pensou na bioética como uma “ciência da sobrevivência”. Para construí-la, seria necessário re-unir a ética (valores) e a ciência (fatos). A bioética nasceu, portanto, como uma tentativa de pensar a vida como um todo, sem separá-la da ciência e da tecnologia. Estas devem estar a serviço daquela, e não são neutras sob o ponto de vista valorativo.<sup>110</sup>

Assim, a par do seu relevo na ciência penal, o segredo médico e o sigilo médico profissional estão inseridos em um grupo de valores que na bioética se oferece à reflexão, congregando diversos termos bastante conhecidos como, a ordem ética<sup>111</sup>, a relação entre o Direito e a moral<sup>112</sup>, a deontologia.

Dentre os temas que unem o Direito à Medicina, a confidencialidade expõe uma tese original: integrar a ética médica e os princípios bioéticos e genéticos, na expectativa do paciente em relação ao médico, com quem compartilha angústias e sofrimentos, estabelecendo uma sólida ponte e um diálogo contemporâneo com o Direito Penal,

<sup>110</sup>DALL’AGNOL, Darlei. *Bioética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 11.

<sup>111</sup>“A *ordem ética* é a realização, ou a tentativa de realização, de um pensamento. É o resultado de um esforço para imprimir uma forma ideal ao relacionamento humano, ou seja, para conferir a esse relacionamento a forma correspondente a certos anseios sociais. É evidente, portanto, que toda ordem ética (inclusive a ordem jurídica) tem um *sentido fundamental*, o sentido que lhe é dado pelo pensamento com que foi elaborada. É nesse mesmo *sentido fundamental* que se situa a força íntima da ordem ética, sua alma ou espírito, porque nele é que se revela seu norte, sua direção, seu objetivo. Produto de convicções adquiridas, e tentativa de aperfeiçoamento, toda ordem ética pressupõe uma anterior hierarquia de bens, uma já estabelecida tábua de valores. Implica um prévio sistema axiológico de referência. E manifesta, para o presente e para o futuro, o dever-ser do comportamento humano. Assim, uma ordem ética é sempre expressão de um processo histórico. Ela é, em verdade, uma construção do mundo histórico de cultura.” TELLES JUNIOR, Goffredo. *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 256. Vide: PERELMAN, Chaïn. *Ética e direito*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

<sup>112</sup>“a Moral é a ordenação da **normalidade**, a ordenação normativa de uma coletividade, ordenação adotada em razão de uma constelação de **bens soberanos**. A Moral é o fundamento para os **juízos de valor** sobre o comportamento humano. Nela é que se encontram os padrões – o sistema de referência para a distinção entre o **normal** e o **anormal**. Daí, a necessidade de harmonia entre o Direito e a Moral. Tal conclusão significa rigorosamente o seguinte: o Direito de um povo ou de uma coletividade não deve conflitar com as convicções morais comuns desse povo ou dessa coletividade. Não pode violentar o sistema ético adotado e vigente, numa comunidade de seres humanos. Nesta matéria, um princípio precisa ser proclamado com clareza: **Não há Direito contra a Moral**. Contra a Moral, contra o sistema ético adotado, o Direito não é o Direito: é o Torto [...] Direito imoral não é Direito: é contrafação do Direito. [...] Convém não esquecer que aquilo que é Direito numa coletividade pode constituir a negação do Direito em outra. A Moral não é a mesma em todas as coletividades [...] E o mandamento que se harmoniza com a Moral **daqui** pode entrar em conflito com a Moral **dali**. [...] a Moral e o Direito são ordenações inseparáveis. É claro que a Moral deve sempre ser tomada como a **ordenação ética vigente**. Ela é a ordenação normativa que uma coletividade adotou, em razão de sua própria constelação de **bens soberanos**. [...] Verifica-se, pois, que todas as normas do Direito, em última análise, são normas morais. A inversa, obviamente, não é verdadeira. Como se viu, muitas normas da Moral não são autorizantes e, portanto, não são normas do Direito. Em conclusão, o que cumpre salientar é a impossibilidade de separar, em duas categorias distintas, os mandamentos da Moral e os mandamentos do Direito.” TELLES JUNIOR, Goffredo. *Palavras do amigo aos estudantes de direito: bosquejos extra-curriculares, proferidos no escritório do Professor, em 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 76-78.

instigando juristas, médicos e demais profissionais da saúde<sup>113</sup> e, pesquisadores com larga e aprofundada experiência no Brasil e no cenário internacional, a partir da ótica bioética.

A confidencialidade faz parte do atuar médico e nas palavras de Raanan Gillon, que foi professor de ética médica<sup>114</sup> no *Imperial College London*, o segredo “é uma das mais veneráveis obrigações médicas”<sup>115</sup>.

Nas metamorfoses por que passou a Medicina, médicos acreditavam que a ética<sup>116</sup> abarcava regras simples: manter a confidencialidade, dedicação aos pacientes, devendo-os tratar com cortesia; bastaria seguir o juramento hipocrático, para se ter uma conduta ética, aceita por seus pares e pela sociedade, sendo importante enfatizar:

Antigamente, o médico era um profissional que fruía de uma aura de respeito e merecia singular deferência. O insucesso do tratamento não era debitado a ele, mas ao Criador. Hoje o cidadão foi despertado para a defesa de seus direitos. Cobra do médico e dos demais profissionais da saúde um empenho e eficiência que, não demonstrados na prática, poderão conduzi-los à barra dos Tribunais. Multiplicam-se as lides nas quais os médicos [...] ocupam o polo

<sup>113</sup>“Para praticarem um atendimento clínico de excelência, os profissionais clínicos e os que estudam para se tornarem tais devem compreender aspectos éticos, como [...] confidencialidade, privacidade [...] Os clínicos devem aplicar esse conhecimento em sua prática diária. Quando falamos em clínicos, referimo-nos não apenas a médicos e cirurgiões, mas também a enfermeiros, assistentes sociais, psicólogos, eticistas clínicos”. JONSEN, Albert R.; SIEGLER, Mark; WINSLADE, William J. *Ética clínica: abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica*. 7. ed. Tradução de Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: AMGH Ed., 2012. VII - Introdução. Título original *Clinical Ethics: a Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine*.

<sup>114</sup>“O conceito de ‘ética médica’ tem sua origem na época do Esclarecimento e é atribuído à obra *Medical Ethics*, publicada em 1803, portanto há mais de duzentos anos, pelo médico inglês Thomas Percival (1740–1804). A época do Esclarecimento trouxe consigo um pensamento de ética médica orientada ao *ethos* profissional e às obrigações do médico, à pessoa, biografia e direitos de cada um dos pacientes e, ainda, aos interesses específicos dos distintos grupos de pessoas. A ética médica da época do Esclarecimento voltou seu olhar de maneira inteiramente nova para situações e necessidades particulares de crianças, deficientes, doentes incuráveis e terminais. Com isso, estabeleceu impulsos humanitários que viriam a ser precursores na história da medicina e da cultura. Duzentos anos mais tarde, a ética médica moderna deve renovar as condições cotidianas do sistema de saúde e o crescente conhecimento da moderna biotecnologia.” KRESS, Hartmut. *Ética médica*. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 9. Título original *Medizinische Ethik – Kulturelle Grundlagen und ethische Wertkonflikte heutiger Medizin*

<sup>115</sup>GILLON, Raanan. *Philosophical medical ethics*. London: John Wiley & Sons, 1986. p. 106.

<sup>116</sup>“A bioética apresenta-se primeiramente como um conjunto mais ou menos bem amarrado de discursos de alerta sobre as perspectivas abertas pelas pesquisas biomédicas, de algumas interrogações metafísicas mais ou menos conhecidas sobre a pessoa humana combinadas com a recordação sonora de alguns imperativos pretensamente categóricos. A essas realidades discursivas, atualmente é preciso acrescentar uma sobreposição de realidades jurídicas e institucionais: os diversos comitês de ética que desde os anos 1960 existiam nos Estados Unidos, o Comitê Consultatif National d’Éthique, criado na França em 1983, e os dois comitês internacionais criados nos anos 1990, o Grupo de Conselheiros para a Ética da Biotecnologia, ligado à Comissão Européia, da UNESCO. [...] A bioética reconhece como princípio fundamental a ‘dignidade da pessoa humana’, depois de ter proclamado fundar-se na ‘filosofia dos direitos humanos’. [...] Mas um retrocesso está ocorrendo: a bioética tende a apresentar-se como o viés pelo qual o direito poderia se fundar em uma ética de valor universal. Realmente, seria muito agradável ter resolvido (até que enfim!) desse modo a questão filosófica lancinante que o Ocidente moderno até agora não tinha conseguido solucionar: a de encontrar uma garantia absoluta (atemporal) para seus sistemas jurídicos.” LECOURT, Dominique. Erros agradáveis, verdades desagradáveis. In: GOUYON, P.H. et al. *A bioética é de má-fé?* Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 9-11.

passivo. Ninguém mais hesita em pleitear ressarcimento material e moral [...] A sofisticação dos equipamentos, a certeza científica dos diagnósticos, os exames cada vez mais bem elaborados não substituem o fato corriqueiro de que o paciente é um ser humano. Carente de atenção, fragilizado pela enfermidade, inseguro quanto ao seu porvir. Muitos desencontros resultam da falta de comunicação. E de uma comunicação que não pode ser formal ou atender a parâmetros técnicos. É uma comunicação humanizada, com observância do respeito à dignidade da pessoa humana que o paciente merece ainda mais do que o homem sadio. [...] Também é preciso muito apuro ético no propiciar cuidados adequados a quem necessita da assistência pública.<sup>117</sup>

No diálogo entre a ética médica e a bioética<sup>118</sup>, desenvolvem-se significativas transformações<sup>119</sup> na seara da Medicina Forense, sob a luz da interdisciplinaridade que incide sobre a ciência penal<sup>120</sup>, impregnada pelos preceitos morais, éticos e filosóficos.

<sup>117</sup>NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 179.

<sup>118</sup>“o quadro geral no qual considero a bioética é o de uma moral da ação quando uma inovação biológica e médica se aplica ao homem ou ao que há de valor para ele. [...] Há dilema bioético quando o problema levantado é passível de várias soluções possíveis vindas de racionalidades aceitáveis de certo ponto de vista, mas contraditórias. A questão abordada é nova, a resposta não pode ser encontrada em códigos de deontologia ou na lei.” KAHN, Alex; LECOURT, Dominique. *Bioética e liberdade: entrevista realizada por Christian Godin*. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007. p. 93-94.

<sup>119</sup>“A bioética desenvolveu-se bastante como área de conhecimento independente, mas tornou-se particularmente importante nas ciências relacionadas com a vida humana, tais como a medicina, a enfermagem, a biologia, o direito etc. Ela também passou a ser objeto de estudo interdisciplinar e ocupou lugar central na filosofia moral, ou seja, na ética. A bioética, nesses seus poucos anos de história, passou por diversas transformações.” DALL’AGNOL, Darlei. op. cit., p. 13. Vide, ainda: “As biotecnologias devem o essencial dos progressos que realizaram aos conhecimentos acumulados pela biologia molecular desde a descoberta da estrutura em hélice dupla do DNA, em 1953, por Francis Crick, James Watson e Maurice Wilkins, bem como às técnicas da engenharia genética descobertas vinte anos mais tarde pela purificação e pela união *in vitro* de fragmentos desse DNA (transgênese). É preciso acrescentar que a potência acrescida exponencialmente, durante o mesmo período, dos meios informatizados do cálculo, de modelização e de simulação contribuiu enormemente para esses progressos. Prevê-se que o desenvolvimento das nanotecnologias – miniaturização extrema dos meios existentes – acentuará ainda mais esse movimento, até que se possa sem dúvida falar realmente do século XXI, sem ironia, como o ‘século biotecnológico’. Uma pesquisa situada na encruzilhada de diversas ciências desenvolve-se assim sob os nossos olhos e começou a transformar a [...] medicina; amanhã, ela sem dúvida transformará a farmacologia [...] Há, realmente, uma perspectiva precisa de uma nova medicina à qual as indústrias biotecnológicas já fornecem em grande quantidade, fabricadas por elas, substâncias como a insulina ou o hormônio de crescimento e vacinas múltiplas. O estudo das proteínas – o vasto campo da proteômica – permitirá conhecer melhor, antecipadamente, as reações de cada organismo singular aos diversos tipos de medicamentos. A farmacologia e a terapêutica terminarão por ser revolucionadas, no sentido de uma individualização crescente – pelo menos se as condições econômicas o permitirem. Os reiterados anúncios, desde a década de 1980, de uma terapia gênica que permita tratar de algumas das mais implacáveis moléstias de hoje – Alzheimer, Parkinson – vão enfim ser seguidos de efeitos concretos. As pesquisas sobre células-tronco, aplicando a técnica de clonagem aos primeiros estágios da divisão celular do óvulo fecundado, prometem a chegada de uma medicina dita regenerativa. Anuncia-se também assim a era dos transplantes humanos sem riscos de rejeição. Os resultados obtidos pelos pesquisadores no estudo dos mecanismos hormonais, bem como no estudo das bases genéticas do envelhecimento, permitem esperar aumentar de novo principalmente a perspectiva de vida das populações, aliviando também os seus sofrimentos e atenuando os desconfortos imputáveis à idade dos indivíduos que envelhecem.” LECOURT, Dominique. *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2005. p. 23-26.

<sup>120</sup>Dissertando os aspectos filosóficos e o direito penal, Groppali já enfatizava, em 1947, na Itália, que a ciência do direito penal, mais que outros ramos do direito, está impregnada de princípios éticos e filosóficos

O *princípioalismo*<sup>121</sup> é a teoria bioética que tem predominado e para se compreender melhor o que está implícito nesta expressão, princípios morais foram estabelecidos inicialmente por Tom Lamar Beauchamp e James Franklin Childress:

[...] em 1974, o Congresso norte-americano criou uma comissão para identificar os princípios morais básicos que deveriam nortear a experimentação com seres humanos. Um acontecimento que influenciou na criação dessa comissão foi o famoso caso Tuskegee (um laboratório que observava pacientes negros com sífilis, mas negava-lhes tratamento para ver como a doença se desenvolvia em condições naturais), mas, certamente, as experiências nos campos de concentração da Segunda Guerra Mundial também exigiam providências. Algumas normas já tinham sido estabelecidas pelo Código de Nuremberg, mas fazia-se necessário aperfeiçoá-lo. O resultado dessa comissão foi divulgado em 1978 e é conhecido como Relatório Belmont [...] A partir desse relatório os eticistas Tom Beauchamp e James Childress publicaram o livro *Princípios da ética biomédica*, que estabeleceu as fundações teóricas do princípioalismo, a teoria bioética mais importante atualmente. [...] esses autores reformularam os trabalhos da comissão acrescentando, entre outras coisas, o princípio da não-maleficência. Segundo o relatório Belmont, os princípios morais que devem ser levados em consideração na bioética são: o respeito pelas pessoas (isto é, suas preferências valorativas e suas escolhas devem ser consideradas); a

---

do tempo, como vemos em tradução livre: “Da ciò consegue che la scienza del diritto penale, essendo questo, più di tutti gli altri rami del diritto, permeato dei principi etici e filosofici del tempo, è per ciò la scienza in cui meno può avere fortuna la logica puramente formale, almeno se degli ordinamenti penali si vuole arrivare a conoscere non solo l’impalcatura concettuale, ma anche e soprattutto lo spirito che *ab intra* li ravviva.” GROPPALI, Alessandro. Filosofia del diritto e diritto penale. *La Scuola Positiva*: rivista di criminologia e diritto criminale, Milano, p. 444, 1946.

<sup>121</sup>Discorrendo sobre o princípioalismo, Léo Pessini, na introdução à edição brasileira da obra *Princípios de ética biomédica*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 12-13: “a bioética nestes poucos anos de existência [...] é principalmente resultado do trabalho de bioeticistas na perspectiva principialista. Hoje se diz que o ‘princípioalismo’ está doente; alguns críticos vão mais longe e dizem que é um paciente terminal, mas chega-se ao quase consenso de que ele não pode ser visto como um procedimento dogmático infalível na resolução de conflitos éticos. Não é uma ortodoxia, mas uma abreviação utilitária da filosofia moral e da teologia que serviu muito bem aos pioneiros da bioética e continua a ser útil hoje em muitas circunstâncias. A bioética não pode ser reduzida a uma ética da eficiência aplicada predominantemente num nível individual. Nasce várias perspectivas de abordagem bioética para além dos princípios, que somente elencamos para conhecimento. Há o modelo da casuística (Albert Jonsen e Stephen Toulmin); das virtudes (Edmund Pellegrino e David Thomasma); do cuidado (Carol Gilligan); do direito natural (John Finnis); apostando no valor central da autonomia e do indivíduo, o modelo ‘liberal autonomista’ (Tristram Engelhardt); o modelo contratualista (Robert Veatch); o modelo antropológico personalista (E. Sgreccia, D. Tettamanzi, S. Spinsanti); o modelo da libertação (elaborado a partir do mundo da exclusão), só para mencionar algumas perspectivas em evidência.” E, também: “Definir a bioética é um empreendimento arriscado. O seu aparecimento recente, a sua localização intersticial mais ou menos acentuada e os desafios ideológicos que veicula conferem-lhe uma identidade instável e controversa. [...] as questões de bioéticas respeitam a conflitos de valores encarados a partir de horizontes ideológicos que não são, necessariamente, homogêneos. [...] A bioética caracteriza-se, pois, por uma forte interação comunicacional, evidentemente susceptível de redução conforme seja praticada num meio mais ou menos aberto ou num meio protegido e homogêneo [...] No entanto, é verdade que a própria origem – e sem dúvida a causa – dos problemas bioéticos deve ser procurada na sociedade pluralista, aberta: esses problemas, na sua maioria, são suscitados por uma ciência e uma técnica independentes de qualquer dogma [...] onde as diversas crenças comunitárias e individuais podem coexistir e debater [...] Pretender negar essa situação e praticar a bioética de uma forma isolada e fechada é, necessariamente, desnaturá-la.” HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova enciclopédia da bioética*. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 109-110.

beneficência (o bem-estar deve ser promovido) e a justiça (todos devem ser tratados equitativamente).<sup>122</sup>

Na obra *Princípios de ética biomédica*, de Beauchamp e Childress, instaura-se um novo paradigma de raciocinar os problemas éticos<sup>123</sup> na área da saúde e da Medicina nos Estados Unidos da América, o denominado *principlismo*.

Vejam os cada um desses princípios:

a) *Autonomia*:

O respeito pelas escolhas autônomas das outras pessoas está tão profundamente inserido na moralidade comum quanto qualquer outro princípio, mas há pouco consenso acerca de sua natureza e de sua força ou acerca dos direitos específicos da autonomia. [...] empregamos o conceito de autonomia para examinar a tomada de decisão no cuidado da saúde. Nossa concepção deve ser adequada para identificar aquilo que é protegido pelas regras de [...] confidencialidade. [...] A palavra autonomia, derivada do grego *autos* (“próprio”) e *nomos* (“regra”, “governo” ou “lei”), foi primeiramente empregada com referência à autogestão ou ao autogoverno das cidades-estados independentes gregas. A partir de então, o termo *autonomia* estendeu-se aos indivíduos e adquiriu sentidos muito diversos, tais como os de autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo. A autonomia, portanto, não é um conceito unívoco nem na língua comum nem na filosofia contemporânea. Muitas ideias constituem o conceito, criando uma necessidade de refiná-lo à luz de objetivos específicos.<sup>124</sup>

O princípio da autonomia do paciente é um dos pilares da bioética, ao exercer uma função orientadora no exercício da Medicina. Através da autonomia, respeita-se as

<sup>122</sup>DALL’AGNOL, Darlei. op. cit., p. 11-12. Vide, também: SEBAG, Valérie Depadt. *Direito e bioética*. Tradução de Sandra Campos. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

<sup>123</sup>“No campo das aplicações existe uma última expressão, há alguns anos, que se relaciona com o progresso da biomédica, ou seja, a *ética biomédica*. A expressão retoma a palavra ‘ética’, mas desta vez limitando-a a um setor preciso (biomédico) como aconteceu com a bioética. Ainda que seja uma expressão feliz, *ética biomédica* não deixa de ser ligeiramente ambígua. Se ela subentende a ética própria *aos médicos*, ela se limita a uma ética profissional específica no sentido tradicional. Se, pelo contrário, a expressão indica antes a ética própria *ao domínio da saúde*, então ela se amplia e retoma a perspectiva da palavra ‘bioética’, correspondendo a uma aproximação global das questões éticas atuais no mundo da saúde e do bem-estar. Mas a expressão fica ambígua e deixa certos espaços mal resolvidos.” DURAND, Guy. *A bioética: natureza, princípios e objetivos*. Tradução de Porfirio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 2005. p. 16.

<sup>124</sup>BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 137-138. Título original *Principles of Biomedical Ethics*.

convicções e decisões morais do paciente, tendo o direito de ser informado<sup>125</sup> sobre todos os procedimentos terapêuticos que poderão ser ou não aplicados.

Na ética médica atual, ao paciente deve ser dado o poder de tomar as decisões relacionadas ao seu tratamento:

Em outros termos, é autônomo um ser capaz de agir livremente. Para determinar se esse realmente é o caso, três condições devem ser preenchidas: a pessoa deve agir intencionalmente (*querer* fazer algo), com conhecimento do que faz (das consequências de suas ações) e livre de influências externas (por exemplo, não ser impedido de agir). Assim, uma criança recém-nascida não é considerada um ser autônomo, um agente consciente e capaz de se autodeterminar. [...] Se se aplica esse mesmo princípio ao contexto da ética médica, ele implica que um profissional da saúde deve respeitar as escolhas e decisões de seus pacientes. Isto não significa que ele não possa dar sua opinião ou intervir de algum modo. Todavia, ele não pode agir contra a vontade do paciente, que tem o direito de ter suas opiniões próprias, de atuar livremente a partir de suas crenças e valores. O princípio do respeito à autonomia justifica uma série de regras que devem efetivamente nortear as práticas da biomedicina. São elas: [...] respeite a privacidade dos outros; proteja informações confidenciais<sup>126</sup>

<sup>125</sup>“A relação médico-paciente concebida na Antiguidade e desenvolvida durante muitos séculos, na qual se verificava um grande abismo entre os sujeitos envolvidos, hoje não existe mais. A figura do profissional ‘quase deus’ da qual irradiavam todas as decisões e comandos a respeito do destino do corpo, da saúde e da vida do paciente está, há muito, ultrapassada. O paternalismo que envolvia a posição do médico – enquanto único detentor dos elementos que delimitariam a terapêutica a ser eleita e o tratamento a ser ministrado – cedeu espaço ao surgimento do *paciente sensível*, ciente de seus ‘novos direitos’, efetivamente consagrados a partir da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Os princípios estatuídos na Lei Maior, dentre os quais importa destacar a dignidade da pessoa humana, e os direitos de personalidade insculpidos no vigente Código Civil, como o é a liberdade, estão inexoravelmente vinculados, e perfazem o rol de valores que circundam todo o ordenamento jurídico aptos a possibilitar a realização da pessoa humana. Na relação médico-paciente hodierna, o elo que alinha a dignidade da pessoa humana com a liberdade é, inequivocamente, a *informação*. O direito à informação do paciente – como resultado de uma construção doutrinária e jurisprudencial assertiva – o trouxe para o centro da relação, e lhe permitiu, a partir de tal perspectiva, conhecer o estado de sua saúde, o diagnóstico dos eventuais males que o acometem, os tratamentos possíveis e os riscos associados. O próximo passo será a efetivação de sua autodeterminação: caberá ao paciente, receptor da informação, eleger o tratamento e sopesar os riscos a ele inerentes – de forma voluntária e livre. O dever de informar prestado de forma completa e satisfatória, assim, possibilitará a contrapartida do paciente, traduzida por seu consentimento informado. A informação livre e esclarecida, fruto de um processo complexo, se instrumentaliza mediante a formalização do chamado termo de consentimento livre e esclarecido, que traçará a linha divisória e a delimitação dos riscos que deverão ser suportados por cada uma das partes: médico e paciente. Os fundamentos do dever de informar, nesse panorama, defluem de axiomas contemplados no sistema e de variadas legislações. A relação médico-paciente, não se pode olvidar, é permeada pela confiança, cuja compreensão está vinculada às legítimas e razoáveis expectativas dos sujeitos de direito que a compõem.” BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17-19. Vide, ainda: RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. Vide, também: RODRÍGUEZ JORDÁN, Marcelo. *La responsabilidad penal médica: derechos y obligaciones de las instituciones, funcionarios y profesionales de la salud*. Buenos Aires: Legis, 2010.

<sup>126</sup>DALL’AGNOL, Darlei. op. cit., p. 15-16.

Analisando o mencionado princípio, nota-se, de logo que está sujeito a críticas:

Sempre que se procura estabelecer “princípios”, na verdade, se está querendo erigir uma norma, uma regra, enfim, um Norte, que venha ao encontro do que nós sentimos serem nossas tendências. É sempre oportuno lembrar que a postura ética emerge da percepção de um fenômeno que ocorre dentro de cada um de nós. [...] Ao princípio de *autonomia* se deu destaque, nos EUA, basicamente, para codificar-se o relacionamento entre o “usuário do serviço de saúde” e o profissional que lhe dá atenção. É claro que, ideologicamente, o respeito à individualidade humana, meta do humanismo europeu, constituiu-se no substrato dessa busca de “praxis”. Mas é um dos traços mais presentes na cultura dos nossos irmãos do Norte – a busca do ressarcimento por tudo o que se considere ilícito –, a motivação mais próxima da criação, a partir desse país, de uma “bioética de princípios”. [...] A ideia de autonomia é conquista recente. O respeito à individualidade, o reconhecimento de *o outro poder pensar e sentir à sua maneira, e de ser respeitado sob esse aspecto*, delineou-se durante o Iluminismo europeu, tomando corpo a partir de Descartes, Montesquieu, Rousseau e depois Kant (que era, entretanto, muito mais um deontologista – moral de deveres – do que um autonomista), vindo depois a contribuir eficazmente para a sua compreensão, através da interiorização e autoconhecimento que a psicanálise propicia, Sigmund Freud. É dele que – embora questionando a autonomia justamente por força do *inconsciente*, apreendemos que é justamente através de algum conhecimento desse inconsciente – poderemos buscar a autonomia. Vê-se, por outro lado, que a autonomia é uma abstração. Partimos do pressuposto que ela exista. Esse pressuposto é uma crença, transitando pelo terreno da afetividade, não apenas do pensamento racional. [...] um jurista pragmático não conseguirá “inovar” filiando-se irrestritamente ao ordenamento legal vigente, nós, como autonomistas, optamos pela aceitação de um livre-arbitrismo, de um exercício da vontade, de um *self* transcendente a todos os condicionamentos virtualmente recebidos. [...] Logo, para pensarmos em ética, temos que considerá-la subjetiva. O que é ética se não uma hierarquia de valores, uma tentativa de delineamento do “certo” ou “errado”, do bem ou do mal? [...] Se cada “sujeito” (e só assim ele poderá ser sujeito e não “objeto” de sua vida) assumir sua “autonomia” estará contribuindo para algum tipo de mudança na postura ética de sua comunidade. Mesmo porque, já foi visto, ele só pode escolher entre usar a sua própria subjetividade ou louvar-se pela subjetividade dos outros. Escolher entre pensar seus próprios códigos ou pensar de acordo com os códigos dos outros. [...] A partir do momento em que procuro centrar o conceito de *autonomia* na subjetividade de cada pessoa, torna-se impossível – de fora para dentro – estabelecer um conceito próprio e específico. Se autonomia é percepção de liberdade – subjetiva, portanto – é autônomo quem se sente livre. [...] *Portanto, definitivamente, para fins desse estudo, desistirei de pretender conceituar, definir ou limitar a ideia de autonomia.* O que me parece, entretanto, estar autorizado a dizer, dentro dessa reflexão, *concerne a busca dessa autonomia*, que tão-somente pode resultar de uma percepção, pela pessoa, de mais de um caminho a seguir. Sem essa percepção não existirá busca, embora já não queira caracterizar a *não-busca* como ausência de autonomia.<sup>127</sup>

<sup>127</sup>SEGRE, Marco. Considerações críticas sobre os princípios da bioética. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2008. p. 35-39.

Outro princípio da bioética<sup>128</sup> que merece atenção é o da *não maleficência*, expresso de maneira a garantir que danos previsíveis serão evitados, isto é, que o profissional da saúde ao menos deve evitar causar o mal ao paciente, caso não possa fazer o bem curando:

b) *Não maleficência*:

O princípio de não maleficência determina a obrigação de não infligir dano intencionalmente. Na ética médica, ele esteve intimamente associado com a máxima *Primum non nocere*: “Acima de tudo (ou antes de tudo), não causar dano”. Essa máxima é frequentemente invocada pelos profissionais da área da saúde, embora suas origens sejam obscuras e suas implicações não sejam claras. Muitas vezes proclamado o princípio fundamental da tradição hipocrática da ética médica, ele não figura no *corpus* hipocrático, e uma louvável sentença que é às vezes confundida com essa máxima – ‘ao menos, não cause dano’ – é na verdade uma tradução distorcida de uma passagem isolada na obra de Hipócrates. Todavia, no juramento de Hipócrates estão expressas uma obrigação de não maleficência e uma obrigação de beneficência: “Usarei o tratamento para ajudar o doente de acordo com minha habilidade e com meu julgamento, mas jamais o usarei para lesá-lo ou prejudicá-lo”.<sup>129</sup>

No que concerne a este princípio<sup>130</sup>, Diego Gracia discorre:

Desde as origens da medicina ocidental, ou seja, desde os escritos que a tradição atribuiu ao médico grego Hipócrates de Cós, a ética médica tem utilizado, para discernir o bem do mal, um critério de carácter ‘naturalista’. Independentemente de corresponder ou não àquilo que desde os inícios do século XX é conhecido com o nome de ‘falácia naturalista’, este critério identificou o bem com a ‘ordem’ natural, e considerou mal a sua desordem. A natureza é obra de Deus, dirão os teólogos cristãos da Idade Média, e consequentemente a ordem natural é formalmente boa. Isto explica porque é que toda a cultura medieval girou ao redor da ideia de ‘ordem’. Esta ordem abarcava não só as coisas que costumamos chamar naturais, mas também os homens, a sociedade e a história. Segundo o primeiro aspecto considerava-se mau, por exemplo, todo o uso desordenado ou não natural do corpo ou de qualquer dos seus órgãos. O segundo aspecto levou a pensar que a relação médico-doente, enquanto relação social e humana, deveria realizar-se também segundo uma ordem. Esta ordem não era unívoca, já que, mela, o médico era considerado sujeito agente, e o doente era sujeito paciente. O dever do médico era ‘fazer o bem’ ao paciente, e o deste era aceitá-lo. A moral da relação médico-doente tinha de ser, pois, uma típica ‘moral de beneficência’. O que o médico pretendia conseguir era um bem ‘objectivo’, a restituição da ordem natural; razão pela qual a devia impor ao doente, mesmo contra a vontade deste. O doente podia não considerar bom aquilo que o médico propugnava como tal, mas isso seria devido a um erro ‘subjectivo’,

<sup>128</sup>Vide: GOMES, Benjamim. *Ética e medicina: de hipócrates à criação dos primeiros hospitais*. Rio de Janeiro: Revinter, 2012.

<sup>129</sup>BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. op. cit., p. 209.

<sup>130</sup>Vide: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (Orgs.). *Estudos e pareceres de bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

que, obviamente, não poderia ter os mesmos direitos que a verdade objetiva. Consequentemente, na relação médico-doente o médico era não só um agente técnico, mas também moral, e o doente era um paciente necessitado tanto de ajuda técnica como de ajuda ética. O conhecedor da ordem natural, no caso da doença, era o médico, que podia e devia proceder nesse sentido, mesmo contra o parecer do paciente. Foi esta a essência do ‘paternalismo’, uma constante em toda a ética médica da ‘ordem’ natural. [...] O panorama atual é muito distinto. Numa sociedade em que todos os indivíduos são, a menos que se demonstre o contrário, agentes morais autônomos, com critérios diferentes sobre o que é bom ou o que é mau, a relação médica, enquanto relação interpessoal, pode ser não acidentalmente, mas essencialmente conflituosa.<sup>131</sup>

Registre-se outro princípio:

c) *Beneficência*:

Na linguagem comum, a palavra “beneficência” significa atos de compaixão, bondade e caridade. Algumas vezes, o altruísmo, o amor e a humanidade são também considerados formas de beneficência. Entenderemos a ação beneficente num sentido ainda mais amplo, de modo que inclua todas as formas de ação que tenham o propósito de beneficiar outras pessoas. A *beneficência* refere-se a uma ação realizada em benefício de outros; a *benevolência* refere-se ao traço de caráter ou à virtude ligada à disposição de agir em benefício de outros; e o *princípio da beneficência* refere-se à obrigação moral de agir em benefício de outros. Muitos atos de beneficência não são obrigatórios, mas um princípio de beneficência, em nossa acepção, afirma a obrigação de ajudar outras pessoas promovendo seus interesses legítimos e importantes.<sup>132</sup>

Marco Segre tece as seguintes considerações em relação ao princípio da beneficência, que determina que as consequências de qualquer intervenção médica sejam em benefício do paciente:

Por tudo isso, é evidente que o *princípio da beneficência* mereceu destaque maior (e, decerto anterior temporalmente) do que o da autonomia. Mas, o que merece toda nossa ênfase é o fato de a *tendência* ter precedido o *princípio*, tendo, o segundo, surgido para se dar um “*status legal*” à primeira. Da *beneficência* para a *não-maleficência*, obviamente, é *um pulo*. Consideramos pouco úteis as propostas de diferenciação entre o *fazer o bem* e *não fazer o mal*. Trata-se, a nosso ver, de tentativas de delimitar formalmente as responsabilidades, isto é, algo assim: *até determinado limite de minha atuação (ou omissão) não serei punido porque me cabia apenas não fazer o mal e não tinha obrigação de fazer o bem*, e, de fato, não fiz o mal: ora, em outro momento, minha obrigação é a de fazer o bem, portanto a exigência é maior. Ocorre entretanto, que a meu ver, as diferenças entre *não fazer o mal* e *fazer o bem* são apenas acadêmicas, dependem de interpretações e são

<sup>131</sup>GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. 2. ed. Tradução de Manuel Luís Pinheiro e Vítor Coutinho. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007. p. 23-26.

<sup>132</sup>BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. op. cit., p. 282.

apenas resultado do *medo* que se tem de assumir a implementação dos próprios objetivos.<sup>133</sup>

Firmados esses pontos, vejamos agora a importância do princípio da justiça:

d) *Justiça*:

Os termos *equidade*, *merecimento* (o que é merecido) e *prerrogativa* (aquilo a que alguém tem direito) foram empregados por vários filósofos na tentativa de explicar o que é *justiça*. Todas essas concepções interpretam a justiça como um tratamento justo, equitativo e apropriado, levando em consideração aquilo que é devido às pessoas. Temos uma situação de justiça sempre que caibam às pessoas benefícios ou encargos em razão de suas propriedades ou circunstâncias particulares, como o fato de serem produtivas ou de haverem sido prejudicadas pelos atos de outra pessoa. Alguém que tem uma reivindicação válida baseada na justiça tem um direito, e portanto algo lhe é devido. Uma injustiça, portanto, envolve um ato errado ou uma omissão que nega às pessoas um benefício ao qual têm direito ou que deixa de distribuir os encargos de modo equitativo.<sup>134</sup>

Novamente, segundo Marco Segre, quanto ao princípio da justiça que determina que todos os pacientes sejam tratados com equidade, salvo as situações que exijam um tratamento diferenciado:

Com relação ao princípio da justiça, vemos que ele decorre muito mais da *moral social* e, em última análise, da Lei, do que emana da individualidade. Não esclareceria o assunto falarmos em *tendência de justiça* [...], uma vez que a *moral social*, embora ela também interagindo dinamicamente com os *pensares e sentires* individuais, é muito menos pessoal que a substância da autonomia e da beneficência, podendo-se aqui enfatizar o aspecto [...] de *ética que vem de dentro e moral que vem de fora*. Colhendo-se o exemplo clássico da aplicação do *princípio de justiça* na situação de socorro a dois pacientes em estado de parada cardiorrespiratória, numa UTI em que só exista um equipamento de “ressuscitação” – tratando-se de um ancião oncológico terminal e de um jovem traumatizado de crânio com um hematoma extradural – a *justiça*, em nosso meio, nos levará a atender, independentemente de nossas propensões individuais, o jovem, que se supõe ter mais probabilidades de retorno à consciência, com uma expectativa de vida de maior duração e, supostamente, de melhor qualidade. São critérios sociais, aos quais existindo ou não legislação específica, terminamos por obedecer.<sup>135</sup>

Convém reiterar, e agora com mais detença, considerações dantes feitas em relação aos princípios de ética biomédica, na visão do Direito Penal, em atenção ao segredo

<sup>133</sup>SEGRE, Marco. op. cit., p. 36.

<sup>134</sup>BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. op. cit., p. 352.

<sup>135</sup>SEGRE, Marco. op. cit., p. 36.

médico, em fórmula sintética e esclarecedora da doutrinadora portuguesa Maria do Céu Rueff:

Não se encontra, como se vê, entre os quatro princípios enunciados qualquer referência à confidencialidade ou à confiança. [...] A pergunta que legitimamente nos colocamos é a de saber por que motivo Beauchamp e Childress não incluíram também o princípio da confiança no seu “Princípioalismo”, como eles próprios designam os princípios que enunciam, já que aquelas regras, necessariamente presentes na relação médico-doente, constituem os garantes de uma relação de confiança entre duas pessoas que carecem de transmitir entre si informações relevantes que levem ao diagnóstico e prognóstico, ou se quisermos, ao conhecimento médico. O princípio ético que está em causa é, pois, o da confiança, sendo justamente neste que se ancora, depois, a obrigação de confidencialidade ou segredo e o laço de fidelidade. [...] A nosso ver, é ao serviço da confiança que também se encontra a regra da confidencialidade na medicina e é para a sua garantia que os médicos juram segredo desde o tempo dos escritores hipocráticos, o que vale, não só como um ensinamento para todos os tempos, mas também como um ensinamento ao longo dos tempos. Assim, e sublinhando: *O segredo médico é, em primeiríssimo lugar, instrumental da confiança. A confiança permite, em segundo lugar, a revelação em privado, por parte do doente, da sua informação ao médico, e a revelação ao doente, por parte do médico, da informação que este entender relevante. Ambas servem, em terceiro lugar, o princípio da privacidade e a autodeterminação do paciente. Como é fácil de ver, pela ordem dos factores enunciada – que não é aqui meramente arbitrária –, não é a autonomia ou a privacidade que determinam a confiança mas sim esta que possibilita aquelas, encontrando-se o segredo, por seu lado e (a)final, ao serviço de todas.* Houve medicina durante muitos séculos de história sem definição clara das fronteiras do princípio da autonomia dos doentes, pelo menos tal como o entendemos hoje. [...] Apesar de tudo isto, no entanto, houve sempre uma preocupação clara com a regra da confidencialidade na prática médica, o que é diferente de afirmar que seja possível imaginar uma sociedade sem segredo médico. Na verdade, pelo menos de cada vez que os poderes públicos se intrometem na relação médico-doente – por exemplo, nos casos históricos de epidemias graves como a lepra, a peste negra e a decretação de medidas compulsivas de prevenção e fiscalização da doença – deixa de haver segredo médico. Mas aqui, eu também acrescentaria, cessa a relação médico-doente e, portanto, qualquer conhecimento médico fundado na revelação da verdade com base na confiança. Parece que Beauchamp e Childress inverteram a ordem da causalidade e forçaram a atribuição, sem remédio, da veracidade, privacidade, confidencialidade, fidelidade ao princípio da autonomia dos pacientes, quando é este que beneficia daquelas e sem as quais talvez não existisse com os contornos que tem hoje [...] O princípio da autonomia dos doentes – a ter de relacionar-se com alguma coisa – não *fundamenta* a existência do princípio da confiança, que norteia a relação médico-doente, antes *depende* dele. [...] Além disso, o princípio da confiança conta ainda com todos os deveres éticos resultantes desse juramento, deveres que consubstanciam as primeiríssimas obrigações profissionais médicas, entre as quais se encontra, precisamente, a obrigação de confidencialidade ou segredo. Estas obrigações antecedem, com efeito, qualquer contrato de serviços médicos que venha a se estabelecer-se entre médico e doente, até porque não resultam justamente desse contrato, mas sim de um juramento que é, em todo o caso, voluntariamente também firmado pelos médicos de tradição hipocrática, desde o século IV a.C., aproximadamente. [...] E, com efeito, a autonomia dos médicos hipocráticos começou com a assunção, perante o mundo em geral, os colegas, os outros profissionais e os pacientes

em particular, de uma série de obrigações e deveres éticos. Talvez resida precisamente aí “o segredo” da longevidade da tradição hipocrática e bem assim o êxito da prática de um juramento antes do exercício de uma profissão.<sup>136</sup>

A confidencialidade ou a confiança<sup>137</sup> é um princípio ético, que se expressa na ciência penal<sup>138</sup> e, tendo por predicado maior a sua tutela, assevera Günther Jakobs:

---

<sup>136</sup>RUEFF, Maria do Céu. *O segredo médico como garantia de não-discriminação: estudo de caso: HIV/SIDA*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 597-610.

<sup>137</sup>“A relação paciente-médico se baseia num contrato [...]. Este contrato funciona como um elo entre estas duas pessoas. Além disso, o sucesso da medicina repousa, em grande parte, sobre a confiança que o paciente tem em seu médico. Estas duas razões fundamentam a exigência do segredo médico e do sigilo. O segredo médico foi considerado, por muito tempo, como uma espécie de princípio absoluto, que não admitia nenhum questionamento. O presidente do Conselho Nacional da Ordem dos Médicos, na França, o reafirmou com vigor durante a ocupação nazista. Ainda que essencial atualmente, essa exigência admite, entretanto, aos olhos de alguns, atenuações; por exemplo, em face às moléstias contagiosas, ou levando-se em conta a evolução das mentalidades. O equilíbrio é difícil de ser encontrado. Mas o princípio fica firmado.” DURAND, Guy. *A bioética: natureza, princípios e objetivos cit.*, p. 50.

<sup>138</sup>“El presupuesto obligado del comienzo de cualquier relación del paciente con el médico es la comunicación de datos que, de forma amplia, puede decirse que afectan al ámbito de su privacidad, entendiendo por tal el conjunto de facetas de la vida de una persona que, interrelacionadas, arrojan aspectos sobre su personalidad o sobre su vida que tiene derecho a mantener reservados. En efecto, desde el momento en que el paciente comunica al médico datos que afectan a algo tan íntimo y personal como son las circunstancias relativas a su salud, le está convirtiendo en receptor de una información que entra de lleno en el ámbito de su privacidad. Esta confesión reviste, además, peculiares circunstancias que la hacen especialmente sensible. Baste pensar que el enfermo nunca o, al menos no en los supuestos normales, revela al médico esos datos de forma totalmente voluntaria o libre, sino que lo hace por padecer una enfermedad que le obliga a buscar ayuda. No es porque desee que otros sepan, sino sólo porque tiene necesidad de hacerlo, por lo que ofrece una información que, como pocas, afecta a aspectos de carácter singularmente personal. A ello debe añadirse todavía el dato de que ni siquiera esa comunicación o confesión se realiza en plenas condiciones de igualdad; por el contrario, el paciente se encuentra la mayoría de las veces ante una figura, la del médico, que la recaba datos íntimos a cambio de ayudarle con una ciencia cuyas técnicas e incluso cuya terminología le es por completo ajena. Por eso, por su situación desconocimiento, tiene que limitarse a confiar en que la revelación de esos aspectos íntimos resulta estrictamente necesaria para la ayuda que demanda. Ante la información que se le solicita, el enfermo ni discute ni está en condiciones de discutir ni valorar si los datos que se le piden son realmente necesarios para el diagnóstico o tratamiento de su dolencia. Por otra parte, las peculiaridades que envuelven a la práctica médica agudizan sobremanera las dificultades e incluso, si se quiere, la vulnerabilidad de la información suministrada por aquél. [...] No puede desconocerse, por otra parte, que la práctica médica actual no se realiza en solitario por un profesional, sino que lo normal es que en cualquier intervención participen distintos profesionales que de forma simultánea o sucesiva tienen que acceder al historial del paciente, algo que multiplica el número de los potenciales sujetos que pudieran revelar el secreto. Si todos estos aspectos no fuesen ya de por sí suficientes para explicar la especial facilidad con la que en el ámbito médico pueden revelarse los datos íntimos del paciente, todavía hay que añadir las circunstancias que, ya em general, convierten hoy día en especialmente vulnerable el acceso a la información personal. Entre ellas habría que incluir no solo las posibilidades de obtener información por vías que, como la informática [...] También habría de apuntarse entre los factores coadyuvantes a la especial vulnerabilidad de los datos el objeto mismo de ese acceso, esto es, la realidad de los datos que se pueden obtener. A ello han contribuido de forma decisiva los nuevos avances de la ciencia, que en la actualidad permiten acceder a un determinado tipo de información que hasta unos años era simplemente impensable.” GÓMEZ RIVERO, María Del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008. p. 646-647. Vide, también: AVECONE, Pio. *La responsabilità penale del medico*. Padova: Francesco Vallardi, 1981.

O princípio da confiança é a autorização para confiar no comportamento correto das outras pessoas – numa medida a ser determinada – não obstante a experiência de que elas cometem erros (confiar é entendido aqui não como evento psíquico, mas como *estar autorizado* a confiar). [...] *o princípio da confiança apenas é necessário quando a pessoa em quem se confia deve responder pelo processo causal em si, ainda que outro o conduza a causar o dano por meio de um comportamento errôneo*. Esse também é o caso, porém, nos âmbitos dos quais são retirados os exemplos do princípio da confiança, pois neles, a pessoa em quem se confia é garantidora de um desfecho feliz: [...] os médicos agem em seu âmbito de organização numa operação”<sup>139</sup>

Nesse mesmo passo, na dogmática jurídico-penal brasileira, Juarez Tavares especifica a confidencialidade ou a confiança, como limitador concreto do dever de cuidado e destaca, exemplificando, algumas circunstâncias de sua não aplicação:

O princípio da confiança foi desenvolvido pela jurisprudência, especialmente no direito de trânsito. Hoje tem aplicação mais ampla, estendendo-se a todos os setores onde haja uma atuação conjunta, ou seja, atividades comunitárias ou em divisão de trabalho. Alguns autores, inclusive, como Jakobs, o utilizam como critério de imputação. Segundo esse princípio, todo aquele que atende adequadamente ao cuidado objetivamente exigido, pode confiar que os demais coparticipantes da mesma atividade também operem cuidadosamente. A consequência da aplicação deste pensamento no direito penal será a de excluir a responsabilidade dos agentes em relação a fatos que se estendam para além do dever concreto que lhes é imposto nas circunstâncias e nas condições existentes no momento de realizar a atividade. Como seria absolutamente impossível exigir-se de cada pessoa uma atenção extraordinária que pudesse ir além daquela que lhe era atribuível segundo juízo concreto de adequação, este princípio vigora como limitador do dever de cuidado, precisamente no âmbito da atividade concreta. [...] É preciso, antes de tudo, considerar que este princípio, que foi elaborado precisamente para estabelecer *limitação concreta* do dever de cuidado, não vigora quando, em virtude de *circunstâncias especiais*, resultar absolutamente provável, segundo a experiência da vida diária, que a conduta de outrem lesará o dever de cuidado. [...] por exemplo, se o médico-assistente está embriagado, não pode o médico-chefe confiar em que aquele irá efetuar um diagnóstico perfeito ou prescrever o medicamento adequado. Tem-se assentado, também, que não se pode aplicar o princípio da confiança nos casos em que o dever de cuidado esteja dirigido, exatamente, no sentido de controle, fiscalização e guarda de condutas de outrem, principalmente quando dizem respeito [...] a realizações difíceis e arriscadas, compreendendo-se, aí, cirurgias ou experimentos científicos [...] Finalmente, é irrelevante a alegação da confiança como limitador do dever de cuidado por quem atua, por si mesmo, de modo contrário a esse dever. Assim, [...] o médico não está, em princípio, encarregado de fiscalizar os atos privativos das enfermeiras, porque pode neles confiar. Contudo, se o médico estiver embriagado e neste estado

<sup>139</sup>JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradutores: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 302-303. Título original *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*.

prescrever medicamentos, não poderá confiar em que essas enfermeiras se conduzam de conformidade com o cuidado exigido.<sup>140</sup>

## 2.2 Confidencialidade: Deontologia e Direitos Humanos

Viver em sociedade implica em atos, fatos e outras ocorrências que necessitam ser mantidos em confidencialidade, por razões de proteção individual. Na área da saúde, o segredo médico requer uma proteção maior, correlacionado à deontologia<sup>141</sup> médica e aos postulados morais<sup>142</sup> que devem ser cumpridos.

A palavra *deontologia* é composta de duas palavras gregas: *deon*, que significa o que é conveniente, obrigatório, que deve ser feito e *logia*, que significa o conhecimento metódico, sistemático, fundado em argumentos e provas. Deontologia profissional é “o complexo de princípios e regras que disciplinam particulares comportamentos do integrante de determinada profissão”.<sup>143</sup>

A deontologia médica procura estabelecer um tratado dos deveres a serem cumpridos pelo médico no seu relacionamento profissional e social, regulamentados por um código que os orienta no percurso das suas práticas profissionais.<sup>144</sup> Nesse sentido:

<sup>140</sup>TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposo*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 293-296.

<sup>141</sup>O termo foi criado por Jeremias Bentham em: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970. p. 224. O termo *deontologia* foi proposto por Jeremy Bentham, um dos grandes mentores da Ética utilitarista, filósofo e economista inglês, na obra *Deontology or, The science of morality*, publicada postumamente no ano de 1834, “para designar o complexo de direitos e deveres que devem nortear, com justiça e conveniência, a ação humana em todos os domínios de suas manifestações.”. In: REALE, Miguel. *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981. p. 210.

<sup>142</sup>Assevera Flaminio Fávero: “podem os deveres e direitos (dos médicos) expressos em lei ser enfeixados na denominação de jurisprudência médica, ficando a ética médica para abranger os (deveres) puramente morais”. FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. São Paulo: Livr. Martins Ed., 1974. v. 3, p. 5.

<sup>143</sup>NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*, cit., p. 544.

<sup>144</sup>“O trabalho médico constitui-se de uma série de atos, relativamente reservados, entre o profissional e seu paciente. No entanto, essas funções não podem ser encaradas de modo exclusivamente privado, de vez que, de modo geral, a saúde é um bem a ser preservado e portanto possui interesse público. Assim, é lógico que haja vantagem social em que a saúde da população seja cuidada com todas as garantias possíveis. Neste capítulo das “garantias possíveis” enquadra-se um tópico denominado “jurisprudência médica” – termo já utilizado por Sir Thomas Percival, em 1849, em seu famoso *Medical Ethics* (base da Deontologia em países anglo-saxões) – e que, fazendo parte inerente à Medicina Legal, trata do estudo dos problemas jurídicos, dentro da conceituação dos aspectos morais, relativos ao exercício da profissão médica. [...] Deontologia, do grego *deon* + *logos*, etimologicamente, refere-se ao “estudo do que se deve fazer” [...] Já diceologia refere-se, também com origem etimológica grega, aos direitos relativos aos médicos no seu exercício profissional. Fundamentos da Deontologia Médica: [...] o termo foi introduzido em 1834, por Jeremy Bentham, para referir-se ao ramo da ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. É conhecida também sob o nome de “Teoria do Dever”. [...] Há que se notar que um dos maiores expoentes da deontologia, tal qual a entendemos hoje, é o filósofo alemão Immanuel Kant (1724–1804), o

A palavra *deontologia* (do grego *déon-déontos*) também se refere a uma reflexão sobre regras: deveres, obrigações, o que é preciso fazer. Etimologicamente, portanto, é quase sinônima de *moral* ou *ética*. E efetivamente a palavra foi criada por Jeremy Bentham em 1834 no sentido geral de ciência da moral. Historicamente, contudo, a palavra seguiu uma dupla trajetória, na vida profissional e na filosofia, motivando um terceiro sentido – menos rígido, nas ciências humanas. 1. De maneira geral, a palavra foi rapidamente ligada ao exercício das profissões liberais tradicionais: medicina, direito [...]; depois foi estendida a algumas outras: enfermagem [...] etc. Ela designa geralmente o conjunto de deveres vinculados ao exercício de uma profissão. Mas, de maneira mais precisa, a deontologia deveria incluir a reflexão sobre essas regras, sua justificação, seu fundamento, em suma, a busca de todas as exigências éticas ligadas ao exercício de uma profissão. Pode-se falar indistintamente de *deontologia médica*, de *ética médica* ou de *moral médica*. Os frutos dessa reflexão frequentemente são reunidos sob a forma de regras nos “códigos de deontologia” [...], adotados oficialmente por um determinado corpo profissional e que se impõem sob pena de sanção aos membros da ordem. Isso confere a esses códigos uma dupla particularidade. – Geralmente os códigos de deontologia contêm, além de verdadeiras normas éticas ou morais, regras administrativas que visam assegurar a qualidade do exercício da profissão e o renome da corporação. – Por outro lado, sua existência pressupõe que essas regras tenham sido adotadas oficialmente por uma autoridade (Conselho da Ordem etc.), que, portanto, elas partilhem de um certo consenso dos membros [...]. Isso explica um certo parentesco dos códigos de deontologia com a noção de lei (positiva) e um afastamento concomitante em relação à noção de ética ou de moral. A deontologia, inclusive o código de deontologia, comporta pois exigências morais ou éticas às vezes não-negligenciáveis. [...] 2. Na filosofia, as palavras *deontologia* e sobretudo *deontologismo* e *corrente deontológica* remetem a um sentido muito diferente, embora não completamente equívoco. Nas diferentes escolas filosóficas, nas diversas teorias éticas (utilitarismo, ontologismo, personalismo, axiologia etc.), elas designam uma escola, ou melhor, uma corrente particular, pois podem ocorrer muitas nuances entre os autores. Dois traços podem caracterizar essa corrente: – ela sustenta que existem atos bons ou maus em si mesmos, intrinsecamente, e portanto certos atos são moralmente obrigatórios ou moralmente proibidos sem considerar suas consequências felizes ou infelizes (*versus* a corrente utilitarista); – ela dá mais prioridade às regras e aos deveres a serem observados que à reflexão sobre os fins da ação humana, o objetivo, ou que a uma prática centrada nos valores, nas virtudes (*versus* o personalismo, a axiologia). A corrente está

---

qual alicerçou seus fundamentos teóricos em obras como *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* (1785), *Metafísica dos Costumes* (1797), *Crítica da Razão Pura* (1787) e *Crítica da Razão Prática* (1787) [...] a deontologia em Kant fundamenta-se em dois conceitos que lhe dão sustentação: a razão prática e a liberdade. Agir por dever é o modo de conferir à ação o seu valor moral: por sua vez, a perfeição moral só pode ser atingida por uma vontade livre – deliberada pela razão. O imperativo categórico no domínio da moralidade é a forma racional do “dever-ser”, determinando a vontade submetida à obrigação. Em outras palavras: cumpre o teu dever incondicionalmente. A deontologia, enquanto ética normativa, também se refere ao conjunto de princípios e regras de conduta – os deveres – inerentes a uma determinada profissão. Assim, cada profissional está sujeito a uma deontologia própria a regular o exercício de sua profissão, conforme o Código de Ética de sua categoria. Neste caso, é o conjunto codificado das obrigações impostas aos profissionais de uma determinada área, no exercício de sua profissão. São normas estabelecidas pelos próprios profissionais, tendo em vista não exatamente a qualidade moral, mas a correção de suas intenções e ações, em relação a direitos, deveres ou princípios, nas relações entre a profissão e a sociedade.” MIZIARA, Ivan Dieb; MIZIARA, Carmen Silvia Molleis Galego. *Guia de bolso de ética, bioética e deontologia médica*. Rio de Janeiro: Ed. Atheneu, 2016. p. 38-39.

frequentemente ligada ao filósofo Immanuel Kant, mas se aplica mais a certos filósofos posteriores. Paradoxalmente, a concepção da ética em Bentham não entra na corrente deontológica e sim no utilitarismo. 3. Como consequência desse uso no exercício profissional e na prática filosófica, o adjetivo *deontológico* ganhou na ética social e na linguagem corrente nas ciências humanas (inclusive no direito e frequentemente na bioética) o sentido fraco de perspectiva normativa, regulamentar, necessariamente um pouco minimalista, sem que haja referência seja ao uso corporativo, seja às teorias filosóficas. A palavra se opõe a uma abordagem mais reflexiva, mais interrogativa, mais legitimadora.<sup>145</sup>

De fato, a Medicina sujeita-se a um atuar deontológico<sup>146</sup>, consubstanciado no conjunto de regras de conduta dos médicos<sup>147</sup>, necessárias ao pleno desenvolvimento ético-moral-jurídico<sup>148</sup> de sua atividade profissional, de modo a zelar pelo seu bom nome e reputação, como também da Medicina, como instituição a que serve.

Por este prisma, então, a expressão confidencialidade, tomada em sentido amplo, abrange a deontologia, cuja relevância expressa-se nos contornos da educação em direitos humanos<sup>149</sup> na ética médica, na formação do profissional de Medicina, cada vez mais reconhecida em todo o mundo.

É certo, entretanto, que o segredo médico integra e limita o direito de informação do paciente, em sua relação com os demais valores jurídicos, éticos e morais. A assertiva tem particular relevo, por força de decisões da Corte Européia de Direitos Humanos, onde diversas questões são enfrentadas, no âmbito da deontologia e direitos humanos, seja na proteção ao interesse do paciente ou no interesse público.

Nesse contexto, destaque-se a importante decisão da Corte Européia dos Direitos Humanos, em 18 de maio de 2004, acerca do livro intitulado *O Grande Segredo*, cuja a

<sup>145</sup>DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. 5 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2014. p. 80-82.

<sup>146</sup>No Brasil, a Resolução 08/1969 do Conselho Federal de Educação tornou obrigatório o ensino da deontologia nas escolas médicas.

<sup>147</sup>Importante destacar no que se refere à responsabilidade subjetiva do médico, diante do aumento de processos penais em que se busca a responsabilização penal deste profissional da saúde, é que: **o médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais**, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência. Com efeito, a responsabilidade solidária não se presume; deve decorrer de texto expresso de lei.

<sup>148</sup>A ética médica é percebida através do ato médico, ponto inquestionável da ciência e do pensamento médicos, tutelados pelo Direito no exercício de uma faculdade jurídica.

<sup>149</sup>Nos termos do art. 4º, da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos. Destaca José Afonso da Silva: “Preferível ‘direitos da pessoa humana’, porque ‘direitos humanos’ pode ter a conotação de direitos da Humanidade ou direitos humanitários, o que é mais restrito. Mas o princípio quer se referir aos direitos fundamentais da pessoa humana, tal como configurados no Título II da Constituição e nos documentos internacionais de proteção dos direitos da pessoa humana”. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2014. p. 52.

origem da ação judicial foi a publicação, pela sociedade editora Plon, do mencionado livro (*Le Grand Secret*), escrito pelo Dr. Gubler, médico do Presidente François Mitterrand, expondo a forma como foi organizado um serviço médico secreto em torno do presidente francês, em razão de um câncer diagnosticado em 1981, alguns meses após ter sido eleito.<sup>150</sup>

Cumpre, ainda, considerar quanto ao segredo médico, o estudo de Paul Sieghart<sup>151</sup> sobre a repercussão no segredo médico do HIV/Sida (*Aids*) nos direitos humanos. Nesta obra, alerta que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos firmou o entendimento de que o direito humano à privacidade está protegido contra as interferências arbitrárias por parte de autoridades públicas, tendo em vista estar assegurado ao indivíduo o direito de desenvolvimento da personalidade.

Sieghart especifica, ainda, algumas situações que comprometem o direito à privacidade<sup>152</sup>: a obrigatoriedade de exame laboratoriais de diagnóstico de HIV; a

---

<sup>150</sup>“A Editora havia planejado a publicação do livro para meados de janeiro de 1996, mas a morte do presidente Mitterrand no dia 8 de janeiro de 1996 fez com que a Editora mudasse os planos iniciais, especialmente depois que o jornal cotidiano "Le Monde" publicou um artigo revelando que o presidente Mitterrand sofria de um câncer na próstata desde o começo de seu primeiro septenato. O mesmo artigo lembrou ao público que o Sr. Mitterrand não havia informado à sociedade sobre sua doença e que havia demitido o Dr. Gubler em 1994. Essas revelações foram amplamente comentadas nos meios de comunicação de todo o mundo e foi colocado em dúvida o tratamento médico que havia sido dispensado ao presidente Mitterrand. O Dr. Gubler, se estimando atacado, decidiu, juntamente com a sociedade Editora do livro, difundir o livro "O Grande Segredo" já no dia 17 de janeiro de 1996. A difusão do livro causou indignação na família do recém falecido presidente Mitterrand, que denunciou uma violação do segredo médico e uma violação à intimidade e à vida privada do presidente de seus próximos. Embora o livro já tivesse vendido 40 mil exemplares, a viúva e os filhos do presidente falecido decidiram evitar a difusão do livro. Assim, inicialmente, eles entraram com um processo cautelar para suspender a comercialização e edição do livro "O Grande Segredo". Logo após, ingressaram com um processo penal contra os responsáveis. Por fim, ingressaram com a ação civil principal requerendo a interdição definitiva da difusão do livro. A partir da derrota nos tribunais franceses, a Editora Plon fez um requerimento junto à Corte Europeia de Direitos Humanos. O pedido foi feito pela Editora Plon contra a República Francesa no dia 9 de junho de 2000, com base no artigo 34 da Convenção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Vide: AITH, Fernando. *O grande segredo: o princípio do segredo médico profissional analisado a partir da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos. Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 98-115, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80687/84339>>. Acesso em 15 maio 2018.

<sup>151</sup>SIEGHART, Paul. *Aids & human rights: a uk perspective*. London: British Medical Association Foundation for Aids, 1989.

<sup>152</sup>“O teste positivo da SIDA faculta ao médico o conhecimento de um facto cuja pertinência à área de confidencialidade e reserva – mesmo à área irredutível 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. [...] Tudo está, assim, em saber se e em que medida a comunicação a terceiros de que uma determinada pessoa é seropositiva pode ser justificada, tendo em conta o relevo jurídico-normativo acordado à intervenção de outros – eminentes e conflituantes – valores ou interesses. Tanto valores e interesses supra-individuais ou comunitários (a salvaguarda e promoção da saúde pública, a realização de campanhas anti-epidemiológicas, a preservação da funcionalidade dos ‘sistemas’ processual-penal, prisional, hospitalar, etc.), como valores ou bens jurídicos individuais de terceiros (médicos e pessoal hospitalar, agentes da administração penitenciária, reclusos, doentes, cônjuges e, em geral, pessoas que mantêm um contacto mais estreito com o seropositivo), ou mesmo bens jurídicos pertinentes ao próprio seropositivo como titular do segredo.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, op. cit., p. 163.

obrigatoriedade da notificação da doença *Aids* – soropositividade; a revelação a terceiros pessoas dos resultados do teste de HIV ou qualquer informação pessoal retida; a criminalização de conduta intencional que dissemine a *Aids* (Sida); situações que expõe a discriminação e a vulnerabilidade os grupos de risco e dos comportamentos de risco.<sup>153</sup>

### 2.3 Confidencialidade e Ciências Penais: Biotecnologia, dados clínicos, biobancos

A confidencialidade na relação médico-paciente constitui um dos imperativos éticos e deontológicos na prática médica, contribuindo para o debate nas ciências penais e, na atualidade, há necessidade de ser compreendida atendida à forma como a medicina é exercida, frente aos desafios da genética<sup>154</sup> e da biotecnologia<sup>155</sup>, de maneira a preservar a dignidade e intimidade do paciente/doente. Nesse sentido, assevera Romeo Casabona:

---

<sup>153</sup>“*Conclusão: uma política de saúde pública de protecção dos Direitos Humanos ou o ‘paradoxo da sida’ (‘Aids paradox’)*: Enfatizando, uma forte garantia da confidencialidade sobre HIV/Sida, bem como a prática, numa base voluntária, de testes parecem ser essenciais no combate da epidemia do HIV/Sida. MacNaughton cita [...] ainda Michael Kirby dizendo que este descreveu a concorrência da política de saúde pública com a protecção dos direitos humanos como o paradoxo da Sida (*‘as the Aids paradox’*), o qual é definido da seguinte maneira: o respeito pelos direitos humanos das pessoas infectadas ou em alto risco de infecção é necessário para reduzir a vulnerabilidade à infecção das pessoas não infectadas. Concordamos inteiramente. Era também a este paradoxo que, no fundo, se referia Jonathan Mann, Director do programa Global sobre a Sida, da OMS, em 1988, quando afirmou que proteger os direitos humanos e a dignidade das pessoas infectadas com HIV não era um luxo mas uma necessidade e sobretudo quando, sabiamente, sublinhou que proteger a maioria não infectada dependia e estava inextricavelmente em conexão com a protecção dos direitos e dignidade das pessoas já infectadas. Que, ao menos, o facto de nos protegermos a nós próprios ‘sirva’ para protegermos os outros, uma vez que assim, resulta também deste ‘paradoxo’, que acabamos por proteger, a final, os direitos humanos de todos.” RUEFF, Maria do Céu. *O segredo médico como garantia de não-discriminação: estudo de caso: HIV/SIDA*, cit., p. 252.

<sup>154</sup>Na visão de Daniel Serrão, Professor Catedrático jubilado da Faculdade de Medicina do Porto: “A bioquímica molecular, apoiada pela ‘robotização’ laboratorial, marcou o alvorecer do Século XXI, ao apresentar ao público leigo a quase completa descodificação ou descriptação do genoma humano. O que os cientistas conseguiram, dito em termos simples, foi obter conhecimento da posição exacta que ocupam os elementos químicos estruturais que compõem a longa cadeia macro-molecular do ADN (Ácido desoxiribonucleico). Porque é do modo como estes elementos químicos (Adenina, Guanina, Citosina e Timina) se agrupam e se sucedem que resulta uma ‘informação’ biológica concretizada, essencialmente, na construção de uma proteína; assim, o conhecimento obtido pelos bioquímicos conduz ao conhecimento da ‘informação’ codificada na estrutura química. À sequência codante, ou seja, a cada código, dá-se o nome de gene e a Genética é a disciplina científica que estuda os genes: a sua estrutura, a sua localização nos cromossomas, o modo como funcionam na célula em repouso e na célula em divisão (mitose) e, finalmente, a ‘informação’ que contêm e se revela pelos seus efeitos. O desenvolvimento desta nova Disciplina – que nasceu em Brno, às mãos pacientes de um Frade Augustiniano, G. Mendel, apaixonado por ervilhas de cheiro – a partir dos trabalhos de Morgan, Nobel em 1933, e de Watson e Crick, Nobel em 1962, tem gerado múltiplos desafios [...] em três níveis – o científico, o ético e o jurídico.” SERRÃO, Daniel. Os desafios contemporâneos da genética. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2, p. 369.

<sup>155</sup>“A evolução das ciências, da tecnologia, dos costumes fez imperioso o estudo da bioética [...], pois os diversos experimentos saíram da esfera da ficção científica e aportaram na realidade social, trazendo com isso riscos e benefícios a todos. [...] ocupa-se a biotecnologia da aplicação dos processos biológicos visando

**A vinculação aos princípios do direito penal contemporâneo.** De modo semelhante ao que vem ocorrendo com outras áreas relacionadas com os avanços científicos e tecnológicos, foi posta em discussão a intervenção do Direito Penal em relação a algumas condutas no âmbito da genética e da biotecnologia humanas e não humanas que pudessem lesionar ou expor a perigo bens jurídicos têm merecido, desde o passado, a tutela penal. Atualmente, um dos aspectos mais debatidos refere-se à possibilidade de ampliar a ação preventiva do Direito Penal, seja em atenção às condutas mais perigosas ou arriscadas em termos gerais, seja porque elas incidem sobre novos bens jurídicos que requerem sua identificação, em particular de acordo com aqueles que defendem que a legitimação punitiva do Direito penal ocorre exatamente em razão da finalidade de proteção de bens jurídicos, posição com a qual concordo. Em matéria como a que agora ocupamos, todavia, que, em grande medida ainda é nova para o Direito Penal, sua intervenção deve reger-se de acordo com os princípios fundamentais que foram sendo apurados ao longo do século XX, porém tal e qual são concebidos para atender às necessidades atuais. Isto é, respeitar a função que se deve outorgar a este setor do ordenamento jurídico na atualidade, incluindo-se, com isto, a observação dos princípios que limitam sua presença e que justificam sua intervenção – delimitar seu papel já é respeitar seus limites –, como são, entre outros, os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da *ultima ratio*. Com efeito, é de suma importância conservar-se fiel ao princípio segundo o qual, ao Direito Penal, continua correspondendo a exclusiva tarefa de proteção de bens jurídicos, isto é, dos bens, situações e relações fundamentais do indivíduo e da comunidade em face de condutas que os lesionem ou ponham em perigo, sempre que impliquem, a um só tempo, uma infração grave às normas ético-sociais ou à ordem política ou econômica vigentes na sociedade em um determinado momento. Ainda assim, o recurso ao Direito Penal deve ser reservado aos ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos de especial importância e unicamente quando seja estritamente necessário por serem insuficientes outros instrumentos jurídicos não penais (Direito Administrativo, Civil etc.). Portanto, também em relação às intervenções sobre genoma humano e às atividades biotecnológicas, estes critérios devem ser mantidos, de modo que, em numerosas ocasiões, a intervenção do Direito Penal será acessória ou não

---

à produção de materiais e novas substâncias para uso industrial, medicinal, farmacológico, entre outros. [...] a biotecnologia pode ser definida como a ciência tecnológica aplicada ao ramo da biologia, que é capaz de produzir ou modificar organismos vivos ou derivados destes, para usos específicos, e corresponde à aplicação de processos biológicos para a produção de materiais e substâncias para uso industrial, medicinal e farmacológico. Trabalha com a estrutura genética das espécies, alterando-as, criando formas novas, modificadas, visando à promoção do ser humano, à cura de doenças, à melhoria da qualidade de vida. Em face disso, uma questão de grande relevância na atualidade é o estabelecimento de limites procedimentais éticos em contraposição à pesquisa tecnológica, mormente quando se tratar de atividade inventiva relacionada com a vida. [...] Desponta também, na pós-modernidade, a bionanotecnologia, que é a ciência que se utiliza da criação e manipulação das propriedades físicas, químicas e biológicas de partículas em escala nano (bilionésima parte do metro). Várias áreas estão interligadas no centro de sua utilização: eletrônica molecular, química supramolecular, equipamentos nanométricos, sistemas imunológicos artificiais, computação, física quântica, semicondutores, entre outros. Como exemplos de aplicação, podemos apontar: na indústria farmacêutica, biotecnológica e biomédica, implica a descoberta de novos medicamentos baseados em nanoestruturas, *kits* de autodiagnóstico, materiais de regeneração de ossos e tecidos, desenvolvimento de biomarcadores celulares; no que tange à produção do meio ambiente, a produção de membranas seletivas para remover contaminantes ou sal da água, além de novas possibilidades de reciclagem; na medicina, o desenvolvimento de plaquetas sintéticas que auxiliam o sistema fisiológico a combater hemorragias internas e externas, entre outras.” MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A bioética, o biodireito e a biotecnologia na pós-modernidade e os reflexos na alimentação humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coords.). *Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 174-177.

existirá por não serem detectados motivos suficientes para isso, em especial se outros setores do ordenamento jurídico podem satisfazer plenamente às necessidades de proteção de bens ou interesses ou de limitação de atividades não desejáveis; ao contrário, a chamada do Direito Penal será inevitável – porém sempre excepcional – quando se trate de condutas particularmente graves frente à bens jurídicos dignos de uma proteção reforçada. De todos os modos, apesar destes critérios serem conceitualmente claros, na prática resulta difícil concretizá-los, na medida em que devem refletir as concepções ético-sociais vigentes na comunidade na sua relação com os diversos resultados e consequências das descobertas e atuações no genoma humano. No momento, todavia, ainda não se alcançou um consenso sobre pontos em comum. Por outro lado, perspectivas diversas sobre a concepção do Direito Penal – ainda partindo, no geral, do núcleo comum antes exposto –, podem ocasionar uma intervenção precipitada ou atrasada. Assim, se acentua sua função preventiva, nesta hipótese atendendo à racionalidade do fim (concepção utilitária), pode ocorrer a criminalização de condutas que constituem um perigo para os bens jurídicos que se pretendem proteger, inclusive quando tal perigo seja meramente potencial, sem necessidade de que se haja produzido no caso concreto, porém sendo a ação perigosa (delitos de perigo abstrato-concreto); se a orientação for para a racionalidade dos valores, esta enfatizará os direitos e bens do indivíduo e os ideais de humanidade e justiça, o que facilitará a contenção da criminalização. Outros setores apelam para a função simbólica do Direito Penal, nestes casos como reforço moral em face de condutas desviadas, ou para a função de demonstração do erro moral da conduta e da ênfase em sua função declaratória, afirmando, neste caso, os limites de tolerância da sociedade. Por fim, e também em relação com as Ciências Biomédicas, se tem pretendido destacar a função reguladora do Direito Penal, preferindo-a à sancionadora (esta cumpriria aquela função reguladora), de modo que determinadas condutas não estariam criminalizadas diretamente, mas, sim, autorizadas desde que observadas certas condições e procedimentos cuja infração poderia dar lugar à criminalização, a exemplo do que ocorre em certa medida com o Direito Penal Econômico. As concepções anteriormente apresentadas confirmam a complexidade e dificuldade para encontrar critérios político-criminais adequados, porém, ao mesmo tempo põem de manifesto o risco de expansão do Direito Penal, o desvio de sua função essencial e de seus princípios de intervenção. Contudo, não deveríamos nos afastar deles, como também da aspiração aos mencionados ideais de justiça e humanidade. Por conseguinte, uma vez estabelecido este marco para poder seguindo avançando, ressaltávamos que é necessário identificar e delimitar os bens jurídicos que podem ser afetados pela biotecnologia humana; unicamente depois de haver realizado esta identificação é possível analisar as condutas que podem atentar contra àqueles, mensurar sua gravidade e, em seguida, tomar uma decisão político-criminal pertinente. Em qualquer caso, não é possível aspirar soluções definitivas, primeiro porque ainda não se conhecem de modo suficiente os resultados que podem decorrer das aplicações [da biotecnologia humana] – segundo afirma-se, algumas, todavia inviáveis – derivadas dos conhecimentos sobre o genoma humano; em segundo lugar, porque aquilo que, na atualidade, pode apresentar-se como indesejável e desviado, no futuro, pode ser percebido de forma diversa, em particular se os efeitos resultantes não desejados forem evitáveis. Em conclusão, a peculiar e inovadora posição que o Direito Penal deve tomar em relação a estes delitos constitui um desafio, a saber: como avançar até novos caminhos sem, ao mesmo tempo, abandonar seus princípios que são considerados básicos no presente; sua eficácia em relação a condutas tecnicamente irrealizáveis, porém ao mesmo tempo, considerando a necessidade de adiantar-se a elas se pretende ser eficaz para preveni-las, portanto não se trata nem sequer de

adiantar a intervenção ao momento da realização da ação sem aguardar a lesão ou perigo efetivos de um bem jurídico (delitos de perigo abstrato ou abstrato-concreto); senão, inclusive antes que esta ação seja factível. Ademais, frente à segurança jurídica que emana da estabilidade da lei penal, o Direito Penal também está submetido ainda que provavelmente em menor medida que outros setores do ordenamento jurídico – à dependência da revisão e modificação das condutas puníveis, incorporando algumas e eliminando outras. Finalmente, a delimitação dos bens jurídicos, sua qualificação como bens individuais ou supra-individuais somam a este panorama uma nova fonte de reflexão.<sup>156</sup>

A confidencialidade apresenta incontornável garantia no relacionamento médico-paciente/doente, sustentando o exercício da entrevista clínica, alicerce fundamental à elaboração de um diagnóstico, do juízo clínico e do inerente plano terapêutico; por isso, disponibilização destas informações deve ser analisada cautelosamente pelo médico, em observância e respeito ao paciente/doente, que pode reclamar sua inobservância.

Graças ao sigilo médico profissional, os dados clínicos<sup>157</sup> de um paciente/doente pertencem-lhe, pelo que a respectiva informação somente poderá desviar-se da relação médico-paciente, se estiver sendo disponibilizada no legítimo interesse do paciente, indispensável ao seu processo terapêutico, e com o seu consentimento<sup>158</sup>. A confidencialidade dos ensaios clínicos<sup>159</sup> e dados pessoais, nas Instituições de Saúde,

<sup>156</sup>ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética, biotecnología e ciencias penais*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 22-26. Vide, também: ROMEO CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Desafios jurídicos da biotecnología*. Belo Horizonte: Mandamentos Ed. 2007.

<sup>157</sup>“A prestação de cuidados médicos passou efectivamente do mundo do segredo à idade da comunicação. Não é possível tratar hoje do segredo médico, sem ter presente, por exemplo, a legislação sobre protecção de dados pessoais ou a que regula o acesso aos documentos da Administração. O médico que desenvolvia a respectiva actividade sozinho no seu consultório tem vindo a ser progressivamente substituído por formas de exercício societário da profissão. A medicina pratica-se hoje, como tantas outras actividades, de uma forma empresarial, nela avultando o papel dos equipamentos, sempre mais sofisticados. Cada vez mais se contrata com uma clínica e não directamente com um profissional. Daí a tendência para que as normas que se aplicam aos ficheiros organizados noutras áreas valham igualmente para os dossiers médicos. Por outro lado, os hospitais englobam serviços múltiplos e estão informatizados. Neles, os actos médicos são praticados por diferentes profissionais, consoante os dias ou turnos em que prestam serviço. O que torna até difícil descobrir o responsável por uma violação de dever de sigilo. A visão do segredo médico como um valor absoluto e supremo, sobre o qual competia exclusivamente ao médico decidir, não se compagina com a sociedade e a medicina dos dias de hoje, nem com o princípio, que também já ganhou foros de cidadania, de ser o doente o titular dos interesses protegidos.” ABREU, Luís Vasconcelos. O segredo médico no direito português vigente. In: Ascensão, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. Coimbra: Almedina, 2005. p. 262-263.

<sup>158</sup>Vide: *El consentimiento del paciente como presupuesto de la actividad biomédica*: ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el derecho penal: los problemas penales actuales de la biomedicina*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011. t. 2, v. 1, p. 127-172.

<sup>159</sup>“a medicina, por maior que seja o progresso dos últimos anos e por mais aperfeiçoados que tenham sido os meios de diagnóstico, continua a estar longe de ser uma ciência exacta. A decisão médica continua a depender de muitos factores aleatórios que vão desde uma certa imprevisibilidade da reacção do próprio doente até às causas de erro inerentes ao médico que o trata. Foi com a intenção de se reduzirem algumas

diante do fato da privacidade não ser absoluta dado o necessário conhecimento das informações por parte de uma equipe médica, é uma situação corrente.

Nesses casos, caberá ao médico obter o consentimento de seus pacientes/doentes<sup>160</sup>, de maneira a disponibilizar as informações que lhe dizem respeito. Portanto, a divulgação dos dados clínicos carece sempre do consentimento<sup>161</sup>, devendo ser considerado o manifesto interesse na transmissão desses dados de natureza clínica.

Na mesma linha de ideias, destaca-se a importância da confidencialidade, no que diz respeito ao avanço de pesquisas<sup>162</sup>, tratamentos e diagnósticos quanto aos biobancos: coleção organizada de material biológico humano e informações associadas, coletado e armazenado para fins de pesquisa, conforme regulamento ou normas técnicas, éticas e operacionais pré-definidas, sob responsabilidade e gerenciamento institucional, sem fins

destas incertezas que se procurou adaptar o protocolo da investigação, às chamadas ciências biomédicas. Este protocolo implica que haja: uma hipótese claramente formulada, uma metodologia explícita para testar a hipótese, quer dizer submeter esta hipótese ao controle da experiência, uma avaliação e um tratamento cuidadoso dos dados, uma conclusão solidamente discutida com a representatividade da amostra, dos desvios e dos limites pelos quais as observações recolhidas permitem fazer generalizações. A investigação experimental é assim um dos grandes caminhos para a aquisição de conhecimentos em medicina e visa mais a exactidão do que a utilidade imediata. E aqui se coloca, desde logo, o primeiro dilema a necessitar dum compromisso. Na realidade o médico, na sua relação de solicitude para com o homem doente, deve procurar firmemente ser-lhe útil e não reservar essa utilidade para doentes posteriores, quando a correcção dos conhecimentos obtida através da experimentação na pessoa que se lhe confiou, lhe permita atingir maior eficácia. O seu doente concreto nunca poderá ser utilizado como meio. É certo que, quando se aceita fazer uma investigação é por que se ignoram as causas, a evolução e os resultados. E, em última instância, o médico é verdadeiramente tanto mais útil quanto mais correcto, melhor e mais exacto for o seu conhecimento. Porém é difícil ao médico despir-se da sua condição de próximo mais imediato para continuar uma experimentação até um maior grau de certeza, ultrapassando os riscos daquele doente/pessoa que se lhe entregou.” BISCAIA, Jorge. Ensaio clínicos em pediatria. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3, p. 89-90.

<sup>160</sup>“Pero aquí es necesario rescatar y destacar que están en juego valores que hacen a la salud, a la intimidad y a la privacidad de las personas, en cuyo caso la confidencialidad está ubicándose en el ámbito de los datos sensibles de las personas. Así consagra que el paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente.” MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel Alberto. *Derechos del paciente: doctrina-jurisprudencia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011. p. 199.

<sup>161</sup>Vide: ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 128-172. Vide, ainda: RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013.

<sup>162</sup>“A engenharia genética está possibilitando diversas intervenções nos componentes genéticos do ser humano. A terapia genética é exemplo dessa engenharia e refere-se à cura ou à prevenção de doenças ou defeitos graves associados à causas genéticas. Tais intervenções atuam diretamente nos genes mediante diversos procedimentos teóricos, como adição, a modificação, a substituição ou a supressão de genes. Hoje, as intervenções são realizadas por meio da introdução, no organismo do paciente, de células geneticamente manipuladas para que exerçam a função de células defeituosas. Dessa maneira tem-se recorrido a técnicas de terapia denominadas *ex vivo* e *in vitro* (transferência de genes).” ROMEO CASABONA, Carlos María. O desenvolvimento do direito diante das biotecnologias. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos Ed., 2007. p. 36.

comerciais<sup>163</sup>, englobando os bancos de dentes, fluídos (sangue, saliva, entre outros), tecidos e células, além de laboratórios de pesquisa que integram tais atividades.

Ressalte-se, ainda, que as amostras biológicas de uso acadêmico dem ser doadas voluntariamente, através de termo de consentimento livre e esclarecido, autorizando a coleta e uso posterior das amostras cedidas (DNA, por exemplo) em pesquisas, podendo o consentimento ser retirado a qualquer momento se o doador assim desejar.

Feitas essas considerações, é tarefa dos biobancos<sup>164</sup> não somente controlar a entrada e saídas desses materiais, como, também, manter o sigilo e a confidencialidade dos dados pessoais obtidos e garantir que as amostras sejam usadas de forma ética e legal.

---

<sup>163</sup>Resolução nº 441, de 12 de maio de 2011, do Conselho Nacional de Saúde – Ministério da Saúde. Vide, também: Portaria nº 2.201, de 14 de setembro de 2011, estabelecendo as diretrizes nacionais para Biobanco de material biológico humano com finalidade de pesquisa.

<sup>164</sup> Apesar de desde há muito os profissionais da saúde estudarem as patologias e as terapêuticas a aplicar a partir de amostras biológicas, o termo biobanco surgiu pela primeira vez na PUBMED em 1996, tendo-se tornado de utilização recorrente a partir de 2000 para descrever as coleções de material biológico que variam desde grandes repositórios de base populacional, onde se armazenam milhares de amostras, até pequenas coleções utilizadas por hospitais ou unidades de pesquisa para estudo focados em determinada patologia. Em 2009 a Revista Time designou a atividade dos Biobancos como uma das 10 ideias que estão a mudar o mundo.” ANDRADE, Andreia da Costa. Os biobancos no atual contexto da investigação científica e preocupações de saúde pública. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). *Direito da saúde: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira – Saúde e Direito: entre a tradição e a novidade*. Coimbra: Almedina, 2016. v. 5, p. 256.



### 3. TUTELA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E EXTENSÃO DA CONFIDENCIALIDADE NO DIREITO À PROVA

Nas relações sociais, que se apresentam em diversas e múltiplas formas, a Medicina é caso singular, abrangendo situações das mais distintas estabelecidas em consultórios médicos, hospitais ou instituições de saúde. O exercício da profissão médica está permeado por elementos éticos-disciplinares abarcando não somente a esfera do Direito Penal<sup>165</sup>, mas outras áreas, como constitucional, civil, administrativo e processual; cuja relevância ultrapassa as relações pessoais, motivando questões de ordem pública e predispondo a normatização. O segredo médico, ínsito nas relações estabelecidas entre o paciente e o médico, no exercício da profissão, da maneira tradicionalmente concebida, constitui-se em garantia, com reflexos em diferentes âmbitos de responsabilização.

Nas relações sociais massificadas, atualmente, diante do avanço da Medicina, cada vez mais complexa resultante do desenvolvimento científico, sobressai a importância do controle de informações na dualidade entre a vida pública e vida privada, com destaque para a proteção da intimidade do paciente. Sob o contexto do Direito Constitucional, a tutela da intimidade proporciona questionamentos e indagações no campo do segredo médico, quando deva ser mantido sob reserva, ou que não deva e nem convenha ser revelado, cuja divulgação a outras pessoas não autorizadas ou pública, acarrete a violação do direito à privacidade do paciente. O segredo médico e a extensão da sua confidencialidade no direito à prova é enorme, a ponto de proteger as partes no processo judicial, impedindo que possa ser utilizada em desfavor dos litigantes.

---

<sup>165</sup>“O profissional da Medicina já foi considerado alguém imune a qualquer responsabilidade. Exercente de tarefa aproximada à de Deus, na tentativa de prolongar a vida, curar, remover os males do corpo e da alma, estaria pessoalmente invulnerável, mesmo diante de resultados não exitosos. Esse tempo já passou. Hoje os médicos, quais outros profissionais, estão acuados e poder-se-ia mesmo dizer *sob suspeita*. Recrudescer a tentativa de fazer o profissional da Medicina responder criminalmente pelo insucesso. A Medicina já não é inexpugnável. [...] o importante é verificar que são comuns, nos dias presentes, as ações penais promovidas contra médicos. O *demandismo* é outra tendência americana importada [...] Aqui, como lá, haverá necessidade de um repensar sobre o tema. Por enquanto, cumpre aos médicos considerar a hipótese de virem a ocupar o banco dos réus. É um protagonismo judicial diverso da perícia que até então fora a tônica. Os médicos costumavam servir como expertos chamados pelo juiz para auxiliá-los a formar convencimento. Hoje, podem também ser chamados a titularizar o pólo passivo da relação jurídico-processual penal.” NALINI, José Renato. A responsabilidade penal do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 261-264.

### 3.1 Tutela constitucional da intimidade e direito à privacidade

A intimidade e a vida privada são valores tutelados autonomamente pela Magna Carta<sup>166</sup> e, também, positivados no ordenamento jurídico. As discussões doutrinárias abrangendo a existência, o conceito e a estrutura jurídica sobre os bens da personalidade, acarretou no incremento do direito à intimidade e à vida privada.

Constatamos, por exemplo, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>167</sup> de 10 de dezembro de 1948; a Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem<sup>168</sup> de 4 de novembro de 1950; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas<sup>169</sup> de 16 de dezembro de 1966; e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica)<sup>170</sup> amparam

<sup>166</sup>“Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 03 mar. 2018.

<sup>167</sup>“Artigo 12: Ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 03 mar. 2018.

<sup>168</sup>“Artigo 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar): 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência; 2. 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 infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em 03 mar. 2018.

<sup>169</sup>“Artigo 17: 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação; 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.” BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 03 mar. 2018.

<sup>170</sup>“Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)*. (Pacto De San José Da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 03 mar. 2018.

internacionalmente, com independência, o direito à intimidade e à vida privada; sendo, paulatinamente, estendida a tutela às ordenações jurídicas nacionais de diversos países<sup>171</sup>.

Algumas profissões, como a de médico, envolvem o tratamento de questões sobre a intimidade ou a privacidade do paciente. Diante dessa realidade social, compreende-se a relevância da tutela constitucional da intimidade e do sigilo profissional, proteção estendida do texto constitucional até a regulamentação da atividade profissional médica. Nas considerações que seguem, José Afonso da Silva conceitua que tornam segura a análise da tutela constitucional da intimidade e o direito à privacidade:

**DIREITO À PRIVACIDADE. Conceito e conteúdo:** A Constituição declara invioláveis a *intimidade*, a *vida privada*, a *honra* e a *imagem das pessoas* (art. 5º, X). Portanto, erigiu, expressamente, esses valores humanos à condição de direito individual, mas não o fez constar do *caput* do artigo. Por isso, estamos considerando-o um direito conexo ao da vida. Assim, ele figura no *caput* como reflexo ou manifestação deste. O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a *intimidade* foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como “o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”. A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooley, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. “O *right of privacy* compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada”. **Intimidade:** O direito à *intimidade* é quase sempre considerado como sinônimo de *direito à privacidade*. Está é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para

<sup>171</sup>Exemplificando: na Europa, temos na França, a Lei n.º 70-643 que introduz em seu artigo 9º, do Código Civil, a proteção ao respeito e à vida privada; na Espanha, o direito à intimidade pessoal e familiar é assegurado no 18, n.º 1, da Constituição de 1978; em Portugal, o artigo 26, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, garante a reserva da intimidade da vida privada e familiar. Na América Latina, constatamos que na Bolívia, os artigos 18 e 19, do Código Civil de 1975, tutelam a vida íntima da pessoa. No mesmo sentido, no Peru, o artigo 14, do Código Civil de 1984, preserva a intimidade da vida pessoal e familiar. Na Argentina, o artigo 1.071 do Código Civil, tutela a intimidade contra qualquer forma de perturbação. E, ressaltamos que no Brasil, o direito à intimidade e à vida privada foi reconhecido na Lei de Imprensa (Lei n.º 5250/67), o primeiro instrumento legislativo a proteger, taxativamente, o direito à intimidade e à vida privada; sendo, posteriormente, reconhecido no artigo 5º, X, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, e no artigo 21, do Código Civil brasileiro, nos seguintes termos: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 03 mar. 2018.

designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas [...] Segundo René Ariel Dotti a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, o que é semelhante ao conceito de Adriano de Cupis que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa mesma. Abrange, nesse sentido mais restrito, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional. [...] ao estatuir que *a casa é o asilo inviolável do indivíduo* (art. 5º, XI), a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. [...] O *sigilo da correspondência* alberga também o direito de expressão, o direito de comunicação, que é, outrossim, forma da liberdade de expressão do pensamento [...] Mas, nele é que se encontra a proteção dos segredos pessoais, que se dizem apenas aos correspondentes. Aí é que, não raro, as pessoas expandem suas confissões íntimas na confiança de que se deu pura *confidência*. O *segredo profissional* “obriga a quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa, a guardá-lo com fidelidade”. O titular do segredo é protegido, no caso, pelo direito à intimidade, pois o profissional, médico, advogado e também o padre-confessor (por outros fundamentos) não pode liberar o segredo, devassando a esfera íntima, de que teve conhecimento, sob pena de violar aquele direito e incidir em sanções civis e penais. **Vida privada:** É, também, inviolável a *vida privada* (art. 5º, X). Não é fácil distinguir *vida privada* de *intimidade*. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades no foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. A *vida interior*, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de *vida privada*, inviolável nos termos da Constituição. A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: (a) ao *segredo da vida privada*; e (b) à *liberdade da vida privada*. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao *segredo da vida privada*, nota Kayser: a *divulgação*, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a *investigação*, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a *conservação* de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos. O autor ressalta o fato hoje notório de que o segredo da vida privada é cada vez mais ameaçado por investigações e divulgações ilegítimas por aparelhos registradores de imagens, sons e dados, infinitamente sensíveis aos olhos e ouvidos. **Honra e imagem das pessoas:** O mesmo dispositivo em análise (art. 5º, X) declara invioláveis a *honra* e a *imagem das pessoas*. O direito à preservação da honra e da imagem, como o do nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à intimidade.

Pode mesmo dizer-se que sequer integra o conceito de direito à vida privada. A Constituição, com razão, reputa-os valores humanos distintos. A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade. A *honra* é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades. A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade – adverte Adriano de Cupis – mesmo fictícia, até contra ataques da verdade, pois aquilo que é contrário à dignidade da pessoa deve permanecer um segredo dela própria. Esse segredo entra no campo da privacidade, da vida privada, e é aqui onde o direito à honra se cruza com o direito à privacidade. A *inviolabilidade da imagem da pessoa* consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente, segundo Adriano de Cupis, que acrescenta: “Essa reserva pessoal, no que tange ao aspecto físico – que, de resto, reflete também personalidade moral do indivíduo –, satisfaz uma exigência espiritual de isolamento, uma necessidade eminentemente moral”.

**Privacidade e informática:** O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento. A Constituição não descurou dessa ameaça. Tutela a privacidade das pessoas [...]

**Violação à privacidade e indenização:** A violação da privacidade, portanto, encontra no texto constitucional remédios expeditos. Essa violação, em algumas hipóteses, já constitui ilícito penal. Além disso, a Constituição foi explícita em assegurar, ao lesado, direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem das pessoas, em suma, do direito à privacidade.<sup>172</sup>

À vista das considerações precedentemente feitas, em que o sigilo profissional é parte da concretização da garantia fundamental de tutela da intimidade, enfocamos o direito à privacidade sob o prisma da concepção da *teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada*, também conhecida como *teoria das esferas da personalidade*, *teoria dos três graus* ou *teoria das três esferas*, proposta pela formulação teórica de Heinrich Henkel, durante a edição de 1957, em Düsseldorf, do congresso jurídico alemão (*Deutscher Juristentages* – Fórum Jurídico Alemão, conferência promovida desde 1860

---

<sup>172</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 204-209. Vide, ainda: PEREIRA, J. Matos. *Direito de informação*. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980; OLIVEIRA, Moacyr de. Intimidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980; KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée: protection du secret de la vie privée*. Marseille: Presses Universitaires d’Aux-Marseille, 1984; DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1981; DOTTE, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980; DE CUPIS, Adriano. *Riservatezza e segreto* (Diritto a). In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1969; MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. 2. ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1981.

pela Associação Nacional de Juristas), divulgada entre nós, pelo jurista Paulo José da Costa Júnior, em que destsacamos:

AS ESFERAS INDIVIDUAL E PRIVADA. Em correspondência com sua natural divisão em ser individual e ser social, o homem vive como personalidade em esferas diversas: numa esfera individual e noutra esfera privada. Assim, o homem, como pessoa, procura satisfazer dois interesses fundamentais: enquanto indivíduo, o interesse por uma livre existência; enquanto co-partícipe do consórcio humano, o interesse por um livre desenvolvimento na vida de relação. Os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da vida privada, ao contrário, cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior. Estabelece-se, dessarte, a diferença entre a “esfera individual” (proteção à honra) e a “esfera privada” (proteção contra a indiscrição). Encarando a distinção de um ângulo psicológico, poder-se-ia sustentar que os comportamentos humanos são abertos, quando facilmente perceptíveis e valorados; e encobertos, quando não são perceptíveis por sua própria natureza (sonhos, fantasias), ou quando o sujeito não os expõe a terceiros (que poderão ser todos os consorciados, ou se fará exceção a um círculo estreito de pessoas). Às condutas encobertas corresponde o “eu privado”. Às condutas abertas, o “eu social”, que transita na esfera individual. Prevalece o interesse pela vida de relação na esfera individual (*Individualsphäre*). Dentre as mais importantes manifestações da esfera individual, são enumerados o direito ao nome e à reputação. Aquele, assegurando ao indivíduo, diante de eventuais abusos de terceiros, a própria individualidade. Este, possibilitando-lhe pretender assegurar a estima social, escudando-se contra os ataques difamatórios dos concidadãos. O interesse aqui tutelado é diverso do segredo e, ainda, da reputação. Esta diz respeito a um atributo (respeitabilidade), que se insere na vida de relação (esfera individual). A intimidade concerne ao aspecto da individualidade. Corresponde tão-somente àquela aspiração do indivíduo de conservar a sua tranquilidade de espírito, aquela sua paz interior (*la vie privée doit être murée*), que uma publicidade ou uma intromissão alheia viriam perturbar. [...] AS VÁRIAS ESFERAS DA VIDA PRIVADA. A esfera da vida particular ou privada poderia ser subdividida em esferas outras, de dimensões progressivamente menores, na medida em que a intimidade for sendo restrita. Assim, o âmbito maior seria abrangido pela esfera privada *stricto sensu* (*Privatsphäre*). Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público. Além da esfera privada, situam-se, no âmbito mais amplo, os processos, episódios e condutas de natureza pública. Acham-se eles ao alcance da coletividade em geral, de um círculo indeterminado de pessoas. Por estarem fora da esfera privada, tais fenômenos encontram-se juridicamente excluídos do campo dos chamados delitos de indiscrição. No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade (*Vertrauenssphäre*) ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitssphäre*). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimentos íntimos, dele estando excluídos não só o *quavis ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera da intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo. Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo (*Geheimsphäre*). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo

indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados. Dessa esfera não participam sequer pessoas da intimidade do sujeito. Consequentemente, a necessidade de proteção legal contra a indiscrição, nessa esfera, faz-se sentir mais intensa. Houve quem se limitasse a distinguir, no âmbito da esfera privada, a do segredo e a da esfera privada, *stricto sensu*, deixando de parte a esfera da intimidade. Se se pretendesse reduzir a duas as esferas, deveriam ser elas a da intimidade e a do segredo. Assim, no raio da intimidade, seriam estabelecidas duas medidas, para esbater a intimidade mais íntima, concentrando-a no âmbito do segredo. Restaria excluída, da esfera privada *lato sensu*, a esfera privada *stricto sensu*. A repetição da expressão poderia ensejar eventuais confusões, o que aconselharia a bipartição.<sup>173</sup>

No cenário atual, de maneira a se garantir uma efetiva proteção da privacidade humana, a raiz da intimidade alberga o segredo, onde se projeta a alma em sua essência e a imagem mais autêntica, desvelada aos profissionais da saúde que tomam conhecimento dos detalhes recônditos e pessoais do paciente, com a possibilidade de se manter o conteúdo de tais informações, através do sigilo médico profissional.

### 3.2. Direito de não saber

A partir da metade do século XX<sup>174</sup>, constatamos um impetuoso avanço no campo científico e tecnológico, principalmente no horizonte das ciências biológicas e na

<sup>173</sup>COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23-31.

<sup>174</sup>“Se olharmos os resultados dos avanços científicos nas últimas décadas, em especial a partir do início da década de 1990, temas como a clonagem reprodutiva e terapêutica [...], células-tronco, reprodução assistida, aconselhamento genético, farmacogenética, patentes biotecnológicas, bancos de cordão umbilical ou de DNA, bioética, ética em pesquisa, nanobiotecnologia, genoma humano e até mesmo a vida artificial, passaram a fazer parte do dia a dia das pessoas, seja por meio dos veículos de comunicação, seja pelo conjunto de iniciativas acadêmicas e de pesquisa, que se organizaram para difundir informações e incentivar o debate que contribui com o aprimoramento das políticas públicas voltadas para esses temas no Brasil. A medicina laboratorial, a genética, a biologia celular e molecular e a bioinformática tiveram um expressivo avanço tecnológico e, consequentemente, levaram a um aumento da quantidade de informação em escala de difícil alcance inclusive para os especialistas na matéria, o que dirá para os leigos. E até mesmo em razão dessa virtuosa evolução de conhecimentos, os consensos éticos e científicos estão em permanente processo de construção, principalmente em relação às descobertas mais recentes. Somado a isso, o avanço industrial também tem identificado importantes oportunidades nesses novos campos, o que coloca questões relevantes no desafio de construir políticas públicas adequadas e com ampla participação social. [...] Para responder a essas questões, há pouco menos de duas décadas, a doutrina jurídica no Brasil vem buscando trabalhar numa proposta de sistematização dos elementos a serem regrados conforme os princípios do Direito, destinada a delinear os contornos pelos quais os comportamentos científicos, médicos e industriais poderão se realizar, ao mesmo tempo que estabelece o conjunto das sanções pelo descumprimento das regras e normas estabelecidas. [...] Grande parte da doutrina jurídica especializada no tema tem entendido que os referenciais da bioética que contribuem, num primeiro plano, para a construção desse arcabouço jurídico são os princípios da autonomia do consentimento informado, da beneficência ou não maleficência, da justiça, da sacralidade da vida humana e da dignidade do ser humano [...] Ocorre que, na prática, grande parte desses temas ainda precisa e deve ser enfrentada com profundidade pelo Poder

Medicina, vivenciando impasses de conteúdo ético, moral e jurídico, na análise de temas como o mapeamento do genoma humano; doação e utilização de embriões, dentre outras realidades absolutamente atuais. É premente, todavia, ressaltar que este ramo do saber é produto da associação de diversos momentos sócio-culturais, resultando no avanço no campo biotecnológico e que, atualmente, reclama um debate de valor axiológico, no âmbito da expressão do *direito de não saber (right not-to-know)*, de um modo estruturado e coerente sobre os fundamentos ético-jurídicos, o que fica visível nestas considerações:

Assistimos hoje a uma verdadeira revolução operada no campo científico, sobretudo na área da biotecnologia e da biomedicina, que vem permitindo acesso a dados ditos sensíveis, informações genéticas reflexo de sua identidade de cada indivíduo. E é dentro dessa linha protetiva que se pode falar num direito à intimidade genética, com uma esfera objetiva, protegendo qualquer parte do corpo humano em que se encontrem essas informações genéticas e, uma esfera subjetiva, permitindo ao indivíduo não ter acesso aos resultados de quaisquer provas genéticas praticadas em si ou em um familiar. A título exemplificativo, os testes genéticos permitem identificar se uma pessoa tem suscetibilidade a certas doenças como o mal de Alzheimer e alguns tipos de câncer, caso seja portadora de mutações que ocasionam essas doenças. Caberia indagar sobre até que ponto seria legítimo realizar testes em pessoas clinicamente normais e informá-las de que estão sujeitas a desenvolverem certas doenças, mesmo que de início tardio, mas ainda sem nenhum tratamento. Deve-se preservá-la de um impacto de uma má notícia e impedi-la de tomar decisões importantes sobre o seu tratamento, permitindo que se prepare para eventos prováveis, inclusive a morte? E se para a pessoa for preferível não ter conhecimento do resultado por algum receio de sofrer um impacto na sua condição emocional ou psicossocial? Mas o debate não envolve só a genética, mas também as chamadas neurotecnologias e suas técnicas de mapeamento cerebral que, por exemplo, poderiam identificar a propensão de um jovem à delinquência. O direito de não saber seria, então, uma forma de proteção da esfera privada da pessoa humana contra as interferências e os abusos que a expansão do conhecimento podem provocar.<sup>175</sup>

Sem embargo, há de se entender que as razões expostas, em princípio, exigem mais do que a simples enunciação da expressão *direito de não saber*, vez que a

---

Legislativo, uma vez que não foi objeto de tratamento jurídico adequado, ou, quando isso ocorreu, esbarrou em problemas conceituais que dificultam a efetiva aplicação das normas. É o clássico caso em que a dinâmica da ciência relativiza os conceitos já construídos em face dos novos resultados alcançados, e fica difícil estabelecer novos conceitos legais para temas que ainda estão em construção no campo ético e científico. Somado a esses fatores, o Poder Judiciário também precisa se aprofundar nessas questões, pois a falta de jurisprudências que reflitam esses novos referenciais bioéticos tem dificultado a melhor orientação na condução desses temas no campo prático.” DIAFERIA, Adriana. Direito em um mundo em transformação. In: ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 15-18.

<sup>175</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 307.

confidencialidade, a privacidade<sup>176</sup> e o sigilo profissional estabelecem valores cuja reflexão não se limita na esfera do sigilo médico profissional, mas que se refere, também, a outros profissionais, dentre os quais, exemplificamos: enfermeiros, psicólogos, farmacêuticos, assistentes sociais, geneticistas.

Observamos, que o impacto das informações sobre a saúde ou a vida das pessoas envolvidas no aconselhamento genético, em algumas situações, se conflitam com a confidencialidade e a privacidade, o que torna difícil estabelecer o que decidir ou o que fazer, reconhecido o *direito de não saber* dos pacientes, conforme assevera Mayana Zatz, professora titular de genética do Instituto de Biociências da Universidade de São Paulo:

Mas e quando a dúvida sobre a paternidade não existe e o exame de DNA revela segredos que a família gostaria que ficassem ocultos? Uma dessas situações ocorreu na Universidade de Leiden, na Holanda, e foi discutida em seminário por colegas do Departamento de Genética Humana com os quais fazemos pesquisas em colaboração. Eles haviam atendido, no serviço de diagnóstico pré-natal, Ingrid, uma advogada muito bem informada, que estava no início da gravidez. Seu pai tinha hemofilia e ela sabia que era portadora assintomática do gene causador da doença. [...] Hoje, já é possível determinar o sexo do bebê e se ele é portador ou não de uma mutação responsável pela hemofilia com apenas oito a dez semanas de gestação. É um exame simples, que analisa o DNA do feto, por meio da coleta intravaginal de vilosidades coriônicas (um tecido que origina a placenta). O primeiro passo é descobrir qual é a mutação, o que é feito por meio da coleta de sangue e análise de DNA da gestante e de seus pais, em particular, no caso de Ingrid, de seu pai afetado. Caso ela tivesse esperando um menino, seria necessário determinar se ele havia ou não herdado a mutação que causa a hemofilia de seu avô materno. O exame foi feito com amplo consentimento de toda a família. Mas, ao fazer a primeira análise genética, antes do diagnóstico pré-natal, os pesquisadores holandeses descobriram inesperadamente que o senhor hemofílico não era o pai biológico de Ingrid. De um lado, tratava-se de uma ótima notícia. Significava que ela não era portadora e, portanto, nem poderia transmitir o gene da doença. Assim, não teria risco de ter um bebê afetado nem nessa gestação nem em uma futura gravidez. Mas como dar essa notícia? Um dos primeiros mandamentos da ética médica é informar o paciente de todos os procedimentos que serão adotados. No caso de testes de reconhecimento de alguma doença, ele deve reconhecer os riscos, os benefícios, os possíveis resultados e tudo o que seria possível descobrir com base em sua análise. O objetivo é deixar a pessoa

---

<sup>176</sup>“Direito ao recato, ao sigilo, ao segredo, à reserva; todas estas expressões foram ou são utilizadas de modo algo atabalhado pela doutrina. No direito brasileiro, caracterizado, até 1988, pela ausência de uma expressão normativa nesta matéria, o uso de cada um destes termos não se guiava por critérios outros que o arbítrio daquele que os manipulava, movidos pelo gosto pessoal, induzidos pela tradução de expressões estrangeiras ou guindados por um emaranhado de conceituações e classificações (de caráter científico variável, do apurado ao discutível). O uso do termo ‘privacidade’ representa hoje uma tendência crescente. Afortunadamente, vão desaparecendo eventuais mostras de repúdio por sua origem estrangeira, que não deixavam ver quão útil se revela, neste caso particular, o recurso a um termo de recente histórico na língua portuguesa. A maioria das palavras antes utilizadas para expressar a ideia da privacidade padecia ou do escasso alcance ou da confusão causada pelo uso corrente. Assim, ‘segredo’ e ‘sigilo’ são mais associadas à inviolabilidade das comunicações pessoais” LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29-30.

totalmente informada sobre como esses exames podem eventualmente mudar a sua vida e as possíveis consequências sobre seu organismo ou de sua descendência. Mas numa especialidade como a genética médica, em que as descobertas ocorrem tão rapidamente, é impossível prever todas as implicações éticas. E uma coisa que deve ficar clara é que, apesar de não ser um teste de paternidade, frequentemente o exame determina o vínculo genético entre a pessoa testada e seus parentes. E – o que continua chocando muitas pessoas – pesquisas realizadas nos Estados Unidos mostraram que esse tipo de informação “acidental”, revelada pelo exame de DNA, não é rara. Em cerca de 10% das famílias testadas naquele país, o pai reconhecido não é o pai biológico da criança, o que pode alterar totalmente o risco para futuros descendentes daquele casal. Segundo uma pesquisa americana realizada em vários países, 96% dos médicos consultados optam por não revelar o resultado do teste para manter a família unida. Uma minoria (13%) disse que ocultaria o fato ou mentiria a respeito (diria, por exemplo, que a mutação não está presente, apesar da doença familiar). [...] Como se vê, a questão é bem delicada e não há um consenso sobre isso. No caso de Ingrid, a família era muito unida e ninguém desconfiava da situação. Contar a verdade – mesmo que fosse apenas para a futura mãe – poderia desestruturar a relação familiar. Não contar implicava fazer exames que não deixam de ser invasivos e desnecessários. O que você faria se estivesse na situação dos geneticistas responsáveis? Histórias desse tipo ocorrem também aqui no Brasil. [...] O fantasma da falsa paternidade, no entanto, costuma assombrar os clínicos de formas totalmente inesperadas. [...] Qual é a nossa conduta hoje? Toda vez que descobrimos um caso de falsa paternidade, discutimos em equipe se essa informação terá algum impacto no aconselhamento genético. Caso não tenha, não há por que contar. Acreditamos que isso não é da nossa conta. Mas não é uma decisão tão simples. [...] Conteí esse caso em um congresso de bioética, organizado por uma faculdade de Direito, e perguntei qual, na opinião dos advogados, deveria ser a nossa atitude. A resposta foi que eu poderia ser processada em ambas as situações: se contasse ou se não contasse. É importante lembrar que essas descobertas são sempre inesperadas, pois ocorrem quando testamos casais com filhos ou parentes afetados que querem saber o risco de terem descendentes com determinadas doenças, mas as situações de falsa paternidade não são raras. [...] uma forma de evitar qualquer processo seria justamente estabelecer no termo de consentimento, que os consulentes assinam antes de se submeter ao exame, que poderia ser necessário estabelecer a comparação de paternidade, e, nesse caso, se os pais gostariam de ser informados de qualquer alteração no resultado. Algo assim: você está sendo submetido a um teste genético para confirmar o diagnóstico de seu filho e saber se existe risco de repetição para a futura prole. Entretanto, esse teste também pode revelar uma falsa paternidade. [...] Recentemente tive a oportunidade de discutir esse assunto com um grupo de geneticistas em Israel. Esse problema não existiria naquele país, afirmaram categoricamente. Segundo a lei israelense, a criança deve ser protegida a qualquer custo. Revelar uma falsa paternidade poderia torná-la um possível “filho bastardo” e prejudicá-la no futuro. Para evitar que isso aconteça, testes em casos de paternidade duvidosa são proibidos em Israel e, se um laboratório infringir a lei, terá sua licença cassada.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup>ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011. p. 37-48.

Cumpra registrar em nosso ordenamento jurídico, que as normas de conduta<sup>178</sup> médica estabelecem a obrigação do médico informar ao paciente sobre o diagnóstico<sup>179</sup>, o prognóstico, as terapias, os riscos e os benefícios implicados no tratamento.

Tal dever se ampara nos princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana, da valorização dos direitos fundamentais da saúde e da vida e, especialmente, no princípio da autonomia, que proporciona ao paciente o poder de autodeterminação e consciência. É sabido que a informação, por vezes, em razão da gravidade do conteúdo, possa gerar sentimentos que prejudiquem o progresso terapêutico e a recuperação do paciente. Nessas circunstâncias, em decorrência do direito à privacidade e atendendo a razoabilidade em seus diversos sentidos, o paciente manifesta o direito de não saber, ou seja, expressa o desinteresse em ser informado, se assim desejar.

---

<sup>178</sup>“Conforme ensinava Flaminio Fávero, ‘a Medicina é ciência e arte’. Assim, entre suas competências, inclui-se estudar as doenças e seus diagnósticos, bem como a terapêutica a ser adotada, com o fim principal de restituir ao indivíduo doente a ‘saúde perdida’, entendendo-se como saúde o completo bem-estar físico, psíquico e, também, social. É esse o ofício da medicina curativa em todas as suas especialidades. Mas não só. Quando se trata dos agravos à saúde da coletividade, ela também cuida do ‘bem-estar social’, esclarecendo os administradores públicos ‘nos problemas de proteção coletiva’ – sendo essa a função da medicina preventiva. [...] Em qualquer de suas áreas de atuação, é bom ressaltar que devem, a Medicina e os médicos, seguir rigorosamente os preceitos da moral vigente em seus grupos sociais. Ao falar em moral, devemos obrigatoriamente remeter à Ética. E, ao nos referirmos à Ética Médica, ou seja, às questões ligadas ao exercício da Medicina, estamos em verdade nos referindo à modalidade de moral prática, que depende obviamente da ética ou moral em geral (é dizer, da parte da filosofia que trata dos costumes, ou, ainda, se assim podemos afirmar, da ciência que ‘conduz os atos livres do homem no caminho da probidade e da retidão’), por meio de normas e regras elaboradas com esse fim precípua.” MIZIARA, Ivan Dieb; MIZIARA, Carmen Silvia Molleis Galego. op. cit., p. 15-16. Vide, também: FÁVERO, Flaminio. op. cit., v. 3, p. 5.

<sup>179</sup>“O diagnóstico médico é complexo e exige, para ser completo, ser considerado sob quatro vertentes, a saber: funcional, sindrômica, anatômica e etiológica. O *diagnóstico funcional* é facilmente feito pelos dados da história clínica bem tomada e às vezes até mesmo só pela queixa do paciente. O *diagnóstico sindrômico* depende da competência do médico tirar bem a história clínica, interpretando sua evolução a cada alteração no quadro ou sintoma; é mais explicativo do que objetivo e indica como a função do órgão ou a estrutura afetada foi alterada pela doença. O *diagnóstico anatômico*, o exame físico bem feito, é rico em sinais, e os exames complementares de imagem são modernamente cada vez menos invasivos, e mais exatos, com maior precisão, melhor sensibilidade e sempre com progressiva exatidão. O *diagnóstico etiológico* costuma ser o mais difícil, embora com todo progresso da biotecnologia, pois, de quase mil doenças oficialmente catalogadas pelas organizações internacionais, apenas se conhece a causa de um terço delas. Tudo se torna difícil quando se procura juntar os dados oferecidos pelo paciente e os obtidos pelos exames físicos e complementares para enquadrá-los em um dos seguintes itens que relaciona todas as causas conhecidas das doenças: 1. inflamação; 2. infecção; 3. infestação; 4. degeneração; 5. neoplasia; 6. alteração metabólica; 7. problema imunológico; 8. envenenamento; 9. traumatismo (químico, elétrico, por radiação nuclear ou raios x); ou por exclusão dos demais resta a confissão da causa desconhecida; 10. idiopática. Para facilitar a compreensão do que sejam as quatro vertentes do diagnóstico vou exemplificar com um caso de doença vascular: *diagnóstico funcional* – isquemia da perna e pé; *diagnóstico sindrômico* – claudicação intermitente; *diagnóstico anatômico* – lesão obstrutiva da artéria femoral; *diagnóstico etiológico* – arteriosclerose. Redigindo esse mesmo diagnóstico de maneira abrangente ficaria assim: *isquemia da perna e pé esquerdos com claudicação intermitente por arteriosclerose obstrutiva da artéria femoral.*” MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*, cit., p. 203-204.

Com efeito, o médico que deixa de informar um paciente sobre seu estado de saúde a pedido do mesmo, não pode ser responsabilizado criminalmente, ante o direito à privacidade que outorga ao paciente o direito de excluir da própria esfera privada uma determinada categoria de informações que não deseje receber, bem como lhe permite determinar o modo de conceber essa sua esfera particular, à vista das reflexões de Stefano Rodotà:

As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como noção fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias da informação (mas também pelas tecnologias de reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças em seu conceito. Uma definição da privacidade como “direito a ser deixado só” perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações. É presumível que essa tendência prossiga nos próximos anos e que, de consequência, regras e definições irão mover-se em tal direção. Paralelamente houve uma ampliação progressiva da noção de esfera privada que, quantitativamente, compreende agora situações e interesses antes excluídos de proteção jurídica específica, e que, qualitativamente, se projeta muito além da mera identificação de um sujeito e seus comportamentos “privados”. Desta forma pode-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo. Em consequência, a privacidade pode ser identificada com “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social”, em um quadro caracterizado justamente pela “liberdade das escolhas existenciais”.<sup>180</sup>

### 3.3 Direito à prova desvinculado da teoria geral do processo

A ponderação em torno da relevância assumida pelo segredo médico implica na questão do sigilo profissional no âmbito da prova<sup>181</sup> penal, cuja natureza decorre de razões

<sup>180</sup>RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92-93. Vide, ainda: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, 1999. Vide, também: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Genética y derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

<sup>181</sup>“o processo é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e da exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, da instrução. Está é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa. Essa demonstração é o que constitui a prova.” NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 88.

extraprocessuais, delineados pela tutela da intimidade, abrangendo justificativas individuais ou fundamentos coletivos na preservação do sigilo médico profissional.

Antes, porém, da análise do segredo médico, mormente, no que toca à prova testemunhal e aos reflexos processuais penais do sigilo profissional, relevante destacar que a ciência processual<sup>182</sup> foi edificada e desenvolvida sobre quatro pilares, que constituem os institutos fundamentais do direito processual<sup>183</sup>: jurisdição, ação, defesa e processo. Em nosso tempo histórico, importa o estudo da ação penal e enfatizar, apesar de prevalecer na doutrina processual a afirmação de que há uma *teoria geral do processo*<sup>184</sup>, de sua inaplicabilidade no processo penal, conforme as ponderações de Paula Bajer Fernandes Martins da Costa:

A ação penal já não é considerada essencial ao estudo do processo. Alguns autores salientam, inclusive, o deslocamento da ação do centro do sistema processual. Afirma-se a atualidade do objeto do processo e da demanda como preocupações primordiais da dogmática. Dinamarco explica que nosso sistema jurídico não é de *acciones*, como o romano. Não mais se acredita que o processo, e tudo o que em torno dele existe, visem somente tutela de direitos. Fala-se, com muito mais certeza, em atuação estatal. Para o autor, está correta a teoria geral do processo. As diferenças entre os processos civil e penal não obstaculizariam uma visão comum, conformados que devem estar ambos às regras que norteiam o exercício da jurisdição. Prevalece, pois, em seu ponto de vista, a atuação estatal sobre a individual, tanto no processo penal como no civil. Preocupado em conceituar a ação sem utilizar-se da noção de direito subjetivo, que dificultaria o estudo em conjunto dos

<sup>182</sup>Do ponto de vista histórico e do seu desenvolvimento, vide: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

<sup>183</sup>“Assim se denomina todo complexo de regras instituídas pelo poder público no sentido de determinar a forma, por que serão os direitos protegidos pela Justiça. [...] Segundo a espécie de ações ou feitos, que regula o Direito Processual, se dirá: [...] *Direito Processual Penal*, quando formula as regras para as ações de natureza penal, ou seja, para evidenciar a responsabilidade de um crime e impor a devida pena” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 480.

<sup>184</sup>“*Teoria geral do processo* é um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual. É também, por outro aspecto, a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos setorialmente com vista a cada um desses ramos, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos eles, sem descer às peculiaridades de cada um. Ela transcende a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras ou normas de direito positivo. Por isso mesmo tende à universalização, superando as limitações espaço-temporais do direito positivo. O estudo da teoria geral do processo enfoca preponderantemente o plano puramente abstrato das construções sistemáticas, com referências ao direito positivo mas sem postular uma imaginária, utópica e por certo inconveniente uniformização legislativa. Essa conceituação abre caminho às indagações acerca do âmbito da teoria geral do processo, ou seja, da delimitação do grau de universalização desejável e metodologicamente útil e legítima. A máxima abrangência a que se pode chegar é a que postula a inclusão nessa teoria geral dos diversos ramos do direito processual *jurisdicional* (civil, penal, trabalhista, arbitral) e mesmo do *não jurisdicional*, representado pelo direito processual administrativo, pelo direito processual legislativo, pelo eleitoral e mesmo pelo processo de certas entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos (partidos políticos, sociedades civis ou empresárias, clubes, associações). Sempre que se trate de procedimentos realizados mediante o exercício de *poder*, por um agente que se sobrepõe aos demais, ali se tem *processo* e não mero procedimento, legitimando-se pois sua inserção no âmbito da teoria geral do processo.” CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2015. p. 29-30.

processos penal e civil, Dinamarco formula novo entendimento, a partir da ideia do poder de ação (de iniciativa e de impulso): “E define-se a ação, pois, como a soma das posições jurídicas ativas do autor no processo, tendo por objeto o provimento jurisdicional pedido pelo demandante e devido pelo Estado”. Afrânio Silva Jardim, entre os processualistas dedicados ao processo penal, enfrenta a questão de outra maneira. Persiste em definir a ação como direito subjetivo. Distingue, no entanto, o direito de agir de seu exercício: “...urge distinguir o direito de ação de seu exercício. Aqui, o direito de ação surge da proibição da autoaplicação do chamado *ius puniendi* do Estado, enquanto o dever de seu exercício surge do interesse público em sancionar os violadores das normas penais materiais, sem que a jurisdição seja prestada de ofício, independentemente de provocação, o que comprometeria a estrutura dialética do processo e, por conseguinte, a imparcialidade do Juiz. São duas normas que incidem em ‘momentos’ diversos: uma cria o direito subjetivo público para o Estado-Administração; outra o obriga a exercitar tal direito subjetivo”. Ao processo penal pertenceria, somente, segundo Silva Jardim, o exercício do direito subjetivo. O direito subjetivo, propriamente dito, estaria na órbita do direito constitucional. Na verdade, os autores citados lidam com o mesmo problema. Buscam um só conceito de ação, adequado aos processos civil e penal. Dinamarco esvazia o conceito de ação e o reduz aos poderes de iniciar e impulsionar o processo. Afrânio Silva Jardim mantém o conceito tradicional, mas o afasta do processo penal. Deixa-o para o direito constitucional. Identificam-se, assim, os pensamentos dos autores, já que o exercício de um direito subjetivo, dele desvinculado, nada mais é que poder de iniciativa e de impulso. Não basta, para evitar incompatibilidades na teoria geral do processo, encontrar fórmulas conceituais que prescindam das origens e realidades das práticas dos institutos jurídicos. É importante que o estudo do processo penal se faça em torno de características próprias, desvinculadas da teoria geral do processo e do direito processual civil. A atenção deve ser posta no conflito básico tratado na justiça penal: entre o poder-dever de punir e a liberdade do indivíduo, ambos indisponíveis. Sem isso, não estará o direito adequado à realidade política. O estudo da ação penal, ao contrário do que se tem defendido, é vital ao processo penal. A ação penal tornou-se fórmula de acusação. Subsiste a tradicional definição a partir do direito subjetivo, que, isolada, a nada corresponde no sistema do direito processual penal. Pouco se reflete sobre as condições da ação, melhor estudadas no processo civil. A unidade e indivisibilidade do Ministério Público fazem supor a legitimidade para agir. A prévia existência de inquérito policial (ou peças de informação) evidencia a tipicidade do fato, pressupondo o interesse e a justa causa. Pouco resta da ideia do juízo de admissibilidade. Essas condições da ação ainda são abordadas nos manuais de processo penal, moldadas no direito processual civil. Estão esquecidas na prática judiciária. A própria técnica de elaboração das peças acusatórias despreza uma completa explicação da causa de pedir. Tem-se, quanto à ação penal, ficção jurídica. Não há conformidade entre a racionalidade formal e as práticas sociais e judiciárias. Perdeu-se a razão do dogma. Não se vislumbra, na maioria dos estudos de processo penal, a origem histórica da ação penal. Mesclaram-se os processos penal e civil. Confundiu-se tudo a ponto de não mais se lembrar que no processo penal a indisponibilidade dos interesses em conflito leva a sistematização particular, própria. Vigem o dever de ação e a oficialidade do processo penal como um todo, mais como regras de proceder dos funcionários, incumbidos da persecução penal, que do processo penal em si.<sup>185</sup>

<sup>185</sup>COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 1-5. Vide, também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São

Cumprido, portanto, ainda que sucintamente, invocar algumas raras, conquanto muito respeitáveis, vozes discrepantes<sup>186</sup> à inaplicabilidade no processo penal da *teoria geral do processo* e, observar, também, que não há consenso doutrinário da existência<sup>187</sup> ou não<sup>188</sup> desta teoria unitária ou universal do processo, cujos *conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização*, uníssonos e genéricos para os distintos ramos jurídicos-

---

Paulo: Revista dos Tribunais, 1987; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007; COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989; TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LIMA, Deodoró Araújo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1986; TUCCI, Rogério Lauria; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moras et al. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

<sup>186</sup>TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 48, n. 281, p. 48-64, mar. 2001.

<sup>187</sup>Para Afrânio Silva Jardim: “Pouca resistência ainda se encontra, em sede doutrinária, à concepção unitária do processo. Mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito Processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais.” JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*, cit., p. 19. E, ainda: “Pode-se até não gostar da Teoria Geral do Processo, mas que ela existe, existe. [...] De qualquer forma, se conseguirem acabar com a Teoria Geral do Processo (usei a expressão repetidamente de propósito), eu me sentirei estimulado a sustentar a N.T.G.P., ou seja, a Neo Teoria Geral do Processo. Hoje, basta colocar a expressão ‘neo’ que o velho se torna novo”. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 74.

<sup>188</sup>“Inicialmente, no que tange ao argumento da identidade de institutos, o autor Rômulo de Andrade Moreira reconhece que determinados conceitos genéricos estão presentes tanto no processo penal como no processo civil, mas que isso não significa que eles se apresentem da mesma forma em ambas as disciplinas, ao contrário, o tratamento da ação, jurisdição, processo, e dos outros institutos é distinto no processo o que impede a existência de uma Teoria Geral: ‘Esta Teoria Geral é inadmissível exatamente porque não há qualquer similitude entre os conteúdos do Processo Civil e do Processo Penal. Por óbvio que conceitos genéricos, tais como os de jurisdição (não obstante, no Processo Penal não se pode falar em lide), processo, órgãos judiciários, competência (com muitas ressalvas), procedimento (idem), atos processuais, prova, etc, servem para as duas disciplinas. [...] Porém, evidentemente, que esta afirmação última jamais pode ter o condão de admitirmos uma Teoria Geral do Processo, mesmo porque, ainda que, por exemplo, o conceito de prova seja o mesmo, trata-se de Processo Civil ou Processo Penal, há uma diferença abissal quando nos aprofundamos no seu estudo no Processo Penal: a questão do ônus e da gestão da prova são exemplos irresponsáveis.’ Outrossim, neste mesmo entendimento, Cláudia Marlise da Silva Alberton Ebling explica que esses conceitos genéricos não podem ser tratados do mesmo modo, sob pena de se violar os princípios e regras do processo penal, ou seja, a busca pela celeridade e sumarização não podem violar a efetividade de um processo penal garantidor, e acrescenta: ‘Na contramão, não tão evidente quanto possa parecer, temos no processo penal uma verdadeira imposição de institutos utilizados na seara civil que são incompatíveis com nossa ideia de processo penal garantista. Conceitos genéricos como ação, jurisdição e cognição não podem e nem dever ser tratados de uma mesma maneira, tendo em vista, justamente os objetos envolvidos no jogo processual.’ Nesta perspectiva, entendo que a generalização feita na TGP é equivocada, pois generalizam-se conceitos que não são idênticos, que não são comuns, porquanto são extraídos de ramos muito distintos do Direito Processual e, portanto, apresentam uma série de diferenças entre si [...] Nesta concepção, os institutos fundamentais do processo – ação, jurisdição, processo e defesa – não são gerais, não são comuns a todos os ramos do Direito Processual”. CARVALHO, Samantha de Araújo. *A teoria geral do processo e sua inaplicabilidade no processo penal*. Florianópolis: Habitus Ed., 2017. p. 54-56. Vide, também: MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. 2. ed. Salvador: Lex Magister, 2014; EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *Teoria geral do processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo/no do processo penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004; LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

processuais, parecem não se acomodar bem no sistema processual penal atual, como assevera Fredie Didier Jr.:

Em 1927, Adolf Merkl afirmou que o “processo”, por ser fenômeno que diz respeito a diversos ramos do Direito, deveria ser considerado um problema da Teoria Geral do Direito; às disciplinas particulares do processo caberia o exame das peculiaridades de seu respectivo ramo. Lamentou, todavia, a inexistência de “semelhante teoria geral do direito processual”, que ofereceria o comum e o válido para toda a espécie de processo”. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, em 1949, disse que a Teoria Geral do Processo representava mais uma aspiração do que uma realidade; uma meta que se busca alcançar, mas que ainda não se havia atingido”. Um sonho carneluttiano, como disse Liebman. Mais de trinta anos depois, logo no início de sua tese de titularidade, Cândido Dinamarco constatou que a Teoria Geral do Processo, “ainda incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica”, não tem até hoje bem definidas as suas linhas e abrangência. Uma década se passou, e Willis Santiago Guerra Filho chegava a conclusão idêntica: a elaboração das categorias jurídicas adequadas ao estudo e à compreensão do fenômeno processual, para além do âmbito jurisdicional, “permanece ainda uma promessa incumprida da ciência do processo para a ciência jurídica”. Nada obstante, a Teoria Geral do Processo difundiu-se na América Latina, especialmente no Brasil, onde está presente no currículo da grande maioria dos cursos de bacharelado em Direito. Ou seja: embora sem que se saiba exatamente em que consiste, a Teoria Geral do Processo vem sendo ensinada em todo o território nacional. Além disso, é alvo de ferrenha crítica dos processualistas penais brasileiros, que a repelem, mesmo sem compreendê-la adequadamente. Ainda não se conhece um estudo que se tenha proposto a refletir sobre a Teoria Geral do Processo com a profundidade que ela merece. Há inúmeros trabalhos de Teoria Geral do Processo; muito pouco, porém, se escreveu a respeito dela. [...] O móvel desta tese foi uma pergunta que surgiu após alguns debates em torno do assunto: como é possível que uma Teoria, cujos contornos são imprecisos e a própria existência incerta, seja amplamente ensinada e, ao mesmo tempo, incisivamente criticada? Essa dúvida, que se funda em uma situação curiosa e paradoxal, é a semente da hipótese deste trabalho: existe realmente uma Teoria Geral do Processo? Positiva a resposta, questionamentos derivados aparecem: em que ela consiste? Qual a sua abrangência e a sua utilidade? Como ela deve ser ensinada? Em que medida se distingue das demais espécies de conhecimento jurídico a respeito do processo e do direito processual?<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup>DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 43-45. Vide, também: MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Ed. Nacional, 1980; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso. In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. t. 1; LIEBMAN, Enrico Tullio. Recensione – Elio Fazzalari – Istituzioni di diritto processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 30, n. 3, p. 463-464, 1975; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria geral do processo: em que sentido? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1995.

Desta forma, *mutatis mutandis*, importa analisar, quanto à prova testemunhal, o segredo médico e a extensão da sua confidencialidade no direito à prova<sup>190</sup> desvinculado da concepção unitária do processo, no sistema acusatório no processo penal brasileiro.

Firmados estes pontos, relevantes são as implicações do sigilo médico na prova penal e, com acerto, no que se refere à prova testemunhal<sup>191</sup>. Como se sabe, apresenta-se obrigatória a presunção do médico como um *confidente necessário*, cujo comportamento profissional é buscado pelo paciente, demonstrando sua confiança em relatar pormenores fáticos e pessoais, que habitualmente não seriam apresentados. Com efeito, seu relevo decorre do segredo médico, que é o objeto do sigilo, fundado nas informações expostas pelo enfermo ao médico. No direito positivo processual penal brasileiro, quanto à prova testemunhal, o sigilo profissional é pura e simplesmente uma garantia do paciente ou a tutela de sua intimidade; de maneira a assegurar que fatos e relatos de natureza íntima e profundamente pessoal, ou seja, no domínio da vida privada *stricto sensu* e que são, muitas vezes, desconhecidos por familiares ou pessoas mais próximas do paciente, não sejam revelados, salvo hipóteses excepcionais, registrando Hélio Tornaghi o que lhe parece de maior relevo:

Diferente da noção da capacidade para depor é a do dever jurídico de fazê-lo. Toda pessoa tem capacidade de declarar em juízo, mas nem todos estão a isso obrigados. O art. 206, princípio do Código de Processo Penal, estabelece como regra geral: “A testemunha não poderá eximir-se do ver de depor”. Mas a essa regra abrem exceção as dispensas contidas na parte final do mesmo dispositivo e no fecho do art. 207 e as proibições do princípio deste último artigo, a saber: *Dispensas*: [...] “as pessoas que, em razão de função, ministério ou ofício, devam guardar segredo, se, desobrigadas, pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho”. *Proibições*: Quando não desobrigadas pelo interessado, “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo”. Em outras legislações existem diferentes casos de dispensas. Assim, por exemplo, o § 153 da St. P. P. austríaca desobriga a testemunha de responder a qualquer pergunta ou mesmo de depor (“wenn die Ablegung des Zeugniss oder die Beantwortung einer Frage...”) quando da resposta ou do depoimento pode advir dano direto e importante (“einen unmittelbaren und bedeutenden Vermögensnachteil”), quer ao seu patrimônio ou a sua pessoa, quer ao

<sup>190</sup>A expressão latina *nemo tenetur se detegere* expressa que ninguém tem o dever de produzir prova em seu desfavor, tendo como manifestação mais tradicional o direito ao silêncio. Outros brocardos também são utilizados no mesmo sentido, como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidum suan*, *nemo testis se ipsum* ou simplesmente *nemo tenetur*. Vide: MENEZES, Sofia Saraiva de. O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (Orgs.). *Prova criminal e direito de defesa*: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Lisboa: Almedina, 2010. p. 117.

<sup>191</sup>“É a que se produz ou se forma pelo depoimento ou declaração das *testemunhas*. A prova testemunhal fica adstrita à *atendibilidade* ou *credibilidade* do depoimento prestado, a qual será de maior ou menor força probante, conforme o grau de *idoneidade* em que se tem a testemunha, e o de *firmeza* de sua declaração acerca do *fato* ou *fatos depositos*.” SILVA, De Plácido e. op. cit., p. 1124.

patrimônio ou à pessoa de seus parentes ou afins (referidos no § 152, alínea 1<sup>a</sup>). Esta dispensa só desaparece nos casos particularmente importantes (“in besonders wichtigen Fällen). A St. P. O. alemã não isenta do dever de depor, mas permite que a testemunha se recuse a responder àquelas perguntas cujas respostas a possam prejudicar, ou que exponham parentes seus a processo criminal (“jeder Zeuge kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der im § 52 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde”) (§ 55). [...] *Sigilário desobrigado do segredo profissional*. Quanto à faculdade concedida às *peessoas desobrigadas do segredo profissional*, a lei adotou uma solução laxista, apoiada por muitos moralistas, mas a meu ver infeliz. Prefiro tratar deste assunto em seguida, ao falar da *Proibição decorrente do segredo profissional*. Levado por importantes motivos de conveniência e de moralidade, o Código Penal proíbe a violação do sigilo profissional, no art. 154: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa aduzir dano a outrem”. O Código de Processo Penal vai mais longe na tutela ao segredo profissional (*lato sensu*): proíbe de depor os secretários, quer a violação do segredo cause dano a outrem, quer não cause. E é irrelevante que haja ou não haja justa causa para a revelação. A inexistência do dano e a existência de justa causa fariam desaparecer o crime. O ato seria penalmente lícito. Mas não poderia ser praticado pelo sigilário *em juízo, como testemunha. Noção jurídica do segredo*. Em linguagem vulgar, segredo é aquilo que alguém oculta, ou a todos ou a algumas pessoas, é o fato que não se faz conhecido de outrem, aquilo de que se faz mistério e que alguém confia a outra pessoa. Para o Direito, entretanto, a noção de segredo envolve mais um elemento: a vontade do interessado. Só há segredo juridicamente relevante quando aquele quer manter o fato oculto. Há fatos que são secretos pela própria natureza e são exatamente aqueles cujo conhecimento prejudica e cujo encobrimento é benéfico. Com relação a estes, a vontade de que sejam guardados em segredo é presumível, não é necessário que seja expressa. Se, por exemplo, um médico, ao examinar um cliente, verifica que ele é hermafrodita, deve guardar segredo disso ainda quando o cliente não lho peça. Para a dispensa do segredo sim, é que é necessário o consentimento expresso. A vontade do interessado é, entretanto, irrelevante se o fato é notório, se se trata de mera futilidade ou se a publicidade é obrigatória por lei. Seria sem importância jurídica a vontade de um generalote que, tendo traído a pátria *coram populo*, pedisse a alguém para guardar segredo. Tampouco teria qualquer valor a vontade de uma senhora de que seu cabeleireiro não revelasse a fato de ela pintar os cabelos. E, finalmente, nada importaria que alguém pretendesse pedir segredo sobre uma citação constante de edital. Com respeito à notoriedade, todavia, é certo que desaparece a ilicitude penal do ato praticado por quem veicula o fato antes oculto, uma vez que já não há mais segredo; permanece, entretanto, a proibição de depor. *Permissão de depor*. O Código de Processo Penal brasileiro, no final do art. 207, facultou o depoimento do secretário quando dispensado, pelo interessado, de guardar sigilo. Realmente, para que haja segredo é necessária a vontade do segredante. Mas não é menos exato que a anuência deste pode decorrer do receio de ver-se descoberto. Pense-se na situação da mulher de quem o marido exigisse, como prova de sinceridade e de fidelidade, a dispensa dos segredos do confessorário ou do consultório médico. Negar a dispensa seria convencer o marido. Concedê-la seria perder a tutela legal. Há, pois, *sempre* uma coação possível que viciaria o consentimento. Melhor fora que a lei não houvesse feito a ressalva. Não haveria nisso nenhuma incoerência. Basta lembrar a *razão do segredo profissional (lato sensu)*. A proteção ao segredo profissional decorre do interesse de todos, da necessidade que cada um tem de confiar no

profissional e de estar seguro de que o segredo não será revelado. Por isso mesmo, contribui para aumentar a confiança geral e o prestígio da profissão aquele que, embora dispensado de guardar o segredo, não consente em depor em juízo a respeito dele. *Segredo comum a várias pessoas.* Se o segredo é de mais de uma pessoa, somente o consentimento de todas autoriza o profissional a depor. Pouco importa que ele lhe haja sido revelado por um só dos interessados, até porque, como já mostrei, a revelação não é necessária. Basta que o sigilário tenha tido conhecimento do segredo em razão do ofício (*lato sensu*). *Morte do interessado.* A morte do interessado não faz cessar a proibição. O vínculo existe entre o profissional e o Estado, tutor do interesse legal. *Pessoas proibidas de depor em virtude do segredo profissional.* Algumas leis adotam o sistema de indicar especificamente as profissões compatíveis com o segredo profissional. Outras, como a nossa, usam de palavras compreensivas como profissão, ofício, função etc. A meu ver, o Código poderia ter empregado apenas a palavra *ofício*, dando-lhe sentido amplo. Suponho haja o legislador temido uma interpretação estreita que levasse a excluir hipóteses cuja inclusão era querida. Fala o Código em pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. Mas pergunta-se: como saber que em razão de uma função, de um ofício, etc., alguém deva guardar segredo? A resposta há de provir: 1º) de qualquer lei que obrigue o segredo; 2º) dos regulamentos que disciplinem o exercício da profissão, ofício etc.; 3º) das normas consuetudinárias; 4º) da própria natureza da função, ofício etc. [...] *Origem do segredo:* Não é necessário que o fato seja revelado, seja dito, pelo interessado. Na grande maioria dos casos, o segredo é transmitido ao profissional pelo próprio dono. Mas tal não é preciso. Um enfermeiro, um advogado, um médico, uma parteira, podem, em razão do próprio mister, vir a conhecer segredo do cliente, sem que esse o revele. Nem por isso deixa de ocorrer a obrigação de guardar sigilo e a proibição de depor em juízo. Pode até acontecer que o próprio interessado no segredo não tenha conhecimento dele, ou melhor, de seu conteúdo, como no caso de alguém que desconhecêsse uma anomalia própria, sabida pelo médico. *Desaparecimento do segredo.* Como foi dito acima, ainda que o fato objeto do segredo se torne público, notório, a vedação do art. 207 permanece. É certo que *notoria non eget probatione* e que, portanto, não haveria necessidade de fazer a prova. Seja como for, não poderia ser ouvida como testemunha a pessoa que tivesse sabido do fato, quando ainda secreto, em razão do ofício (*lato sensu*). *Divulgação do segredo.* Com mais forte razão, permanece a proibição do art. 207 no caso em que outras pessoas, ainda que muitas, venham a ter conhecimento do segredo. *Testemunho indireto.* Questão importante é a de saber se deve ser admitido o depoimento de quem tem ciência de um segredo por suas relações com o depositário. [...] Aqui é expressamente permitida a interpretação compreensiva, a aplicação analógica e o recurso aos princípios gerais do Direito (Cód. Proc. Penal, art. 3º). É, portanto, necessário examinar o sentido e a razão de ser da lei. Esta não quer que o segredo confiado ao profissional seja levado a juízo. Permitir que um auxiliar, um parente, um herdeiro deste deponha sobre o que eventualmente soube por suas relações com ele será admitir por via oblíqua o que a lei proibiu, será fraudá-la, impedi-la de funcionar em muitos casos. Um médico, no leito de morte, conta à esposa gravíssimo segredo de um cliente. Consentir que a mulher fosse a juízo revelá-lo seria burlar a intenção da lei. Com mais forte razão ainda, não é permitido o depoimento sobre fato que, embora não consitua o objeto direto do segredo, não poderia ser relatado sem que daí viesse a lume o que em sigilo deve ser mantido. *Dever de notificação e proibição de depor.* “Pessoas que devam guardar segredo”. Há casos em que o profissional está obrigado a comunicar à autoridade pública aquilo de que sabe, ainda que seja segredo profissional. Está em tais hipóteses proibida de depor? O art. 269 do

Código Penal pune o médico que omite a comunicação de doença cuja notificação é compulsória. Desaparece nesse caso a proibição de depor? Não. O que o médico tem de fazer é apenas dar conhecimento da ocorrência de doença à autoridade sanitária. Só a essa e apenas para os fins administrativos, isto é, para que sejam tomadas providências higiênicas, terapêuticas, profiláticas, médicas, enfim. Mas não lhe é permitido ir a juízo revelar segredos que, em razão do ofício (*lato sensu*), deve guardar consigo. O art. 66, inciso II, da Lei das Contravenções obriga o médico ou qualquer outro exercente de profissão sanitária a comunicar à autoridade competente crime de ação pública independente de representação, de que teve conhecimento no exercício profissional. Mas exclui desde logo o caso em que a comunicação exponha o cliente a procedimento criminal. Se, portanto, o profissional não está sequer obrigado a denunciar o crime, muito menos cessa para ele a proibição de depor. [...] O atual Código não contém nenhum impedimento de ouvir como testemunha o policial que atuou no inquérito. Mesmo o perito pode ser ouvido como testemunha. O art. 279, II, do Código de Processo Penal, proíbe de funcionar como perito quem foi testemunha no mesmo processo; mas a recíproca não encontra apoio em nenhum texto de lei.<sup>192</sup>

O sigilo profissional previne que o médico, no exercício de sua atividade, torne-se em um delator em potencial, ao ser inquirido, como testemunha, no processo penal:

passaremos a examinar os sujeitos que, em razão de conhecerem os fatos em virtude de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo e, por isso, são *proibidos* do exercício da prova testemunhal. Muito já se escreveu que o dever de calar, mais que legal, é sobretudo uma obrigação moral. Conforme preconiza o art. 154, do Código repressivo, o sujeito que sem justa causa revelar segredo que deva guardar, por tê-lo conhecido em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e por consequência tal revelação possa vir a causar dano a outrem, deverá responder penalmente por esse fato. [...] O art. 207 do Código de Processo Penal está em perfeita consonância com o art. 154 do Código Penal, posto que o legislador do diploma processual, coerentemente, proibiu de prestar testemunho os mesmos sujeitos que o legislador do direito substantivo pune pela revelação do segredo profissional. O Brasil não adotou a taxatividade dos casos de proibição. Na Itália, por exemplo, o legislador houve por bem, taxativamente, a contar quais as profissões que podem invocar o segredo profissional. [...] O fundamento do segredo profissional, sobre o qual se apoia a norma que proíbe as pessoas catalogadas no art. 207 do Código de Processo Penal de depor, não está na concessão de um privilégio que porventura o legislador outorgasse a alguma pessoa em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, mas sim na necessidade ética e social de garantir os interesses do confidente. Cumpre salientar, entretanto, que o fato criminoso, cuja manutenção do sigilo é de interesse do confidente, deve exsurgir, precipuamente, da manifestação de vontade deste, e não apenas do mero relato do fato. [...] O fulcro da norma em apreço está também na possibilidade de proporcionar um bom relacionamento entre as pessoas e determinados profissionais (médico, advogado etc.). [...] Sem embargo do que foi dito, as pessoas que, em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo, poderão depor caso a parte interessada na sua divulgação as desobrigue. Mas, mesmo assim, prestarão depoimento se assim o quiserem, posto que sempre serão os próprios julgadores de suas

<sup>192</sup>TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4, p. 72-82.

consciências. [...] se o segredo exsurge de um acordo de vontade entre o segredante e o segredista, ele somente poderá deixar de existir pela concordância de ambas as partes, a despeito de que, *a priori*, os fatos que devam ficar reservados digam respeito apenas ao primeiro. [...] Cumpre salientar que, se o legislador não reconhecesse a proibição de depor em virtude do segredo profissional, estaria permitindo que se atentasse contra a moralidade, pois que o profissional ao faltar com a obrigação do segredo estaria traindo a confiança que nele fora depositada.<sup>193</sup>

### 3.4 Ministério Público: requisição de prontuário médico e perícias

O Ministério Público<sup>194</sup>, que ocupa posição de alta relevância no âmbito do Poder Público, é o órgão estatal incumbido de defender os interesses da sociedade<sup>195</sup>, bem como fiscalizar a aplicação e a execução das leis.

As atribuições constitucionais instrumentalizam a Instituição à promoção de importantes injunções na vida pública e privada, seja no âmbito administrativo, pela celebração do termo de ajustamento de condutas (TAC), seja através de ações de natureza essencialmente jurisdicional.

<sup>193</sup>AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016. p. 137-141.

<sup>194</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 80, de 2014) – Seção I – Do Ministério Público: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 1998). § 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. § 4º Se o Ministério Público não encaminhar a respectiva proposta orçamentária dentro do prazo estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias, o Poder Executivo considerará, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária vigente, ajustados de acordo com os limites estipulados na forma do § 3º (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 5º Se a proposta orçamentária de que trata este artigo for encaminhada em desacordo com os limites estipulados na forma do § 3º, o Poder Executivo procederá aos ajustes necessários para fins de consolidação da proposta orçamentária anual (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). § 6º Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Vide, ainda: Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União) e a Lei Complementar estadual nº. 734, de 26 de novembro de 1993 (Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).

<sup>195</sup>DESTRO, Paulo. O Ministério Público na defesa da sociedade. In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2. *Anais...* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997. p. 247-251.

Para a compreensão da complexidade e da extensão de sua missão, a Constituição da República dotou os membros do *parquet* como agentes de transformação social<sup>196</sup>, sendo órgão de extração constitucional, separado dos demais Poderes do Estado, mas mantendo com eles relações institucionais que possibilitam os freios e contrapesos – *checks and balances* – para o funcionamento harmônico do sistema.

Dentro do novo perfil constitucional, a atuação do Ministério Público pode ser *demandista*, atuando perante o Poder Judiciário como agente processual ou *resolutiva*, atuando no plano extrajudicial, como intermediador e pacificador da conflituosidade social, através do manejo dos poderosos instrumentos do Inquérito Civil e Ação Civil Pública (art. 129, III, da Magna Carta), na atividade de controle dos atos do poder público, na esteira de conferir mecanismos hábeis para que a Instituição possa promover os valores sociais constitucionais. Na atuação do Ministério Público na esfera criminal<sup>197</sup>, dentre outras atribuições constitucionais<sup>198</sup>, confere ao *parquet* a função de promover, privativamente, a ação penal pública e de requisitar diligências investigatórias.

No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como

---

<sup>196</sup>DESTRO, Paulo. O que a sociedade espera do Ministério Público? In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 3. *Anais...* São Paulo: Páginas & Letras Ed. e Gráf., 2006. v. 2, p. 983-988.

<sup>197</sup>“O Ministério Público e a sua função no processo criminal. Dada a circunstância de importar o crime em perturbação da ordem social, em hipóteses nas quais há, além do interesse privado, um interesse especial específico a tutelar, reclamando a mais eficaz proteção; pelo que, quando um indivíduo, vivendo em sociedade, tem procedimento contrário ao direito, quer por ação, quer por omissão, se desse procedimento jurídico provém, com ofensa do interesse social, um dano público, criada uma situação de perigo para a coletividade, entra em ação o direito penal, para sancionar a violação do direito, com intervenção do poder social, não só no interesse da vítima, mas no de todos os outros membros da sociedade, que, em igualdade de condições, poderiam ser prejudicados [...] Mas o poder público, para agir, para fazer viver a ação penal, precisa, evidentemente, ser representado por alguém, que, com a faculdade de raciocínio, de vontade, de deliberação, possa aferir a realidade de ter-se registrado uma infração criminosa ou contravenção da lei penal, e verificar a oportunidade de pleitear a punição do seu ou dos seus autores. De onde, a necessidade de um órgão do poder público, com a competência específica de representá-lo no juízo criminal, perante o qual se instaura, processa e soluciona a ação penal. Esse representante do poder público é tirado do corpo do Ministério Público, organizado, em cada jurisdição, de acordo com as determinações da lei de organização judiciária competente.” ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000. p. 295-296.

<sup>198</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º. 80, de 2014) – Seção I – Do Ministério Público: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

de órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processos em que officie; sendo o membro do Ministério Público responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.<sup>199</sup>

A Constituição Federal outorga à disposição do Ministério Público, no exercício das suas atribuições, o instrumento da requisição, que visa nos procedimentos a cargo do representante ministerial<sup>200</sup>, a atuação no interesse público, que se sobrepõe a qualquer outro, para o fornecimento ou exibição de certidões, documentos, informações, laudos periciais e prontuários médicos<sup>201</sup>, conforme exposto técnica e juridicamente por Emerson Garcia:

---

<sup>199</sup>Vide: Art. 26, inciso I, *b*, *c*; incisos II, IV e §2º, da Lei nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); Art. 8º, incisos II e IV; §1º, da Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União) e Art. 104, inciso I, *b*; inciso III, da Lei Complementar estadual nº. 734, de 26 de novembro de 1993 (Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).

<sup>200</sup>Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 (Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público): Art. 1º. O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018); Art. 7º. O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; III – requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral.

<sup>201</sup>“**A quem pertence o prontuário?** Entende-se por prontuário médico não apenas o registro da anamnese do paciente, mas todo acervo documental padronizado, organizado e conciso, referente ao registro dos cuidados médicos prestados, assim como aos documentos pertinentes a essa assistência. Consta de exame clínico do paciente: suas fichas de ocorrências e de prescrição terapêutica, os relatórios da enfermagem, da anestesia e da cirurgia, a ficha do registro dos resultados de exames complementares e, até mesmo, cópias de solicitação e de resultado de exames complementares. Constituem um verdadeiro dossiê, que tanto serve para a análise da evolução da doença como para fins estatísticos que alimentam a memória do serviço e também como para a defesa pessoal do profissional, caso ele venha ser responsabilizado por algum resultado atípico ou indesejado. Nunca admitir que o prontuário representa uma peça meramente burocrática para fins da contabilização da cobrança dos procedimentos ou das despesas hospitalares. Pensar sempre em possíveis complicações de ordem técnica, ética ou jurídica que possam eventualmente ocorrer, quando o prontuário seria um elemento de valor probante fundamental nas contestações sobre possíveis irregularidades. Um dos deveres de conduta mais cobrados pelos que avaliam um procedimento médico contestado é o dever de informar e, dentre esses, o mais arguido é o do registro dos prontuários. Tão importante é o preenchimento correto do prontuário, que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, através da Resolução CREMESP nº 70/95, criou a Comissão de Revisão de Prontuários Médicos, de caráter obrigatório, nas Unidades de Saúde onde se presta assistência médica de sua jurisdição, com tempo de mandato e processo de escolha de seus membros consignados no Regimento Interno do Corpo Clínico da instituição hospitalar. Uma questão bem interessante: a quem pertence o prontuário? Antes pensava-se que ele pertencia ao médico assistente ou à instituição para a qual ele prestava seus

A regra do art. 26, I, *b*, da Lei n. 8.625/1993 dispõe sobre o poder de requisição do Ministério Público. A interpretação desse preceito há de principiar pela sua base constitucional de sustentação, mais especificamente pelo art. 129, VI, que permite à Instituição “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. Como se percebe pelos contornos semânticos desse preceito, o poder de requisição deve ser exercido “nos procedimentos administrativos de sua competência”, o que significa dizer que devem destinar-se a um fim específico, devidamente formalizado no âmbito da Instituição. Requisições avulsas são nitidamente incompatíveis com a sistemática constitucional. No momento em que uma questão é judicializada pelo Ministério Público, a instrução do feito passa a ser realizada com a intermediação judicial, não podendo a Instituição substituir-se ao juízo nessa atividade. As provas a serem apresentadas *ab initio* são aquelas imprescindíveis ao surgimento da relação processual. A partir de então, tudo se desenvolve com a avaliação judicial. O comando constitucional tem o evidente propósito de evitar a sobreposição de funções, de modo que o poder de requisição somente subsiste no plano administrativo. As requisições formuladas pelo Ministério Público obrigam aos órgãos e entidades da administração pública de todos os Poderes e níveis da Federação. Especificadas as informações, os exames periciais e os documentos requisitados, bem como o dever de atendê-la, não lhe sendo dado avaliar a sua conveniência e oportunidade. Em sendo necessário, inexistem óbices a que a requisição alcance os documentos originais, transferindo-se para o membro do Ministério Público o dever de zelar pela sua conservação. O desatendimento da requisição, além de possibilitar a impetração de mandado de segurança, sujeitará o agente às sanções do art. 10 da Lei n. 7.347/1985 [...] Segundo o art. 5º, X, da Carta de 1988, a todos é assegurado o direito “à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação. [...] inexistem dúvidas de que o direito à intimidade é uma garantia meramente relativa – já que inadmissíveis direitos absolutos em um Estado de Direito eminentemente pluralista –, podendo ser afastado para a salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição (v.g: a

---

serviços. Mesmo sendo o médico, indubitavelmente, o autor intelectual do dossiê por ele recolhido, é claro que este documento pertence ao paciente naquilo que é mais essencial: nas informações contidas. É de propriedade do paciente a disponibilidade permanente das informações que possam ser objeto da sua necessidade de ordem pública ou privada. Mas o médico e a instituição têm o direito de guarda. Por outro lado, não existe nenhum dispositivo ético ou jurídico que determine ao médico ou ao diretor clínico de uma instituição de saúde entregar os originais do prontuário, de fichas de ocorrências ou de observação clínica a quem quer que seja, autoridade ou não, porque ‘ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. No Parecer-Consulta CFM nº 02/94 ficou estabelecido que as instituições de saúde não estão obrigadas a enviar, mesmo por empréstimo, os prontuários aos seus contratantes públicos ou privados de paciente para Conselhos de saúde e, segundo o Parecer-Consulta CFM nº 05/96, ‘o diretor clínico não pode liberar cópia de prontuários de paciente para Conselhos de saúde, porém tem o dever de apurar quaisquer fatos comunicados, dando-lhes conhecimento de suas providências, sob pena de responsabilidade ética ou mesmo criminal’. Nem mesmo a Justiça, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal em acórdão do Recurso Extraordinário Criminal nº. 91.218-5/SP, 2ª Turma, pode solicitar original de prontuário, pois foi decidido que a instituição ou o médico tem o direito de não atender à requisição de fichas clínicas, admitindo que apenas ao perito cabe o direito de consultá-la, mesmo assim, obrigando-o ao sigilo pericial, como forma de manter o segredo profissional (RT 562, ago./1982, 407/425). Em síntese, é de propriedade do paciente de forma permanente as informações que possam ser objeto da necessidade de ordem social ou de outro profissional que venha a tê-lo na sua relação, dentro da conveniência que a informação possa merecer. Do médico e da instituição, o direito de guarda.” FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19-20.

persecução penal e a segurança pública). [...] Considerando a amplitude semântica do vocábulo “dado” (elemento ou base para a formação de um juízo), constante do art. 5º, XII, da Constituição, que, acaso acolhida, tornaria letra morta a regra do art. 129, VI, norma legitimadora do poder de requisição do Ministério Público, é imperativo compatibilizá-la com o princípio do art. 5º, X. Com isto, poderemos concluir que somente os dados que constituam, na sua pureza de sua concepção, estrita projeção do direito à intimidade estarão cobertos pelo sigilo. [...] Como se vê, trata-se de noção de amplitude eminentemente restrita, não alcançando toda e qualquer informação referente à pessoa. Não bastasse isso, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir que a proteção constitucional é destinada à comunicação “de dados”, não aos “dados” em si, o que permite, mediante decisão judicial, a apreensão da base física na qual os dados se encontram. À guisa de ilustração, podemos mencionar duas situações fáticas semelhantes, mas que merecem um tratamento diferenciado: a) Tício adoece e é atendido por um médico. Neste caso, o prontuário médico pode ser visto como projeção do seu direito à intimidade, pois o respectivo conteúdo apenas a ele interessa, e somente pode ser revelado sendo demonstrada a preponderância, no caso concreto, de um outro princípio igualmente contemplado no texto constitucional (v.g: a saúde pública); b) Tício é alvejado por disparos de arma de fogo em uma tentativa de roubo. Aqui, o auto de exame de corpo de delito, ou mesmo o seu prontuário médico, não consubstanciará mera projeção do seu direito à intimidade, isto porque tal informação, longe de dizer respeito exclusivamente à sua pessoa, é imprescindível à preservação do bem-estar de todos (art. 3º, IV, da CR/1988), já que necessária à persecução penal e à própria repressão da criminalidade. O foro de análise, assim, é deslocado do mal que acomete a pessoa para a sua condição de vítima de uma infração penal. Em situações tais, não se tratando de matéria inerente unicamente ao direito à intimidade, poderá o Ministério Público requisitar diretamente tais informações, ainda que sejam consideradas sigilosas. [...] não há dúvidas de que o direito à intimidade e, por via reflexa, o sigilo que dele seja projeção têm estrutura constitucional, o que, em princípio, restringiria o poder requisitório do Ministério Público. Apesar disso, considerando inexistirem direitos absolutos em um Estado de Direito, o que constitui um pressuposto necessário para a coexistência de múltiplos direitos de importância similar, não poderá o Ministério Público realizar, no caso concreto, um juízo de ponderação, prestigiando um direito em detrimento do outro? A nosso ver, a resposta deve ser afirmativa, pois a própria *ratio essendi* do Ministério Público, como Instituição voltada à defesa da sociedade e essencial à consecução do ideal de justiça, acrescido do poder requisitório que a Constituição lhe outorgou, está a autorizar esta conclusão. Além de estar autorizado a requisitar as informações que não estejam estrita e primordialmente relacionadas ao direito à intimidade, poderá o Ministério Público, indicando o fundamento de suas conclusões, realizar a ponderação dos valores envolvidos e ter acesso a informações consideradas sigilosas, desde que a Constituição não tenha limitado tal acesso ao Judiciário [...] Esse entendimento, no entanto [...] não vem sendo acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, sob o argumento de dispensar ao preceito interpretação conforme à Constituição, tem limitado o alcance do art. 8º, §2º, da Lei Complementar n. 75/1993 nas hipóteses em que haja estrita e nítida superposição entre o direito à intimidade e a informação sigilosa, o que tornaria necessária a intervenção judicial para a imparcial ponderação dos bens envolvidos e consequente autorização de acesso a referida informação. De qualquer modo, é importante repetir que, em se tratando de informação que tão somente tangencie o direito à intimidade, mas com reflexos imediatos – e quiçá mais amplos – sobre outros

bens jurídicos, poderá o Ministério Público requisitar diretamente a informação com arrimo no art. 129, VI, da Constituição da República.<sup>202</sup>

*Requisição*, nesse sentido, não é mero requerimento; é ordem legal do representante do Ministério Público (Promotor de Justiça ou Procurador da República), que obriga ao cumprimento. Portanto, a requisição – instrumento que deve ser utilizado cautela – emanada pelo órgão ministerial não poderá ser desatendida, salvo se o representante ministerial que expediu a requisição não tiver poderes legais para determinar a ordem, situação que poderá caracterizar infração funcional do membro ministerial.

O poder de requisição ministerial, entretanto, não é absoluto e deve estar circunscrito e, então, somente ser expedida a requisição com fundamento em disposições legais, em condições objetivas existentes em dado tempo e espaço; cujo controle da legalidade em requisições ilegais<sup>203</sup>, poderá ser realizado através do mandado de

---

<sup>202</sup>GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 540-546.

<sup>203</sup>“*São causas de nulidade dos atos administrativos*: a) a incompetência absoluta do agente [...]; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. [...] a validade dos atos administrativos praticados pela Administração está em estrita dependência à forma por que são realizados. [...] *A incompetência*, que é a primeira causa de nulidade dos atos administrativos, fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou [...] A segunda causa de nulidade do ato administrativo consiste no vício de forma. Os atos administrativos estão sujeitos a regras de forma e de procedimento para a sua prática. A observância das formas e dos procedimentos constitui obrigação jurídica para a Administração Pública. A legalidade formal dos atos administrativos pode gerar inclusive direitos subjetivos em favor dos administrados, sempre que da forma resultar direitos em seu favor. [...] *A terceira causa de nulidade dos atos administrativos consiste na ilegalidade do objeto*. [...] Há três questões a serem consideradas em matéria de ilegalidade do objeto. A primeira diz respeito à conformidade do ato administrativo à lei. Todo ato administrativo deve obrigatoriamente ser compatível com as normas jurídicas existentes. [...] Todo ato administrativo deverá ter um fundamento legal. Não haverá justificação para o ato sempre que a regra jurídica for inconstitucional por violação de um princípio jurídico de natureza constitucional. A primazia da lei está, por conseguinte, condicionada à supremacia da Constituição. Os atos administrativos deverão obedecer à Lei e à Constituição. A segunda se refere ao regulamento. O ato administrativo deverá ter base regulamentar. Mas o regulamento, em hipótese alguma, poderá alterar, modificar ou revogar a lei escrita. O regulamento deverá ater-se aos limites da lei, não sendo válido aquele que representar tentativa de criar direitos e obrigações novos, não previstos pela lei, porque tal regulamento, no dizer de Pimenta Bueno, consistiria ‘uma usurpação do poder legislativo’ (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília, Senado Federal, 1978, p. 235). Nesse particular, devemos ter sempre presente as considerações apósitadas, feitas por aquele publicista pátrio, que afirmava: ‘Desde que o regulamento excede seus limites constitucionais, desde que ofende a lei, fica certamente sem autoridade, porquanto é ele mesmo que estabelece o dilema ou de respeitar-se a autoridade legítima e soberana da lei, ou de violá-la para preferir o abuso do poder executivo’ (ob. cit., p. 236). A conclusão é a de que somente são nulos os atos administrativos que contravierem regulamentos válidos, isto é, regulamentos baixados dentro dos estritos limites da primazia da lei escrita sobre as demais fontes derivadas do direito. A terceira se refere a outros atos normativos. Esses atos normativos são as instruções ministeriais, as disposições autonômicas e demais fontes derivadas, baixadas sempre em consonância com a lei. A ilegalidade do objeto nada mais é do que a violação do princípio da legalidade, cuja observância está expressamente determinada pelo art. 37 da Constituição Federal de 1988. O princípio da legalidade decorre da existência do Estado constitucional, que introduziu o princípio da administração legal, segundo o qual há uma obrigação geral para a Administração Pública de respeitar a lei. O princípio de legalidade tem uma

segurança, instrumento judicial adequado para enfrentar níveis diversos nos grau das exigências do órgão ministerial, que deve-se pautar dentro das atribuições constitucionais e institucionais do Ministério Público.

O ato requisitório é um ato administrativo<sup>204</sup> extrajudicial, é uma ordem<sup>205</sup>, informado pela finalidade e interesse público<sup>206</sup>, praticado pelo órgão ministerial, no

---

fundamentação política, pois representa um freio contra a onipotência do Poder Executivo. Na verdade, a administração legal supõe, dentro do Estado de Direito, uma presunção em favor da liberdade dos cidadãos, diante da coerção estatal. As intervenções do Estado nas esferas de liberdade e da propriedade individuais somente poderão ser realizadas, obedecido o princípio de ‘reserva da lei’ (*Vorbehalt des Gesetzes*) (Fritz Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1963, p. 181). [...] A quarta causa de nulidade dos atos administrativos é representada pela *inexistência de motivos*. A inexistência dos motivos é uma causa material de nulidade. Todo ato administrativo deve ter um motivo que possui ao mesmo tempo uma existência material e uma existência legal (Roger Bonnard, *Précis de Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1943, p. 105) [...] A quinta causa de nulidade dos atos administrativos [...] consiste no assim chamado desvio de finalidade. [...] Todo ato administrativo deve perseguir um fim estabelecido pelo direito. Se esse fim não é procurado, o ato deve ser considerado legal.” LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. p. 248-264.

<sup>204</sup>“*Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*. Esse conceito é restrito ao *ato administrativo universal*, ou seja, àquele que se forma com a vontade única da Administração, e que é o ato administrativo típico [...] Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público [...]; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal. Por aí se vê que o *ato administrativo* típico é sempre manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando a produzir algum efeito jurídico [...] O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*. Tais componentes, pode-se dizer, constituem a infra-estrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário [...] Além destes componentes, merecem apreciação, pelas implicações com a eficácia de certos atos, o *mérito administrativo* e o *procedimento administrativo*, elementos que, embora não integrem sua textura, concorrem para sua formação e validade. Sem a convergência desses elementos não se aperfeiçoa o ato e, conseqüentemente, não terá condições de eficácia para produzir efeitos válidos.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 140-143

<sup>205</sup>“*Ordem* é o ato administrativo unilateral, discricionário, de manifestação de vontade autoritária, pelo qual se impõe a órgão da Administração Pública, ou a particular, ação ou omissão, a que ficam obrigados. Portanto, consiste em ato da Administração Pública impondo determinada conduta a outrem, seja a sujeito de direito preso a ela por vínculos especiais de subordinação, como titular de um dos seus órgãos, ou não submetido a essa relação, mas simples cidadãos. As ordens emanadas contra os titulares dos órgãos são proferidas como meio para a realização dos fins que lhe competem. Já as contra os cidadãos correspondem à consecução desses objetivos. Para órgãos da Administração Pública ditarem ordem aos cidadãos deve haver texto legal expresso conferindo esse poder ou, ao menos, ele deve defluir implicitamente de atribuições expressas. Ao contrário, independem de preceito legal as ordens aos órgãos inferiores. Decorre essa prerrogativa de ordenação hierárquica entre eles, para efetivação dos cometimentos que lhes cabem. As ordens, em princípio, formalizam-se por escrito. [...] Recalcitrando o terceiro em obedecer à ordem, pode a Administração Pública, para seu cumprimento, valer-se de meios materiais para vencer a oposição a ela [...] ou, então, de atos jurídicos de caráter punitivo, autônomos da ordem, que objetivam sancioná-la, quando descumprida. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 566.

<sup>206</sup>“Uma das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e ‘discricionários’. Em rigor, estes últimos só se nominaram adequadamente como ‘atos praticados no exercício de competência discricionária’. Com efeito,

exercício de suas atribuições e polêmica é a questão da requisição ministerial poder exigir ou não, a revelação de sigilo médico profissional, protegido pela Magna Carta, leis e regulamentos infraconstitucionais.

É importante destacar, que os Conselhos de Classe médica posicionam-se contra o fornecimento ou a entrega de prontuário ou fichas médicas<sup>207</sup>, quando requisitados pelo órgão ministerial, respaldados no entendimento do dever ético e legal do médico manter sigilo quanto ao prontuário do paciente, somente o podendo revelar com autorização

---

a dicção ‘ato discricionário’, só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção’ e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos. [...] Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*. A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fim* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com o respeito a este aspecto. Contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileiras e majoritariamente fora do Brasil, entendemos, pelo contrário, que pode haver certa discricionariade quanto ao fim. Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*. Preferimos dizer que o fim é *sempre vinculante* (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário. Não é assim, todavia, reafirme-se, que a doutrina e a jurisprudência nacionais, seguindo os passos da doutrina e jurisprudência estrangeiras, consideram a matéria.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2017. p. 442-443.

<sup>207</sup>Vide RT 567/83: “Embora a obrigatoriedade do sigilo profissional não se apresente em caráter absoluto, admitindo exceções, também esbarra em restrições o poder ou faculdade da autoridade em requisitar informes ou elementos para instruir processos criminais. Assim, não se cuidando de crimes relacionados com a prestação de socorro médico ou de moléstia de comunicação compulsória, em que fica o profissional desonerado do aludido sigilo, é de se ter por subsistente cuidando-se de tratamentos particulares, seja no tocante à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada. Por isso, neste mandado de segurança entendeu-se estar caracterizado o constrangimento ilegal, decorrente da intimação judicial feita a médico e hospital para apresentar as fichas clínicas e prontuários da vítima de suicídio, sob pena de responsabilidade e desobediência. Entendeu-se, afinal, ser inadmissível a intimação por ofensa ao sigilo profissional, constatando-se, ademais, a ausência de justa causa para tal exigência”.

expressa deste ou do seu representante legal, não podendo incidir no crime de desobediência, a ser combatido através de *habeas corpus*<sup>208</sup>.

Em suma, o poder de requisição do Ministério Público não é absoluto, deve ser motivado, fundamentado, cedendo diante de circunstâncias que preservam o sigilo médico profissional, salvo se houver o interesse público nele envolvido.

---

<sup>208</sup>Vide julgado do extinto Tribunal de Alçada de São Paulo, publicado na RT 643/304: “Existem restrições ao poder ou faculdade da autoridade judiciária de requisitar informações no que se refere a tratamento médico a que está submetida pessoa, seja no pertinente à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada. O sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informe ou elementos para instrução de processos-crime que visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de comunicação compulsória. Assim, não caracteriza crime de desobediência a conduta do facultativo que deixa de atender a requisição judicial de informações sobre o estado de saúde de réu em processo-crime sob a violação de sigilo profissional, uma vez que não necessária a providência à instrução de processo-crime, podendo, ademais, as informações respectivas, devidamente atualizadas, ser obtidas através de inspeção médica na própria comarca ou em hospital da rede penitenciária, sendo irrelevante o fato de ter o interessado anuído ao seu fornecimento se tal anuência não constava do ofício respectivo, lícito, portanto, à médica supô-la inexistente”.



#### 4. RESPONSABILIDADE PENAL EM DECORRÊNCIA DA REVELAÇÃO DE SIGILO MÉDICO PROFISSIONAL

Há e sempre houve uma significativa relevância, no universo da evolução<sup>209</sup> da responsabilidade penal médica, pela imputação a alguém que seja detentor de segredo alheio, de revelação de sigilo médico profissional, com interpretações distintas em diversos ordenamentos<sup>210</sup> jurídicos e sobre o qual a legislação penal brasileira<sup>211</sup> dedicou, do mesmo modo, como objeto jurídico de proteção, o dispositivo elencado no artigo 154, do Código Penal.

Direito e Medicina constituem-se em ciências prudenciais, éticas e propriamente analógicas e nesta conjuntura, a responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional impele a nossa atenção para a necessidade do segredo médico ser compreendido no contexto em que a Medicina é exercida atualmente. O segredo

---

<sup>209</sup>“La responsabilidad médica tiene antiquísimos ejemplos. [...] La responsabilidad médica continúa exigiéndose a lo largo de los siglos. En nuestros días, abundan los casos en la jurisprudencia de todos los países” JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1957. t. 4, p. 727. A este propósito, no Direito Civil, interessante o entendimento de João Calvão da Silva, ao afirmar que a regra da responsabilidade por culpa foi idealizada por legislações que idealizaram a Revolução Francesa: à *liberdade*, pois somente a ação nociva é proibida; à *igualdade*, pois age com culpa quem não se conforma com a legislação; à *fraternidade*, pois é moral rudimentar não prejudicar alguém, vide: SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 365.

<sup>210</sup>“Não se pode dizer, porém, que não há delito sem o Direito. A relação lógica entre o delito e o Direito não está no fato de que o Direito seja um *prius*, mas sim de que o *prius* define o delito. Um ato não é delituoso porque o Direito o pune, mas sim o Direito o pune porque é delito; o pressuposto do delito não é a lei jurídica, mas sim a lei moral. Pela fabilidade dos homens, podem existir diferenças entre a lei moral e a lei jurídica – o ordenamento pode não punir um ato que, segundo a lei moral, deveria ser punido, ou vice-versa. Mas a razão mostra que esses são os casos em que o Direito deixa de cumprir sua função.” CARNELUTTI, Francesco. *O delito*. Tradução de Denise Conselheiro. São Paulo: Ed. Rideel, 2007. p. 20.

<sup>211</sup>“Os delitos concernentes à violação de segredo estão capitulados entre os que ofendem a liberdade individual. Tem-se criticado essa forma de encarar o assunto, que não é só nossa, mas também de outros códigos penais. Aqueles que se batem pela colocação de tais delitos sob a rubrica ‘Dos crimes contra a liberdade individual’ acham que a possibilidade da violação do segredo cria constrangimento para os cidadãos, perturbando as suas relações na vida social. Ao que Florian, ironicamente, obtempera: dessa forma, poder-se-ia também considerar como crime atentatório da liberdade individual o ato do vendeiro que furtasse no peso, porque a possibilidade de ser lesado criaria certo constrangimento para o eventual comprador... Não só Florian, como em geral os escritores franceses, Garraud, Garçon, Chaveau e Hélie, sustentam que o crime de violação de segredo, particularmente o segredo profissional, não ofende, propriamente, a liberdade individual. A ofensa produzida é coletiva, uma ofensa a bem público, que é a confiança entre os cidadãos, a ser assegurada pelo Direito Penal. Argumenta-se especialmente com o sigilo profissional. O advogado que trai o seu cliente, violando o segredo colhido no desempenho dos seus encargos, o médico que, com sua indiscrição, decepciona o enfermo que o procurou para lhe referir o segredo de uma enfermidade, não estão atentando contra a liberdade do cidadão e sim conculcando a fé dos seus misteres. Certas profissões não poderiam ser exercidas sem a cuidadosa observância de normas morais, entre as quais se inscreve o dever de sigilo.” GARCIA, Basileu. *Violação de segredo*, cit., p. 51-52.

médico é tão antigo como a própria medicina, reconduzindo-o também ao direito do doente a que sua dignidade e intimidade sejam respeitadas.

#### 4.1 Fontes jurídicas penais: breve resenha histórica

Historicamente, as diversas fontes<sup>212</sup> normativas nos fornecem uma panorâmica acerca da responsabilidade penal decorrente da revelação de sigilo médico profissional:

**No Direito Antigo:** O dever de guardar segredo para determinados grupos profissionais é conhecido de há muito. O preceito mais antigo sobre o dever médico de discrição encontra-se num texto de, aproximadamente, 800 anos A.C.. E o primeiro texto sobre o dever de segredo das profissões jurídicas remonta aos tempos da civilização romana. [...] O texto mais conhecido da Antiguidade relativo ao segredo é o célebre Juramento de Hipócrates, conhecido “físico” que viveu no séc. V A.C.. Porém, anteriormente, a Bíblia, na parte dos “Provérbios” atribuídos a Salomão, já referia nos versículos 9 e 10 do Cap. XXV: “Se tiveres um processo contra o teu vizinho, defende-te, mas não desvendes os segredos que te não pertencem”. Com o andar dos tempos, ao menos no que toca ao segredo médico, a verdade é que o preceito Hipocrático se foi desvanecendo. Nem as Institutas, nem o Código Justineanu se lhe referiam. Apenas o tribuno Cícero fez uma vaga alusão ao segredo profissional médico, nos seus escritos. *Medici qui thalamos et tecta aliena subeunt, multa tegere debent etiam laesi quamuis difficile facere cum*

<sup>212</sup>Para Soler: “FUENTES DEL DERECHO PENAL – Fuente de Producción y Fuente de Cognición – La expresión *fuente de derecho* tiene un doble sentido: puede, por una parte, referirse a la autoridad que declara el derecho, a ‘la voluntad que dicta las normas jurídicas’ (*fuente de producción*) y, por otra, a la manifestación misma de esa voluntad, esto es, a la ‘forma que el derecho objetivo asume en la vida social’. Se habla en este segundo sentido de *fuente de cognición*, para señalar a dónde debe ocurrir el que desea conocer si una norma es o no derecho positivo. Prescindiendo de las cuestiones que puedan plantearse con referencia a otras ramas del derecho, puede afirmarse que *para el derecho penal actual solamente el Estado* es fuente de derecho en el primer sentido de la expresión (fuente de producción). [...] Como fuentes en el segundo sentido (fuente de cognición) la doctrina general del derecho suele enumerar las siguientes: la ley, la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia; pero *con referencia al derecho penal la única fuente la constituye la ley* em virtud del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.” SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 3. ed. Buenos Aires: Tipografica Ed. Argentina, 1963. v. 1, p. 121-122. E, ainda: “Fontes são os meios pelos quais se formam ou pelos quais se estabelecem as normas jurídicas. São os órgãos sociais de que dimana o direito objetivo.” MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1, p. 12. Por sua vez, para Limongi França: “fonte é o lugar de onde provém alguma coisa. Fonte do direito seria, analogamente, o lugar de onde são oriundos os preceitos jurídicos. Conquanto se possa discutir a maior precisão e procedência dessa idéia, é bastante que assim ela seja apresentada para que se possa aquinhoar a importância da matéria, tanto no que concerne à investigação pura e simples dos fatos jurídicos como no que tange à aplicação prática da norma jurídica aos problemas a ela atinentes, e que fluem necessariamente da complexidade da vida social. Na verdade, não haverá profissão ou atividade na vida do direito que não dependa, para o seu desenvolvimento, de noções básicas relacionadas com o presente assunto, nem questão de natureza jurídica que nas ‘fontes’ não deva encontrar a necessária solução. As razões de um advogado, o parecer de um juriconsulto, o libelo de um promotor, a sentença de um juiz, a preleção de um catedrático, a investigação de um cientista do direito jamais poderão prescindir do diuturno, constante e impostergável recurso aos elementos fornecidos pelas fontes das relações jurídicas.” FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. Atualização de Antônio de S. Limongi França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 159-160.

*dolorem* – os médicos que entrem na casa e sob o tecto de outrém devem guardar segredo sobre muitas coisas, mesmo ante a coacção, por muito difícil que seja guardar silêncio perante a dor. Estes ensinamentos foram ensinados por São Tomé, alguns anos mais tarde. E, no século XVI, o Concílio de Trento confirmava o princípio do segredo absoluto da confissão. A própria Inquisição – que, como é sabido, nunca se mostrou suspicaz sobre os meios a utilizar com vista à obtenção dos segredos dos inimigos de Deus – acolheu, na regra 1561.º da Ordem, que o segredo da confissão, nunca, e sob pretexto algum, poderia ser violado. O referido entendimento das coisas teve reflexos a nível jurisprudencial, a tal ponto que uma sentença do Parlamento de Paris de 23 de Outubro de 1580 admitiu que “os padres não são obrigados a depor sobre os factos de que tenham tido conhecimento sob o segredo da confissão”. **Nas Ordenações:** [...] As Ordenações Afonsinas dispunham – Livro I, título XIII, n.º 20 – “que o procurador que tivesse recebido do cliente todo ou parte do salário não podia advogar pela outra parte, salvo se esta não tivesse outro advogado e o cliente tivesse outro”. [...] Quanto às Ordenações Manuelinas – Livro I, título XXXVII, n.º 6 – estas previam o caso de haver na Corte dois advogados “mais avantajados”, e suceder uma das partes “filhar os dois” obrigando, naturalmente, a parte contrária a socorrer-se de advogado menos qualificado. A Ordenação proibia e punia esta habilidade; a parte tinha de escolher um dos dois advogados mais avantajados e deixar o outro ao adversário, se este o pedisse, para que, dizia a letra do preceito, qualquer das partes não perdesse o seu direito “por desigualança dos procuradores”. Porém, as Ordenações Filipinas – Livro I, título XLVIII, n.º 13 – já eram subsidiárias de uma visão mais hodierna e mais consentânea com a natureza das coisas, no tocante ao segredo profissional. “Se o advogado, depois de aceitar mandato de uma das partes, advogasse ou procurasse pela parte contrária, ou a aconselhasse em público ou secreto, ainda mesmo que não tivesse recebido salário e sabido os segredos da causa, além de ser havido por falso, seria degredado para o Brasil e nunca mais poderia usar do seu ofício”. Entretanto, uma lei de 12 de junho de 1769, publicada no reinado de D. José I, tinha em vista reprimir os abusos “que os denominados jesuítas” se prevaleceriam para, ao abrigo do segredo da confissão, aumentarem os seus interesses temporais.<sup>213</sup>

Nas terras brasileiras, por razões de ordem diversa, do descobrimento (século XVI) até o Código Penal republicano (1890)<sup>214</sup>, em que predominava um direito penal difuso (pautado pela responsabilidade objetiva e coletiva), sequer havia a preocupação com a responsabilidade penal médica, como a conhecemos hoje<sup>215</sup>.

<sup>213</sup>SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 19-21.

<sup>214</sup>“Quanto ao Código de 1890, é de nossa obrigação esclarecer ser ele de cunho clássico, e nele se nos parece sensível a influência do Código italiano de 1889, o chamado Código Zanardelli, e do Código argentino de 1886, fundado no Projeto Tejedor, embora estivesse longe da organização sistemática do Código Zanardelli, este um dos melhores do seu tempo.” E, ainda, com a grafia da época: Art. 192, do Decreto 847, de 11 de outubro de 1890: *Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver noticia, ou conhecimento, em razão de officio, emprego ou profissão: Penas – de prisão celular por um a tres mezes, e suspensão do officio, emprego ou profissão, por seis mezes a um anno.* PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 77 e 293, respectivamente.

<sup>215</sup>Interessante estudo brasileiro, do segredo médico perante diversas legislações estrangeiras, no início do século XX, destacando os códigos penais da Alemanha, Inglaterra, Áustria, Hungria, Bélgica, Espanha, Itália,

Francisco de Assis Toledo apresenta um relato dessa fonte histórica<sup>216</sup>, onde não se afigura a incriminação na atividade dos médicos, que ocasionalmente, tenham causado dano a alguém, em seu exercício profissional:

A verdadeira história do direito penal brasileiro começa, pois, no período colonial, com as Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal à época do descobrimento, seguidas pelas Manuelinas e, por último, pelas Filipinas. Mas, na verdade, em relação ao Brasil, as Afonsinas não chegaram a ter aplicação, por ausência de uma organização estatal adequada; as Manuelinas, publicadas em 1521, tiveram, por sua vez, aplicação escassa, até que foram substituídas pelas Filipinas, publicadas em janeiro de 1603 e revalidadas por D. João IV em 1643. Estas últimas, as Filipinas, em cujo Livro V se encontra a codificação penal do Reino, é que foram aplicadas, com toda a sua dureza, durante o Brasil Colonial e, depois disso, até a edição e início de vigência do Código Criminal do Império, de 1830. Note-se que, mesmo depois da Independência (7-9-1822), continuou o país a reger-se por aquelas ordenações até se dar a sua substituição pelo ordenamento jurídico editado pelo Estado recém-criado. [...] Proclamada a Independência do Brasil (1822) e promulgada a nossa primeira Carta Constitucional (1824), contendo importantes dispositivos que repercutiam diretamente na esfera da legislação criminal, não mais seria possível retardar a elaboração de um novo código substitutivo das velhas Ordenações do Reino. [...] No Brasil, contudo, onde as razões políticas já atuavam em sentido oposto, *foi possível chegar-se a bom termo com a aprovação, em dezembro de 1830, do Código Criminal do Império do Brasil.* [...] Com a abolição da escravidão (1888), o desmoronamento da monarquia e a proclamação da República (1889), abre-se uma nova época que se caracterizará pela inadiável necessidade de adaptação das leis vigentes às exigências da burguesia urbana e da aristocracia que então se forma sobre a nova ordem de coisas. Assim, com impressionante velocidade, os novos detentores do poder cuidaram de substituir o Código do Império. Não foi tarefa difícil, pois o Conselheiro Batista Pereira já vinha trabalhando em um projeto de reforma penal, ao ser proclamada a República. Designado pelo Min. Campos Sales, do Governo

---

Holanda, Portugal, Suécia, Suíça, Romênia, Noruega, França, China, Japão, Estados Unidos da América, Bolívia, Colômbia, Chile, Uruguai, Cuba, Peru, Paraguai, Equador e Venezuela, vide: ROCHA, Arthur Pinto da. *O segredo profissional: aspectos jurídicos e médicos*, cit., p. 23-46. Em Portugal, sobre o crime de violação de segredo profissional no direito comparado, vide: SANTIAGO, Rodrigo. op. cit., p. 59-98.

<sup>216</sup>“E mais de uma acepção se pode tomar a expressão *fonte histórica*. Uma delas encontramos em Savigny – a acepção de conjunto de documentos que servem de base para a elaboração da ciência jurídica. Outra semelhante a esta, mais vulgarmente utilizada, é a proposta por Correia e Sciascia, segundo a qual ‘se entendem por fontes de direito os documentos através dos quais chegamos a conhecer o direito de determinado povo.’ De nossa parte, temos a observar que esses seriam tão somente modos *externos* de conceituar fontes históricas. Uma outra maneira de encará-las também haveria, esta de natureza interna, conforme a qual por essa expressão seria entendido o *processo histórico* de elaboração da norma jurídica. Esse processo histórico poderia subdividir-se em *próximo* e *remoto*. Próximo, o relativo às condições de natureza sociojurídica que em dado meio e momento deram azo à elaboração da lei ou outra forma de expressão do direito. Remoto, o que se entende com as origens históricas da instituição jurídica que a norma visa a regulamentar. Sob este prisma, o estudo das fontes pode remontar os mais longínquos (e nem sempre menos importantes) fatores da formação de um povo ou de uma cultura. O estudo das fontes históricas das instituições jurídicas é indispensável ao seu efetivo conhecimento. Como observa Sternberg, ‘aquele que quiser realizar o direito sem a história não é jurista, nem sequer um utopista, não trará a vida nenhum espírito de ordenação social consciente, senão mera desordem e destruição’. No que concerne à sua correlação com o estudo das demais espécies de fontes, é de assinalar que é a história do direito que possibilita o melhor conhecimento das condições relativas às suas fontes”. FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*, cit., p. 171-172.

Provisório, para a elaboração do Código republicano, desincumbiu-se logo da missão entregando, em prazo curtíssimo, o projeto que, em 11 de outubro de 1890, veio a transformar-se no segundo Código Penal do Brasil, primeiro da República.<sup>217</sup>

A necessidade de produção normativa, com uma releitura da legislação ordinária à luz da Constituição Federal, associada a clara transformação da cultura jurídica, demonstrava ser imperioso aos cultores da ciência penal, a elaboração, no Brasil, de um Código Penal, fruto da evolução histórica da nossa legislação ultrapassada.

Para melhor compreensão de tal percurso histórico, vale relembrar, a título ilustrativo, as considerações de Oswaldo R. Cabral, em tese apresentada para concurso de livre-docente em Medicina Legal da Faculdade de Direito de Santa Catarina, em 1951:

Com o representar uma necessidade social, o princípio da conservação do segredo figura na legislação penal, afim de que sanções possam ser aplicadas contra os seus transgressores. O Código Penal francês, de 1810 (modificado em 1933) admitia em seu texto<sup>218</sup> a fórmula hipocrática, ressaltando casos em que a própria lei obrigava à quebra do sigilo. Já os Códigos Penais Italiano e brasileiro de 1890<sup>219</sup> consagravam o segredo absoluto. [...] A exceção se fazia unicamente naqueles casos em que obrigava a própria lei ao médico tornar-se denunciante [...] Para os demais, mesmo os de interesse social, os de consciência, não abria exceção a lei, tendo sido, não raras vezes, rigorosa a sua aplicação pela justiça francesa. O Código Penal Brasileiro de 1890, ainda mais rigoroso na letra, se bem que muito menos na aplicação, estabelecia em seu Art. 192: “Revelar qualquer pessoa o segredo de que tiver notícia ou conhecimento em razão de ofício, emprego ou profissão: – penas: de prisão celular por 1 a 3 meses e suspensão do ofício, emprego ou profissão, por 6 meses a 1 ano”. Afrânio Peixoto estranhou que, para punir o infrator do segredo profissional, cominasse a lei pena que nem sequer era prevista no próprio Código, pois, enumerando-as em seu Art. 43<sup>220</sup>, não

<sup>217</sup>TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 12 tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56-60.

<sup>218</sup>Code Pénal de l'Empire français (1810): “Art. 378. *Les medecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes depositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs.*” Tradução livre: “Código Penal do Império Francês (1810): Médicos, cirurgiões e outros agentes de saúde, bem como farmacêuticos, parteiras e todas as outras pessoas, que por estado ou profissão, os segredos que lhes forem confiados, exceto quando a lei os exija que seja denunciados, ao revelarem estes segredos, serão punidos com pena de prisão de um mês a seis meses, e multa de cem a quinhentos francos”

<sup>219</sup>Redação original e grafia da época: “Decreto n° 847, de 11 de outubro de 1890: *Promulga o Codigo Penal. O Generalissimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte: CODIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL.*”

<sup>220</sup>Redação original e grafia da época, Código penal de 1890: “*Das penas e seus efeitos; da sua applicação e modo de execução – Art. 43. As penas estabelecidas neste codigo são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatorio; e) prisão disciplinar; f) interdicção; g) suspensão e perda do emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro; h) multa.*” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 278.

falava em “**suspensão do ofício ou profissão**”. Não havia no Art. 192 qualquer oportunidade para a revelação do segredo, mesmo em benefício coletivo, no interesse da justiça ou da Sociedade – e só artificialmente, iludindo o princípio estabelecido em seu texto, podiam os profissionais atender às exigências firmadas no próprio Código ou às obrigações previstas em outras leis. O rigor do texto penal era mais absoluto do que a doutrina dos mais exigentes absolutistas, não admitia qualquer exceção, colocando o profissional em dificuldades no terreno da aplicação prática, a ponto de Souza Lima, um dos sequazes do absolutismo de maior porte entre nós, doutrinar que a exceção se justificaria nos casos em que pudesse o sigilo “**afetar a honra, a liberdade ou a vida de alguém, inocentemente acusado e, portanto, em risco de ser injustamente punido**”. Se bem que disposições antagônicas encontrassem no próprio Código, aos comentadores causava estranheza faltasse ao texto a ressalva dos “**casos previstos neste Código**” ou dos “**excetuados nesta lei**”... Por que a cumprir algumas, feria àquela; e a observar aquela infringiria o disposto em outras. Citavam-se concretamente os Artigos 364<sup>221</sup>, 378<sup>222</sup> e 388<sup>223</sup> do próprio Código. O artigo 388, dispondo sobre a obrigatoriedade do registro de nascimentos, não excluía o médico dentre as pessoas que tem a obrigação de fazê-lo, quando faltassem ou estivessem impedidos pai, mãe ou parentes mais próximos, conforme preceituava o Art. 57 do Regulamento de Registro de nascimentos. O Art. 364 estabelecia pena a quem inumasse cadáver “em contravenção dos regulamentos sanitários” e estes prescreviam que o assento de óbito seria lavrado à vista de atestado médico (Art. 74 de Decr. 9.886) e que deste constasse a **causa mortis** (Art. 77). Já o Art. 378 determinava a quebra de sigilo tão rigorosamente prescrito no Art. 192<sup>224</sup> [...] Mas para os casos não

<sup>221</sup>Redação original e grafia da época, Código penal de 1890: “*Das contravenções em especie. Capitulo I – Da Violação das Leis de Inhumação e da Profanação dos Tumulos e Cemiterios – Art. 364. Inhumar cadaver em contravenção dos regulamentos sanitarios, ou transportal-o para fóra do cemiterio, salvo o caso de exhumação competente autorizada: Pena - de prisão cellular por um a seis mezes. Paragrapho unico. O facultativo que, sem designio criminoso, passar certidão de obito de individuo que depois se reconheça que estava vivo ainda, incorrerá nas penas de multa de 100\$ a 200\$ e privação do exercicio da profissão por um anno.*” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 316.

<sup>222</sup>Redação original e grafia da época, Código penal de 1890: “*Das Contravenções de Perigo Comum – Art. 378. Conservar soltos, ou guardados sem cautela, animaes bravios, perigosos, ou suspeitos de hydrophobia; deixar, neste ultimo caso, de dar aviso á autoridade publica para providenciar como o caso exigir; Deixar vagar loucos confiados á sua guarda, ou, quando evadidos de seu poder, não avisar a autoridade competente, para os fazer recolher; Receber em casa particular, sem aviso prévio á autoridade, ou sem autorização legal, pessoas affectadas de alienação mental; Deixar o medico clinico de denunciar a existencia de doentes de molestia infecciosa á autoridade competente, afim de que esta possa providenciar opportunamente na conformidade dos regulamentos sanitarios; Destruir ou remover signaes collocados na via publica para prevenir algum sinistro ou advertir de perigo os transeuntes; Dar aviso falso de incendio: Pena - de multa de 50\$ a 100\$000.*” Id. Ibid., p. 317.

<sup>223</sup>Redação original e grafia da época, Código penal de 1890: “*Da Omissão de Declarações no Registro Civil – Art. 388. Toda a pessoa, nacional ou estrangeira, que, tendo obrigação de dar a registro algum nascimento, deixar de fazer as declarações competentes, dentro dos prazos marcados nos regulamentos, incorrerá na multa de 5\$ a 20\$, elevada ao duplo no caso de reincidencia.*” Id. Ibid., p. 319.

<sup>224</sup>A mesma redação encontra-se no Art. 192, do Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que transcrevemos com a redação original e grafia da época: “*Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. O Chefe do Govêrno Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil: Considerando que o Codigo Penal Brasileiro, promulgado pelo decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, tem sofrido inumeras modificações, quer na classificação dos delitos e intensidade das penas, quer com a adoção de institutos reclamados pela moderna orientação da penalogia; Considerando que essas modificações constam de grande número de leis esparsas, algumas das quais já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal; Considerando que, não sendo licito invocar a ignorancia do direito devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que, com rigor maior, cumpre seja*

previstos, em que estivessem em jogo outros fatores, em circunstâncias diversas e no fôro íntimo do médico se travasse a luta entre deveres igualmente respeitáveis, nada havia que pudesse atenuar o rigorismo do Art. 192, o absolutismo ultra hipocrático dos nossos legisladores. Nascimento Silva, partidário do segredo relativo, do princípio do segredo atenuado, buscava com sutileza amolecer a rigidez estabelecida no Código Penal, escudando a necessidade com os Arts. 32<sup>225</sup> e 33<sup>226</sup> do próprio Código. [...] O artifício serviria para amparar alguns casos especialíssimos. Mas, usando-o, reconhecia-se, **ipso facto**, estar o médico praticando um crime, embora não fosse criminoso e, portanto, não sujeito à sanção penal. Já pelo Código Penal de 1940 estaria muito melhor a situação proposta pelo Prof. Nascimento Silva, porque já não diz “não serão também criminosos” – mas, taxativamente: “não há crime” – o que é bem diverso – no seu Art. 19 [...] A redação deste artigo resolveu, sob o aspecto legal, o assunto. Pois **não há crime**, em vez de **não é criminoso** quando o médico rompe o segredo em estrito cumprimento de um dever legal – fazendo as notificações e dando elementos para os registros: – não há crime quando age em legítima defesa e quando rompe o segredo em “estado de necessidade”, que em outras palavras, é o “**mal maior**” a evitar. [...] Afinal, a doutrina do segredo absoluto não pode mais ser sustentada à falta de solução para inúmeros e variados casos surgidos na vida prática, bem como de razões para ser sustentado um princípio deontológico contra outros princípios também de ética e merecedores de igual acatamento. Havia, pois, não só de curar a tendência, dando-lhe a linha justa, como de ser modificado o texto penal que, sendo lei, exprime uma necessidade jurídica.<sup>227</sup>

---

*observado em relação às leis penais, em virtude da particular incidência destas sobre a liberdade individual; Considerando que, malogradas as várias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Sub-comissão Legislativa; Considerando que, sem desarticular o sistema do Código atual nem alterar as disposições em vigor, é de todo conveniente seja adotada uma cor sólida das leis penais; Considerando que esse objetivo pôde ser alcançado com o trabalho "Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", da autoria do Sr. desembargador Vicente Piragibe, Juiz da Côrte de Apelação do Distrito Federal, com exercício em uma das camaras criminais dêsse alto tribunal judiciário; Considerando que a própria Sub-Comissão legislativa do Código Penal, em parecer emitido sobre o mencionado trabalho, reconhece a sua utilidade prática e se pronuncia pela sua aprovação oficial, pensando, do mesmo modo, o Instituto dos Advogados, o Club dos Advogados e a unanimidade dos desembargadores das Camaras Criminais da Côrte de Apelação do Distrito Federal; Considerando que o autor da obra consente na sua adoção, independentemente de qualquer indenização ou premia, ressalvados apenas os seus direitos autorais, quanto à edição já publicada e as reedições futuras: DECRETA: Art. 1º Fica aprovado e adotado, como "Consolidação das Leis Penais", o trabalho do Sr. desembargador Vicente Piragibe, publicado sob o título "Código Penal Brasileiro, completado com as leis modificadoras em vigor", que a este acompanha, subscrito pelo ministro da Justiça. Parágrafo unico. A Consolidação, assim aprovada e adotada, não revogará dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos. Art. 2º Ficam ressalvados os direitos do autor, quanto à edição já publicada e as futuras reedições da mesma obra. Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário. Rio de Janeiro, em 14 de dezembro de 1932, 111º da Independencia e 44º da República. GETÚLIO VARGAS, Francisco Antunes Maciel.” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 325-326.*

<sup>225</sup>Redação original e grafia da época, Código penal de 1890: “Art. 32. Não serão também criminosos: § 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior; § 2º Os que o praticarem em defesa legítima, própria ou de outrem. A legítima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.” Id. Ibid., p. 276.

<sup>226</sup>Redação original e grafia da época, Código penal de 1890: “Art. 33. Para que o crime seja justificado no caso do § 1º do artigo precedente, deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal que se propoz evitar; 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3º Probabilidade da efficacia do que se empregou.” Id. Ibid., p. 276.

<sup>227</sup>CABRAL, Oswaldo R. *O segredo médico em face da lei penal e da deontologia*, cit., p. 16-18.

No Brasil, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, debruça-se a doutrina na tarefa de construção interpretativa da violação do segredo profissional, inserida no Capítulo VI (Dos crimes contra a liberdade individual), secção IV (Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos), expresso no artigo 154, do Estatuto Penal<sup>228</sup>.

Destacamos, os comentários<sup>229</sup> históricos de Nelson Hungria, que retira do elemento normativo todas as suas potencialidades:

Em outros tempos, o dever do segredo profissional, notadamente por parte dos que exerciam a arte de curar, tinha qualquer coisa de sagrado. A medicina revestia-o de um carácter teurgo-místico. Assim, na Índia, como na Palestina, no Egito, na Grécia. O famoso juramento de Hipócrates, o maior médico da Antiguidade, era como a fórmula de um rito religiosos: “*Juramento affirmo, teste Appolline, et Aesculapio, Hygea ac Panacea deibus diisque omnibus... quae autem inter curandum visu aut auditu notavero et extra medendi arenam in communi hominum vita percepero, quae in vulgus efferris, non decet, ea arcana ratus sillebo*”. Pode-se dizer com Bossuet, que, nos antigos tempos, “*pour faire garder le secret, on n’eut jamais besoin de supplices; le secret se recommandait comme tout seul et par sa propre importance*”. O direito romano ampliou o dever de sigilo também aos advogados (*patroni*): “*Mandat cavetur, ut praesides attendant, ne patroni in causa, cui patrociniū praestiterunt, testimonium dicant, quod et in exsecutoribus negotiorum observandum est*” (Dig., 22, 5, 1.22). Na Idade Média, o direito canônico consagrou e prescreveu com o máximo rigor o segredo do confessor. São Jerônimo comparava o sacerdote ao médico e dizia: “*Officii tui est, non solum oculos servare, sed et linguam*”. E Santo Agostinho declarava: “O que sei por confissão, sei-o menos do que aquilo que nunca soube”. No direito secular intermédio, o médico, por sua vez, era

<sup>228</sup>Redação original e grafia da época: “*Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.*” PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, cit., p. 465.

<sup>229</sup>“Dizia Kant que, para aferir-se da moralidade ou imoralidade de um fato, o melhor critério era imaginá-lo, hipoteticamente, transformado em norma geral de conduta: se a vida social ainda fosse possível, o fato é moral; do contrário, é imoral. A antinomia de um fato humano com a moral positiva está na razão direta da sua nocividade social. É bem explicável, portanto, que entre as ações imorais que, por sua maior gravidade, constituem o *injusto penal*, figure a violação do segredo profissional. Se fosse lícita a indiscrição aos que, em razão do próprio ofício ou profissão, recebessem segredos alheios, estaria evidentemente criado um entrave, muitas vezes insuperável, e com grave detrimento do próprio interesse social, à debelação de males individuais ou à conservação e segurança da pessoa. [...] Suponha-se que o médico e o advogado, por exemplo, não estivessem, no exercício de sua atividade profissional, adstritos a silêncio em torno de fatos que lhes são necessariamente confiados, ou que vêm a conhecer por dedução, mas cuja publicidade acarretaria sacrifício à reputação, à razoável vaidade (que é um dos mais imperiosos e despóticos sentimentos humanos), ao crédito, ao interesse moral ou econômico, enfim, de seus clientes: não há dúvida que grande número de pessoas preferiria deixar-se roer de certas moléstias vergonhosas ou imolar-se à mais temerária das lides a recorrer à ciência de um facultativo ou ao patrocínio de um causídico. É com todo acerto que o nosso estatuto penal classifica a violação do sigilo profissional entre os crimes que ofendem a *liberdade individual*. Na preservação de sua pessoa física ou personalidade moral, todo indivíduo deve ter plenamente garantido o livre exercício de sua vontade, e tal garantia seria frustrada, se, tendo, forçosamente de recorrer aos conhecimentos técnicos ou à ajuda profissional de outrem, o salteasse o receio de que os seus segredos, confiados ou surpreendidos, fossem traídos. O temor da quebra dos segredos poria em cheque a liberdade de atuação da vontade.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 6, p. 254-255.

equiparado ao padre católico. Ludovico de Ávila dizia que o médico “devia ser reservado como um confessor”. Vallerioli reputava *ignominiae plenum* o fato do médico “*aegri famam prodere et fidei suae commissa continere non posse*”. Já era então dispensado o médico de depor em juízo sobre fatos atinentes ao sigilo profissional: “*Medicus et chirurgus, interrogatus a Judice, sive per denunciationem aut inquisitionem procedat, non obligari ad testificandum de secretis, quae secreto ipsis detexerint aegrotis, consilium petentes*”. Damhouderius entendia que, em certos casos, a revelação ou comunicação do segredo profissional era uma modalidade do *falsum*: “*Advocati, procuratores, tutores, curatores, oratores, secretarii, scribae, graphiarii atque id genus similes, qui secreta dominorum, pupillorum, adulterorum, magistrorum suorum pandunt et propalant, aut qui instrumenta, literas aut informationes ostendunt partibus adversariis, ii puniendi sunt (quia falsarii) poena falsi*”. Foi o Cód. Penal francês de 1810 que teve a iniciativa de incriminar, de modo preciso e autônomo, a violação do segredo profissional (art. 378): “*Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui hors les cas où la loi oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis, etc.*”. Na época atual, em que é vêzo renegarem-se as normas de cultura por amor aos paradoxos, já se proclama a ilegitimidade da proibição da quebra do sigilo profissional. Não mereceria este continuar incluído entre os deveres jurídicos. Nem mesmo o segredo médico deve ser legalmente imposto. Entre nós, um ilustre discípulo de Galeno, em monografia sobre o assunto, assim disserta: “Parece-nos que o melhor modo de alguém pôr a salvo a sua dignidade individual, ou a de sua família, é não cometer ações que a maculem. Tal maneira de agir é mais segura do que apelar depois para o sigilo profissional”. Este raciocínio, que faria honra a um defensor do *liber arbitrium indifferentiae*, tem apenas o defeito de abstrair a deplorável contingência humana, que já Ovídio acentuava há vinte séculos: *video meliora proboque, deteriora sequor...* O Professor Afrânio Peixoto prefere um argumento repassado de jocosidade: “É mais fácil e prático procurar um médico reservado, do que obrigar, por lei, ao silêncio, o linguarudo. Nos nossos países latino-americanos, falar é alívio. Por que obrigar contra a natureza?” Seria de retrucar que, por essa lógica, valeria romper, de uma vez, com todos os freios de disciplina social, para ensejar-se a livre expansão dos instintos e temperamentos. A verdadeira razão de ser do descaso a que tem sido relegado, no Brasil, o dever do segredo profissional, não é o espírito da indiscrição, que em toda parte existe e é de todos os tempos (já Sócrates dizia que “é mais difícil guardar um segredo do que manter na boca uma brasa”), mas a razão geral dos nossos males: é a nossa civilização de empréstimo, sempre expedita em copiar os modelos do ocidente europeu, mas para acabar deformando-os e descredenciando-os. Certo, já não há falar-se no sigilo profissional como um dever *absoluto*. Todo dever tem a sua razão e limite na utilidade social e não pode deixar de ser, portanto, relativo.<sup>230</sup>

Nos dias atuais, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face da responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional, pois o momento é de construção de novos modelos interpretativos, procurando conferir a máxima eficácia social, entrevedo a

<sup>230</sup>HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, cit., v. 6, p. 257-259.

compatibilidade axiológica entre o artigo 154, do Código Penal, compatibilizando-o com a Constituição Federal.

Está louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos penalistas, foi registrada por Antonio Luís Chaves Camargo, ao traçar para a comunidade jurídica, as reformas legislativas relativas ao Código Penal brasileiro:

**O DIREITO PENAL BRASILEIRO ATUAL – A influência do positivismo neokantiano** – O Direito Penal brasileiro, a partir do Código Penal de 1940, modificado na sua parte geral pela Lei nº 7.209/84, durante muitos anos sofreu a influência da denominada Terza Scuola italiana, assim conhecida como uma escola intermediária ou eclética, que admitia o princípio da responsabilidade moral e a distinção entre imputáveis e inimputáveis, além de acolher o determinismo psicológico, e não o livre-arbítrio, considerando o crime um fenômeno social, sendo o agente influenciado por fatores também sociais. Uma visão tão superada determinou um sentimento de fragilidade diante do crime, levando os autores a abandonar os preceitos naturalistas dessa visão eclética, no sentido de tentar um avanço na dogmática penal brasileira. O resultado dessa insatisfação, no que se denominou combate ao crime, impôs a tentativa de modificação do método puramente jurídico-formal, para introduzir, com base no neokantismo, elementos axiológicos e materiais como recurso para a compreensão do fenômeno da criminalidade, além da mera explicação causal, levando em consideração o aspecto valorativo do acontecimento jurídico. O Direito Penal brasileiro, nas últimas décadas, não sofreu uma influência mais acentuada da dogmática alemã, a não ser algumas considerações do finalismo welzeliano, mantendo sua tradição de considerar a norma penal como única fonte do Direito, e a jurisprudência de conceitos passa a ser o caminho mais curto para a solução de conflitos sociais. Tanto é verdade que as publicações dos Tribunais, tanto estaduais como federais, assumem uma importância sem limite no dia-a-dia do Direito brasileiro, sugerindo, até, a expedição de súmulas vinculantes, uma vez que a verdade está contida na interpretação da lei e é aplicável em todos os casos semelhantes, admitindo-se a analogia e a interpretação extensiva sempre a favor do réu, como decorrência do princípio constitucional da irretroatividade da lei. O Código Penal brasileiro foi promulgado durante a Segunda Guerra Mundial, 1940, não havendo uma definição filosófica-jurídica explícita, tanto assim que afirmava com todas as letras na exposição de motivos que o projeto não rezava em cartilhas ortodoxas, e nem compromisso irreatável ou incondicional com qualquer escola penal. Concluiu: os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva. As tentativas de modificação do Código Penal se iniciaram com a Lei nº 6.416, de 24.5.1977, que alterou dispositivos também do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, com a justificativa de que se diminuísse o índice de criminalidade, pautada no grande número de mandados de prisão não cumpridos, o que escandalizava a opinião pública e constituía estímulo ao delito, fomentando a insegurança pessoal, gerando a corrupção no organismo policial, descreditando uma possível função intimidativa da pena e desprestigiando a justiça, fatos capazes de comprometer a paz social. Houve um progresso na sistemática da parte geral do Código Penal, com a inclusão de vários dispositivos capazes de alternar a pena privativa de liberdade aos delitos de menor gravidade, bem como tornar excepcional a prisão provisória. Todas essas medidas, entretanto, não tiveram o condão de modificar a metodologia de interpretação da lei penal, permanecendo o positivismo jurídico neokantiano como a base da aplicação

da lei aos fatos concretos. A consequência dessa atitude, que persiste até hoje, entre nós, é o afastamento das decisões e soluções provisórias encontradas da realidade dos fatos, em especial de uma nova criminalidade difusa que resiste ao método puramente lógico-formal e axiológico. A pena continua sendo o imperativo categórico que prestigia as decisões criminais, tendo como referência o conceito de bem jurídico como valor *a priori* e sua lesão como critério decisivo da interpretação dos tipos penais. Outros efeitos que permanecem desta postura do nosso Direito Penal é a inclusão de elementos subjetivos no tipo, a consideração material da antijuridicidade e uma culpabilidade normativa, que inclui os elementos subjetivos (dolo e culpa), e, também, o nexó psicológico do autor com o resultado. A inexigibilidade de conduta diversa é admitida no âmbito da culpabilidade, como causa de exclusão, permitindo uma valoração neste sentido. Apesar da insatisfação social que causa esta metodologia, entre nós, pois continua o sentimento de impunidade diante dos crimes praticados contra bens difusos, o Código Penal de 1984, anterior à Constituição Federal de 1988, também se manteve fiel ao tradicionalismo metodológico na sua interpretação, apesar de ter acolhido o princípio da culpabilidade em toda a sua extensão. Alguns autores, diante da novidade incluída na parte geral do Código Penal, se surpreenderam com o tema e iniciaram uma modificação metodológica, sem, entretanto, um estudo mais aprofundado sobre as bases que permitiriam a mudança decisiva do relativismo axiológico neokantiano para novas posturas finalistas ou teleológicas. Continuou, assim, na maioria das obras jurídicas, a base do positivismo neokantiano, na sua forma original, entendendo-se o método para interpretação fundado numa jurisprudência de conceitos apriorística, com seu relativismo axiológico, determinado pelas concepções valorativas prévias, que levam à quantidade da pena em razão do resultado, com prioridade ao nexó causal entre ação e resultado, indicador do tipo, este indiciário da antijuridicidade material.<sup>231</sup>

Tais circunstâncias explicam a ausência de uma discussão profunda acerca da responsabilidade penal decorrente da revelação de sigilo médico. Ao lado disso, há uma complexidade da produção normativa no ordenamento jurídico internacional, que não traduz em uniformidade, em razão da diversidade axiológica existente nessas legislações.

Do ponto de vista metodológico, o Direito Médico está consagrado, expressa e institucionalmente, na ordem jurídica do sistema anglo-americano, em que notamos no plano hermenêutico, uma autocompreensão<sup>232</sup> do intérprete, buscando uma atividade prático-normativa, em uma perspectiva dinâmica, acentuando a relevância da mediação criativa do exegeta, na concreta realização do Direito.

Não obstante, no Brasil, não há atualização, em termos de técnica legislativa, pois também, não há objeções doutrinárias que contribuam para transformação axiológica em

---

<sup>231</sup>CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*, cit., p. 117-120.

<sup>232</sup>Sobre a autocompreensão e interpretação, vide: BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógico-discurso jurídico. Coimbra: Universidade de Coimbra; Coimbra Ed., 1994.

nosso ordenamento jurídico-penal, no que se refere a violação do segredo profissional; ao contrário da sistemática adotada em países da Europa (Portugal, Alemanha, dentre outros), em que o legislador contemporâneo procura associar, no campo do Direito Penal Médico, em oposição à técnica do passado, enunciados genéricos, contendo prescrições que servem como ponto de referência interpretativo e que permitem definir valores e parâmetros hermenêuticos.

Em outras palavras, na esteira da técnica legislativa norte-americana ou de países da Europa Central Continental, as normas jurídico-penais oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a sua aplicação.

Internacionalmente, o Direito Penal Médico é um novo campo do saber jurídico, cuja colocação sistemática no ordenamento jurídico de alguns países, afirma-se, concreta e metodologicamente, cada vez mais, com interdisciplinaridade, em temas, dos quais destacamos: segurança do paciente<sup>233</sup>, não discriminação, bioética e seus princípios (autonomia, beneficência, justiça), ética aplicada, dever de verdade, confidencialidade, direito ao anonimato, dever de proteção de terceiros, dever de solidariedade, direito ao segredo.

## 4.2 Omissão e posição de garantidor

No panorama doutrinal penalístico brasileiro, patenteia-se escasso o enquadramento dogmático da natureza da omissão e da posição de garante, em relação aos médicos, envolvendo o sigilo médico profissional.

Cumprido neste momento estabelecer com precisão os conceitos de ação<sup>234</sup>, omissão<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup>No que se refere a segurança do paciente, em que o erro pode ser considerado um fracasso nas ações planejadas para alcançar o escopo pretendido, no âmbito da problemática dos erros humanos e do gerenciamento de riscos nas gestões e organizações médicas, vide: REASON, James. *El error humano*. Madrid: Modus Laborandi, 2009.

<sup>234</sup>No entendimento de Aníbal Bruno, quanto a ação e omissão: “O comportamento humano que constitui a ação pode manifestar-se por uma atitude positiva, um fazer do agente, ação em sentido estrito, ou por uma atitude negativa, um não fazer, que é a omissão. Ação é, assim, um termo genérico, que compreende as duas formas possíveis do comportamento do agente. A doutrina da omissão não se move em terreno pacífico. Temos de distinguir desde logo, segundo um ponto de vista tradicional, conforme a realidade das coisas, os crimes omissivos próprios e os omissivos impróprios ou comissivos por omissão. [...] Mas o problema de mais longo debate em um e outro caso tem sido o de achar o elemento que coloque a omissão dentro do conceito geral de ação, o elemento natural, objetivo, que lhe dê realidade e substância.” BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: pena e medida de segurança*. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. t. 3, p. 190-191.

<sup>235</sup>“Há duas teorias sobre a natureza da omissão: a) teoria naturalística; b) teoria normativa. De acordo com a concepção naturalística, a omissão é uma forma de comportamento que pode ser apreciada pelos sentidos, sem que seja preciso evocar a norma penal. Esta só teria função de atribuir a ela relevância em face do Direito. Para os partidários da teoria normativa, a omissão não é um simples não-fazer, mas *não fazer alguma coisa*. O fundamento de todo crime omissivo constitui uma ação esperada. Sem ela (ação pensada)

e de posição de garante<sup>236</sup>, no âmbito da responsabilidade penal médica.

Partindo dessas considerações, Heleno Cláudio Fragoso, com propriedade, assevera:

São comissivos os crimes que se praticam através de ação. Em tais crimes, a conduta delituosa viola norma que proíbe determinada atividade. *Crimes omissivos* são aqueles em que se viola norma que impõe comportamento ativo, com abstenção da atividade devida. Consistem em não fazer o que a lei manda. [...] o preceito ora se apresenta sob forma de proibição, ora como *ordem* ou comando de agir. No primeiro caso, a norma impõe abstenção de atividade e se transgredir através de ação (crimes comissivos). No segundo, a norma impõe comportamento ativo e se transgredir através da abstenção da atividade devida (crimes omissivos). Os crimes comissivos também podem ser praticados por omissão (crimes comissivos por omissão). Em tais casos, o agente viola norma implícita existente junto à norma proibitiva, que lhe impõe (tendo-se em conta a situação em que se acha) o dever jurídico de ativar-se, impedindo o resultado. Assim, a omissão dá lugar a duas espécies de *crimes omissivos*: 1 – *Crime omissivos próprios* (ou puros), nos quais a omissão consiste na transgressão pura e simples de um comando, que estabelece um dever de agir [...]; 2 – *Crimes comissivos por omissão*, nos quais a omissão consiste na transgressão de um dever jurídico de impedir o resultado que configura o fato punível [...] *Omissão* é a abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar. *Omissão*, em consequência, não é mero não fazer, mas, sim, não fazer *algo* que, nas circunstâncias, era ao

---

não é possível falar em omissão no sentido jurídico. Assim, a omissão, por si mesma, não tem relevância jurídica. O que lhe dá esse atributo é a norma, que impõe um determinado comportamento. Ela surge para o Direito quando se constata que a conduta exigida pela norma não foi realizada pelo sujeito, que deixou de observar o dever jurídico de agir.” JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*: parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 237-238.

<sup>236</sup>“O problema da causalidade nesses delitos comissivos por omissão tem ensejado inúmeras disputas doutrinárias que, entre nós, com a reforma penal, perde relevância. Com efeito, o legislador pátrio estabeleceu um nexo de causalidade normativo entre a omissão e o resultado, no art. 13 e parágrafos do Código Penal, especificando as hipóteses em que esse nexo deva ser reputado presente, a saber: a) tenha o agente, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. [...] A segunda hipótese (letra b) refere-se a quem tenha assumido, de algum modo, o dever de agir para impedir o resultado. O Código, todavia, não definiu o ‘modo’ ou os casos em que o obrigado assume a posição de ‘garante’. Nem se deve restringir esta hipótese às obrigações de índole puramente contratual de sorte a permitir-se o transplante, para a área penal, de infundáveis discussões sobre questões prejudiciais em torno da validade ou da eficácia do contrato gerador da obrigação. Penso que, aqui, a solução deve apoiar-se no princípio de que a *posição de garante* surge para todo aquele que, por ato voluntário, promessas, veiculação publicitária ou mesmo contratualmente, capta a confiança dos possíveis afetados por resultados perigosos, assumindo, com estes, a título oneroso ou não, a responsabilidade de intervir, quando necessário, para impedir o resultado lesivo. Nessa situação se encontram: [...] o enfermeiro, o médico de plantão em hospitais ou pronto-socorros [...] Note-se que a posição de garantidor ou de ‘garante’ é excepcional, atinge apenas quem por lei ou voluntariamente tenha assumido essa responsabilidade. Não se estende, pois, generalizadamente a todo e qualquer indivíduo que eventualmente esteja em condições de prestar auxílio ou socorro, como ocorre no crime omissivo próprio de omissão de socorro” TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit., p. 116–118. Ressalta Miguel Reale Júnior que: “Nos crimes comissivos por omissão é bem possível deixar de cumprir o dever devido por negligência, dando causa a um determinado resultado nocivo, bem como é também admissível que, por falta de cuidado, não se tenha conhecimento da assunção da posição de garante. A cautela, no entanto, deve ser grande em não se pretender em retorno *ad infinitum* atribuir àquele que se encontra longe da ocorrência do resultado a participação em crime comissivo por omissão culposa.” REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p. 242.

agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização. [...] A omissão, porém, envolve sempre a necessidade de um termo de relação, que depende de um juízo objetivo. [...] O *dever de agir* é essencial à omissão. O conceito de omissão é necessariamente normativo. [...] *Crimes Omissivos Próprios* - Conceito: A conduta típica nesses crimes integra-se com a simples desobediência ao comando de agir, contido na norma. São crimes em que não se exige qualquer outro resultado, consumando-se com a abstenção daquela atividade que a própria norma penal impõe, independentemente de qualquer dano ou perigo. Por isso, alguns autores dizem que esses são *crimes de simples desobediência (Binding)*. São exemplos, o crime de omissão de socorro (artigo 135, CP) [...] e o crime de omissão de notificação de moléstia perigosa (artigo 269, CP), nos quais qualquer outro resultado é tipicamente irrelevante, de nada valendo a demonstração de que a ação omitida não teria impedido o resultado que o legislador procurou afastar. [...] *Crimes Comissivos por Omissão* – Conceito: Os crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios não são como geralmente se supõe crimes comissivos. São crimes *omissivos* em que a punição surge, não porque o agente tenha causado o resultado (não há causalidade alguma na omissão), mas porque não o evitou. O que dá vida ao ilícito é, pois, aqui, a violação do dever jurídico de impedir o resultado. Nestes crimes, portanto, não há violação de uma proibição, mas de um comando que se situa paralelamente à norma proibitiva. Junto à norma proibitiva, implícita na lei penal relativa aos crimes comissivos, surge, também implícita, a norma que impõe ao agente (considerando as circunstâncias em que se acha) o dever jurídico de ativar-se, impedindo o resultado. Esta é a norma que impõe o dever de ativar-se, constituindo o agente em garantidor da não superveniência do resultado. A transgressão dessa norma implícita é que constitui o crime comissivo por omissão. O dever de agir aqui, em sua natureza, não difere do que ocorre nos crimes omissivos próprios, nem do dever de abstenção que surge nos crimes comissivos. Esse é o dever jurídico que surge com a norma. A lei vigente (diversamente do que ocorria na redação original do CP de 1940) especifica as fontes do dever jurídico de impedir o resultado, sob a rubrica imprópria de *relevância da omissão* (artigo 13, § 2º). [...] É inegável que não há crime comissivo por omissão, sem que haja especial dever jurídico de atuar; atuação que, por força das circunstâncias (o crime exige um resultado), deve impedir o dano ou perigo que consuma o delito. Tal conclusão é irrecusável. Em consequência, temos de concluir que o preceito contém implicitamente, o comando de impedir o resultado, transgredindo-se pela abstenção da atividade devida. [...] *A Posição de Garantidor*: O dever de agir impedindo o resultado, nos crimes comissivos por omissão, surge da posição de garantidor (ou garante). Esta é a situação de fato que se relaciona com o agente, sendo, pois, *característica da autoria*. Autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado. Trata-se, pois, de *crime próprio*. Denomina-se crime próprio (ou especial) aquele que só pode ser praticado por determinadas pessoas que reúnam certas condições (de fato ou de direito) exigidas para a autoria. [...] O dever de impedir o resultado, nos crimes omissivos por omissão, só pode ser um *dever jurídico*. Não bastaria, assim, mero dever moral. [...] Esse dever jurídico surge de três tipos de situações, nas quais o agente assume a posição de garante da não superveniência do resultado: a) A primeira é aquela em que a posição de garantidor é estabelecida diretamente pela *lei*, que, embora atendendo a outros fins, impõe a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância [...] b) A segunda situação é a de quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado [...] c) A terceira hipótese em que surge a posição de

garante é consequência da anterior atividade causadora do perigo. Quem cria o perigo de dano tem a obrigação ou o dever jurídico de afastá-lo.<sup>237</sup>

Para quem se ocupa do estudo do Direito Penal<sup>238</sup>, assim como para quaisquer que o operem, a questão do médico e o ilícito penal omissivo (posição de garante)<sup>239</sup> e, também, a relevância da omissão da conduta médica, na medida em que o médico tenha o dever jurídico de atuar, está submetida a técnicas distintas, do ponto de vista dogmático.

Daí a necessidade de conhecer-se o entendimento de Miguel Reale Júnior:

O Projeto Alcântara Machado, a exemplo do Código Penal italiano, estabelecia o seguinte em seu art. 11, §1º: “Não impedir um evento que se tem o dever jurídico de evitar equivale a causá-lo”. Em nova redação, estatuiu-se “faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo”. A comissão revisora entendeu, no entanto, dispensável esse dispositivo, sendo a seu ver suficiente o art. 11, *caput*, referir-se tanto à ação como à omissão. Justificando a supressão da norma específica sobre a relevância causal da omissão, Nelson Hungria ponderava que é suficiente admitir, do ponto de vista lógico, que a omissão pode ser causa, sendo desnecessária a exigência de que constitua o “descumprimento de um dever jurídico”, mesmo porque, também, a ação só é penalmente relevante se “contrária ao dever jurídico”. Sucede, entretanto, que se a omissão possui um substrato naturalístico, a sua relevância penal, no entanto, está sujeita a um enfoque

<sup>237</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, cit., p. 281-288.

<sup>238</sup>Para Jakobs, no que diz respeito “A ação e omissão no direito penal: O crime que se comete por meio de uma atividade, por meio de uma ação, o chamado crime comissivo, desenvolveu-se com precisão na dogmática penal muito antes do crime omissivo – no qual o autor, para realizá-lo, não faz absolutamente nada. Como é claro, numa sociedade complexa as pessoas perseguem seus objetivos de tal modo que continuamente alternam o fazer algo e o omitir algo [...] Diante desta situação, impõe-se a suspeita de que qualquer diferenciação entre ação e omissão hoje em dia já não seja especialmente importante.” JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003. p. 1-2. No que diz respeito a relação de causalidade: “Não obstante a opinião de escritores de prestígio, sustentando que o tema da causalidade física perdeu o relevo que lhe emprestou a doutrina clássica, sendo dispensável a sua regulação normativa, no pressuposto de que não há pena sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), não seria adequado ao sistema positivo deixar de disciplinar o fenômeno.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Atualizador René Ariel Dotti. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2016. v. 1, t. 2, p. 431.

<sup>239</sup>“No exercício da sua profissão, os médicos, não obstante serem sempre os *Cireneus compassivos do calvário humano* na impressiva e feliz expressão de Miguel Torga, também estão, como qualquer mortal, e por isso falível, sujeitos às malhas do direito criminal, sem que isso implique, necessariamente, a existência de pólos de fricção ou *guerra fria* entre médicos e juristas, nem a exigência da responsabilização dos profissionais de Saúde pode significar nos modernos Estados de Direito, qualquer *capitis deminutio* de uma actividade que tão de perto e, ao mesmo tempo tão arrojadamente, se defronta com o sofrimento humano, lidando com os mais preciosos bens como a vida, a saúde, a integridade física e a liberdade individual. É que, como lucidamente escreveu um dos mais eminentes penalistas portugueses: ‘*se o doente tem o direito de confiar-se e ser tratado por um médico a quem o Direito Penal se não coíba de pedir inteira responsabilidade, é do próprio interesse do médico [...] que o Direito de nenhuma forma lhe tolha, mas antes estimule, o seu sentimento de responsabilidade*’. Podendo ser agentes de crimes decorrentes do exercício da actividade médica (crimes específicos próprios) e de crimes comissíveis por qualquer pessoa, ainda que qualificados se cometidos por médicos no exercício da sua profissão (crimes específicos impróprios), os profissionais da Medicina podem realizar diversos ilícitos penais, que por acção, quer por omissão.” RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: estudo dos pressupostos sistemáticos*, cit., p. 129-130.

normativo, graças ao qual se ressaltam e se sobressaem, dentre as tantas omissões que se praticam, aquelas que se enquadram como *típicas*. Cumpre ver, ademais, que o problema da causalidade na omissão tem cabimento apenas nos crimes comissivos por omissão. A questão, portanto, diz respeito à determinação da omissão como causa do resultado e ao seu reconhecimento como penalmente significativo. A nosso ver, por conseguinte, a questão de relevância penal da omissão é erroneamente vista apenas como matéria de causalidade. Não se trata, tão-somente, de causalidade da omissão, mas de *tipificação da omissão*. Há dois planos distintos: 1.º – Quando naturalisticamente pode-se falar que a omissão seja causa? 2.º – Quando a omissão como causa é penalmente relevante? Inúmeras teorias procuram solucionar o problema da causalidade da omissão, cada qual relacionada, obrigatoriamente, com uma concepção de omissão, seja naturalística ou normativa. A nosso ver, a compreensão devida a Spasari, que vislumbra na omissão um dado naturalístico, sujeito a um enfoque normativo, atende à realidade, em razão do que a posição ora assumida, quanto ao nexos de causalidade na omissão, prende-se à uma concepção naturalístico-normativa. Na verdade, a omissão é uma não interferência no curso causal, deixando-se que as condições presentes atuem, livremente, produzindo o resultado negativo. O entendimento de que é possível admitir-se a omissão como causa, posto que do nada pode provir, parece-nos não merecer acolhida, pois o impedimento assume caráter causal como fenômeno de ausência, que teria interrompido o curso causal em desenvolvimento. O acolhimento da teoria da equivalência das condições permite que se examine a força causal da omissão, à luz do mesmo critério da *conditio sine qua non*. Ou seja, pergunta-se: a interferência da ação omissiva teria alterado o curso causal, evitando-se dessa forma o resultado? A omissão, tal como a ação, tem uma base fática, apesar de sujeita a um enfoque normativo, o que permite a análise da causalidade da omissão sob o ponto de vista naturalístico. Nesse sentido, aliás, a redação do art. 13, *caput*, no Projeto da Parte Geral, apresentado ao Congresso: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem, por ação, o tenha causado ou, por omissão, não o tenha impedido”. Por emenda restabeleceu-se a redação do Código Penal de 1940. O segundo problema refere-se à qualificação da relevância penal da omissão. [...] Por essa razão a rubrica lateral do §2º do art. 13 da nova Parte Geral é: *Relevância da omissão*. Em suma, o disposto no § 2º do art. 13 da nova Parte Geral de 1984 é elemento *tipificante, dado constitutivo do tipo penal da comissão por omissão*, adicionável a todos os tipos comissivos, quando se trata da forma de comissão por omissão. A relevância da omissão depende da soma de duas exigências: *Do dever e do poder de agir*, sendo que o *dever* sucede em três hipóteses. Por que razão qualificar-se como relevante a omissão com recurso à análise do *poder* de agir do omitente? Tratar-se-ia de questão específica da culpabilidade, de juízo pessoal de reprovação, fundado na exigibilidade de conduta diversa pelo poder de agir não atuado, não devendo haver referência no tipo penal? Analisemos, primeiramente, a questão do dever de agir. Para a nova Parte Geral o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) tenha assumido de qualquer forma a responsabilidade de impedir o resultado; c) tenha dado origem ao risco da superveniência do resultado. O imperativo legal de se evitar o resultado, graças ao qual a omissão se faz relevante, não se estende genericamente, mas possui *destinatário próprio*. Os elementos normativos que integram o tipo penal comissivo por omissão constituem, a meu ver, a designação de um tipo normativo de autor. Autor só será aquele que possua o dever de agir, oriundo das três situações acima mencionadas. Everardo da Cunha Luna estende o elenco de hipóteses, ampliando, em demasia, o âmbito do dever de agir, ao propor que seja estatuído “o dever de comunidade de vida e de perigo”.

Maurach, lembrado pelo próprio mestre Everardo da Cunha Luna, anota que tal amplitude é perigosa, atribuindo-se força vinculatória a deveres fundados na solidariedade humana, tendo-se, por consequência, uma enorme extensão do tipo penal. Everardo da Cunha Luna entende que menos perigosa é a exigência salutar, na medida em que propulsiona o sentimento de solidariedade. Nesse ponto reside o fulcro da questão. Se o moderno direito penal, enquanto instrumento de controle social, pretende estender o seu âmbito à defesa dos interesses difusos, consolidando uma solidariedade social, por meio de normas pedagógicas, nem por isso deve-se recorrer a tipos abertos. A simples referência a um genérico “dever de comunidade” não pode ser elemento integrador do tipo penal comissivo por omissão. O “dever de comunidade” tem validade no plano ético, mas quando se passa à perspectiva de que o dever de agir é dado constitutivo do tipo, a conclusão apenas pode ser no sentido de que seu significado amplo e aberto contraria a exigência da reserva legal. [...] A nosso ver, cabe ser feita uma distinção: o disposto no art. 13, § 2º, da Parte Geral refere-se à relevância da omissão com relação ao resultado, oriundo do curso causal em desenvolvimento tornando a omissão causa desse resultado e o omitente seu *autor*, ou seja, faz da omissão um elemento do tipo penal. [...] Resta examinar a questão relativa ao “poder agir”. O “poder agir” ou tem significado de possibilidade real física ou remete à análise da exigibilidade. O risco desta segunda acepção leva a algumas considerações. [...] Cumpre indagar se “o poder agir” deve constituir um dos elementos normativos integrantes, de modo geral, da forma comissiva por omissão. Essa inclusão é, a nosso ver, dispensável, desde que o exame do *poder agir* é de ser feito tendo-se por parâmetro os requisitos próprios do estado de necessidade, pois, caso contrário, estar-se-ia criando uma causa mais ampla de exculpação para a forma comissiva por omissão, não aplicável à modalidade comissiva. Desse modo, a referência ao poder agir do omitente é desnecessária, pois é questão que deve ser enquadrada nos limites fixados pela justificativa do estado de necessidade. Ressalte-se, também, que segundo o art. 24, §1º, da Parte Geral “não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”. A justificativa tem cabença, portanto, unicamente na hipótese da letra *b* do art. 13, §2º, relativo a quem de “outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado”, pois a situação descrita na letra *a* está impedida de alegar o estado de necessidade, bem como a referida na letra *c*, pois a excludente não se aplica a quem provocou o perigo. É justo, todavia, a aplicação da justificativa à hipótese de quem, sem ser por dever legal, assumiu a obrigação de impedir o resultado. Para coerência do sistema do Código, a fim de que não se contraponham a norma do art. 13, §2º (relevância da omissão), com a do art. 24 e §1º, é mister eliminar a referência “ao poder agir”, como dado indicativo da relevância da omissão. O “poder agir”, enquanto referência ao “real e fisicamente possível”, parece-me, também, *despiciendo*. [...] À lei penal não é necessário nem cabível dispor sobre o que seja ação, o que vem a fazer, indiretamente, ao se referir ao “poder agir”. [...] Concluindo: o “dever de agir” é dado tipificador, elemento normativo do tipo comissivo por omissão; o “poder agir” ou é desnecessário ou conduz à análise da “não exigibilidade” criando, inevitavelmente, causa de exculpação para os crimes comissivos por omissão, não aplicável às demais formas de prática delitiva.<sup>240</sup>

---

<sup>240</sup>REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 183-190. No entendimento de Everardo da Cunha Luna, Catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife: “A omissão, como fato humano real, como ação do homem na sociedade, ao penetrar no mundo dos valores, recebe uma disciplina normativa. E ao ser valorizada por uma ordem normativa, seja de decoro, de moral, de religião, ou de direito, torna-se uma realidade fatural normativa. Deste modo, todas as omissões,

A omissão<sup>241</sup>, que desperta interesse no Direito Penal, tem características próprias<sup>242</sup>, sendo considerando na posição de garantidor<sup>243</sup> quem esteja nas situações descritas do artigo 13, §2º, do nosso Código Penal.

A questão da posição de garante dos médicos nos crimes comissivos por omissão<sup>244</sup>, já foi objeto de estudo pelo médico e penalista alemão Eberhard Schmidt, em 1939:

---

como também todas as ações jurídico-penalmente relevantes, são fatos normativos, ou seja, são ações e omissões disciplinadas no direito penal. [...] A omissão própria está explicitada na lei, quer num tipo de omissão, quer num tipo misto de comissão e omissão. A omissão imprópria está implícita nos tipos de crimes de resultado, e, algumas vezes, encontra-se explícita num tipo a ela destinado. Um destaque particular merece a omissão imprópria. É que nos crimes comissivos por omissão, além do *dominium*, o poder sobre o fato, existem deveres jurídicos especiais de não causar o resultado. Tais deveres emanam da posição de **garantidor** do bem jurídico protegido, fazendo com que a omissão imprópria seja um **crime próprio** de determinadas pessoas.” LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, ano 20, n. 80, p. 130-131, out./dez. 1983. Vide, também: SPASARI, Mario. *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*. Milano: Giuffrè, 1957; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Traducción por Juan Cordoba Rode. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1.

<sup>241</sup>“Hay un crimen omisivo (*del. omisionis*, por oposición al *del. comissionis*), siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad. Dado que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obrigatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión.” FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 57. Vide, também: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2013.

<sup>242</sup>“El Derecho positivo conoce el delito de omisión en dos formas: como propio delito de omisión y como delito de omisión improprio (delito de comisión por omisión). Ambas formas significan no hacer algo, no el simple no hacer. El fundamento de todo delito de omisión lo constituye ‘una acción esperada’; sin esta acción pensada (*esperada*) no es posible hablar de omisión en sentido jurídico. Y con ello obtiene la total teoría del delito de omisión su firme base.” MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano de la 2. ed. alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 270-271.

<sup>243</sup>“admitindo a existência dos tipos omissivos não expressos, o único recurso que nos resta para limitar a amplitude assumida pela norma preceptiva [...], é delimitar o círculo de possíveis autores mediante a determinação da posição de garantidor, isto é, mediante a limitação da proibição típica àqueles autores que estão especialmente obrigados à conservação, restauração ou reparação do bem jurídico penalmente tutelado. [...] nem todo dever jurídico de atuar coloca o obrigado na posição de garantidor [...] *Como se coloca um sujeito na posição de garantidor?* Quais são as fontes de que pode surgir essa posição? A lei brasileira estabelece, no art. 13, §2º, do CP, três maneiras de se colocar na situação de garantidor: ‘O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado’. Sublinhamos que o enunciado legal não significa que qualquer dever gerado por alguma dessas fontes implique encontrar-se o obrigado em posição de garantidor, mas trata-se apenas de um indicador geral dos modos pelos quais se pode alcançar essa particular posição jurídica. O certo é que, por qualquer dessas vias, a posição de garantidor não passa de um critério relativo, que ainda necessita de muita depuração. [...] Esta reflexão – e muitas outras que se poderia formular – demonstra, uma vez mais, que o problema da tipicidade omissiva permanece sem uma resposta correta, e que a criação das fontes de posição de garantidor pela lei não resolve os problemas que a tipicidade omissiva cria para o princípio da legalidade.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. 2 tir. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1, p. 468-469.

<sup>244</sup>“Delitos de comisión por omisión – Aparte de esa situación perfectamente clara y sencilla de los delitos de simple omisión, nos encontramos con otra forma omisiva en la cual el delincuente substituye su actividad por la eficacia causal de fuerzas exteriores, cuyo desarrollo lleva al resultado ilícito quel el sujeto puede y

Segundo o eminente penalista e também médico alemão Eberhard Schmidt, que à matéria do direito penal dos médicos dedicou particular atenção, o médico tem o dever de assistir aos doentes sempre que tal assistência médica lhe seja solicitada, pela simples razão de ter escolhido a profissão médica estabelecendo-se como tal. Deste amplíssimo dever de garante do médico, apenas se exceptuam as seguintes situações: a) Quando um médico se prepare para assistir com carácter de urgência a um doente (cuja assistência tenha aceite) e, ao não fazê-lo, possa provocar perigos graves ao mesmo, pode, por essa razão, negar-se a atender outro doente. Segundo o eminente autor alemão referido, valerá neste caso a regra *prior tempore, potior jure*; b) Se o doente que solicitar a intervenção do médico se encontrar em local distante da zona do exercício profissional deste, o médico pode recusar-se a assistir ao enfermo desde que saiba que estão disponíveis outros médicos para o efeito. Todavia, se for informado que assim não acontece, não pode recusar a visita. (Neste sentido, Eb. Schmidt cita um aresto do Reichgericht, o Supremo Tribunal do Reich); c) Necessária se torna também a determinação do grau de urgência requerida pela situação patológica, pois não será exigível ao médico que sacrifique o seu repouso nocturno ou fruste um dia festivo para assistir a um doente que está retido no leito por uma simples constipação ou por um excesso de ingestão alcoólica. Todavia, o mesmo Mestre alemão recorda que *para saber se se trata de um caso urgente são decisivas as indicações da pessoa que efectua a chamada e estas podem ser duvidosas, motivadas por um temor injustificado ou por uma preocupação exagerada, escasseando também frequentemente a necessária clareza e precisão*. Nestes casos, conclui Eb. Schmidt que *se existir a menor razão para supor que pode tratar-se de um caso grave é preferível que o médico se disponha a efectuar uma visita desnecessária do que a arriscar-se a uma responsabilidade penal por não atender a chamada do doente, supondo, equivocadamente, que o caso carece de importância*. Fora deste quadro permanecerão apenas, segundo o autor citado, os médicos especialistas e os médicos que exerçam em hospitais e outros centros clínicos, cujo raio da actividade se limita a tais instituições. Em todo o caso, ainda relativamente a estes médicos, na ausência ou impossibilidade de atendimento por parte dos médicos de clinica geral e atenta a urgência do caso, competir-lhe-á o dever de assistência ao doente, podendo o tratamento subsequente ficar a cargo daqueles. Esta posição de Eb. Schmidt não mereceu acolhimento da maior parte da doutrina que a esta temática se vem dedicando e que propugna a emergência da situação de garante do médico e, conseqüentemente, a possibilidade da imputação do resultado a título de comissão por omissão, apenas quando haja lugar a uma efectiva assunção do tratamento do doente independentemente da celebração ou da validade de qualquer negócio jurídico (contrato de prestação de serviços, de trabalho ou similar) ou do vínculo jurídico do exercício de funções. É claro que a posição de Eb. Schmidt reflecte, antes do mais, o pensamento próprio de uma época em que o exercício da medicina e, designadamente, a relação médico-doente tinha um cariz pessoal, sendo certo que desde então até aos nossos dias, a uma profunda transformação socio-económica e cultural correspondeu uma alteração diametralmente oposta ao exercício da medicina pois, como reflecte o Dr. Fernando Costa e Sousa “*olhando para os fenómenos acontecidos nos*

---

debe impedir. Trátase en semejantes casos de verdaderos delitos de comisión, en los cuales la norma violada no es, como en los otros, una norma positiva, sino una negativa. Son los llamados delitos de comisión por omisión, o falsos o improprios delitos de omisión. En los delitos de omisión, lo punible es la omisión misma; en los de comisión por omisión, la omisión en sí misma no es punible; lo es cuando de ella se ha hecho un medio para cometer. [...] Este género de delitos presenta graves dificultades teóricas y prácticas, en cuanto se trata en ellos de atribuir la responsabilidad de un evento externo y positivo a un sujeto que se ha abstenido, que no ha obrado positivamente.” SOLER, Sebastian. op. cit., p. 307.

*últimos cem anos vemos que, de forma contínua e acelerada, o quadro da vida humana se transforma numa relação circunscrita, pessoal e duradoura de carácter privado, numa relação circunscrita, pessoal e duradoura de carácter privado, numa relação alargada, impessoal, esporádica de carácter público*". No entanto, as grandes linhas de força da tese de Schmidt permanecem válidas na sua essência. O que o grande penalista e médico alemão pretendia pôr em destaque era a natureza eminentemente humanitária e social da actividade médica destinada precipuamente a salvar vidas e a aliviar o sofrimento humano. [...] o médico assume a posição de garante pela evitação do resultado típico, ao assumir efectivamente o tratamento do doente, independentemente da configuração, validade ou eficácia de qualquer negócio jurídico. [...] Para Silva Sánchez não restam dúvidas de que, nem pelo prisma da política criminal, nem pelo prisma dogmático, seria aceitável tornar garantos, os médicos, da vida ou da saúde das pessoas que tais profissionais não se comprometeram especificamente a tratar. Seria uma incomportável carga sobre os médicos que estenderia a responsabilidade destes a limites absurdos e inaceitáveis. A questão está em saber quando é que tem início a assunção efectiva do tratamento, o que vale por dizer, qual o *terminus a quo* do dever de garante ou, colocada a questão de outro modo, o que significa afinal a "assunção efectiva".<sup>245</sup>

No Brasil, João Bernardino Gonzaga, estudioso da violação de segredo profissional, na ordem normativa jurídico-penal, apresenta algumas considerações sobre a omissão do médico e o crime tipificado no artigo 154, do Código Penal:

Estivemos até agora cogitando de formas ativas de revelar segredos. Poderá também, indaga-se, cometer alguém este crime mediante omissão? A resposta será afirmativa, desde que se apresente, para o imputado, o dever jurídico de custodiar o segredo, impedindo que terceiros nele penetrem. No mundo normativo, como base para a responsabilização penal por certo malefício, não importa somente indagar se alguém causou efetivamente o evento típico; mas sim se este deve ser juridicamente atribuído a comportamento seu. Por isso, junto aos crimes de ação, temos a categoria dos chamados comissivos por omissão, ou delitos impropriamente omissivos, nos quais o *non facere quod debetur* que acarreta a imputação do resultado sobrevindo em consequência da eficácia causal de forças estranhas ao sujeito. Complexa, em tais casos, é a análise, porque se exige então que, dentro da tipicidade, exista dissonância entre a inércia do omitente e um dever de impedir o resultado. Esse dever é pré-penal, e tem como fonte alguma norma jurídica, de Direito público ou privado, bem como sentença judicial ou ordem legítima de superior hierárquico; ou, ainda será originário de conduta precedente do sujeito, inclusive consistente na feitura de um contrato, consuta essa que o coloque no posto de garantidor de determinado bem jurídico. Na última hipótese, observa-se que a ação precedente não pertence ainda à economia do crime, ou por ser atípica, ou porque, ao exercê-

<sup>245</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. op. cit., p. 130-136. Transcrevemos, ainda, os seguintes comentários constantes desta obra, no tocante a Eb. Schmidt: "Notável é a obra de Eb. Schmidt *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, verdadeiro tratado pioneiro em matéria de direito penal médico. Também digno de menção é o seu estudo, com o título idêntico, inserido na obra de Albert Ponsold, *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*. Existe tradução espanhola da obra de Ponsold intitulada *Manual de Medicina Legal*, onde o estudo de Eb. Schmidt, *El Médico em el Derecho Penal* ocupa 68 páginas." Vide, ainda: SOUZA, Fernando Costa e. O futuro da clínica geral. *Revista da Ordem dos Médicos*, Lisboa, p. 14, jan. 1992.

la, o agente não procede com culpa (*lato sensu*) quanto ao evento. Sua exclusiva eficácia é fazer surgir, para a pessoa, a consequente obrigação de tentar impedir os efeitos ilícitos para cujo nascimento assim colaborou, de modo que, violando tal obrigação, sua posterior conduta omissiva, culpável, se enquadrará na lei penal. Ora, no crime em exame, tudo isso pode perfeitamente ocorrer. Há situações em que o segredo é compulsoriamente depositado nas mãos do sujeito, em decorrência de imperativo legal, determinação judiciária ou administrativa, e ele precisa então por aquele segredo zelar. São casos de perícias, de exames médicos obrigatórios, de tutelas, de curatelas, dos confidentes necessários postos pelo Estado em seus hospitais, prisões, quartéis, etc. O dever, agora, não se cinge a abster-se o agente de entregar a outrem os dados que conhece, mas poderá tocar-lhe também o encargo de manter esses dados fora do alcance de terceiros. Então, se dolosamente não o faz, e deixa que alguém os devesse, caberá falar em ofensa ao art. 154, por atitude negativa. Frequentes vezes, a conduta precedente surge representada por um pacto. Quando o cliente confia ao profissional seus informes íntimos, haverá de parte do confidente a pelo menos implícita assunção de dupla obrigação: não revelar a outrem o segredo; e cuidar para que o mesmo fique bem guardado. Ou, por fim, mesmo na ausência de qualquer contrato. Se o sujeito está legitimamente na posse de alheio segredo, que não pode revelar; se, a seguir, pratica algum ato não doloso, de quem advém perigo de divulgação – no momento em que disso apercebe lhe cumpre tomar as providências cabíveis para evitar o mal. É o que sucederá, *e.g.*, no caso do médico, do advogado, etc., que, por mero esquecimento, deixam sobre a mesa, em lugar frequentado, uma pasta contendo papéis sigilosos; ou que se retirem do local de trabalho sem fechar o arquivo com os segredos dos clientes. Em todas essas situações, no momento em que atenta para o perigo desencadeado, o sujeito não se pode manter inerte. Se se mantiver, dolosamente, e o segredo por isso acabar sendo descoberto, será através de tal omissão que irá infringir o disposto no art. 154. Até o silêncio pode tornar-se um meio de praticar o crime. Diante de certas perguntas embaraçosas, o mutismo do confidente equivalerá à tácita aceitação da veracidade do indagado. Se as respostas evasivas não bastarem então para conjurar o perigo, diremos que, curiosamente, em tais conjunturas ficará o profissional diante de um dever de mentir. É o que também afirmam os moralistas. O art. 154, como vimos, se contenta em reprimir o ato de revelação do segredo a terceiros. Não acrescenta segunda hipótese, que foi também contemplada em outros países. O Código italiano, após mencionar o caso do sujeito que revela segredo, prossegue – ‘ou o emprega em proveito próprio ou alheio’. Igual acréscimo aparece no recente Código da Somália (art. 478); e, mais sinteticamente, no art. 194 do projeto Eduardo Correia: ‘Quem, sem consentimento de quem de direito, revelar ou se aproveitar de um segredo...’ Igualmente o Código Canônico proíbe ao confessor ‘fazer uso, com gravame para o penitente, dos conhecimentos adquiridos pela confissão’ (Cânon nº. 890, §1º). Há portanto uma lacuna em nossa lei. Numa e noutra hipótese, de revelação ou de aproveitamento do segredo, encontramos a mesma infidelidade, o mesmo abalo da pública confiança na categoria profissional a que pertence o agente; existem idêntica má-fé, igual possibilidade de prejuízo para a vítima, – todos os motivos, enfim, que aconselham a incriminação. Muitas vezes, até, a injustificada utilização do dado sigiloso é mais torpe, visto que o profissional se vale da confiança nele depositada para obter vantagem à custa do paciente. [...] Ressalvemos entretanto que se o que faz o sujeito é passar a notícia a um terceiro, para que dela tire benefício, então nossa lei o apanhará: não pelo aproveitamento em si

do segredo, por aquele terceiro, mas pela revelação que a este fizera o confidente.”<sup>246</sup>

### 4.3 Conduta médica punível e o segredo médico

Já é recuado o tempo<sup>247</sup> em que eram analisados os fundamentos do segredo médico, na relação pessoal de confiança na ética clínica<sup>248</sup>, entre médico e paciente, cuja revelação<sup>249</sup> resultava em questionamentos do comportamento médico a ser penalmente responsabilizado.

<sup>246</sup>GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*, cit., p. 155-158.

<sup>247</sup>Sobre a evolução e o panorama da Medicina em determinada época, no curso dos fatos históricos, analisando o processo científico, vide: BURCKHARDT, Jacob. *Réflexions sur l'histoire du monde*. Version française. Buenos Aires: Janos Peter Kramer, 1943. E, ainda: “Para melhor assimilarmos o sentido da evolução da medicina não seria errado ter presente certas manifestações que incidem ao longo do curso dos fatos históricos em geral, e indagar se, no caso ora em apreço, ocorrem igualmente com maior ou menor clareza ou, ao contrário, acham-se de todo ausentes. Essa cogitação vem a propósito ao recordarmos a identificação, formulada por Burckhardt, de três eventualidades históricas peculiares: 1 – as rupturas ou crises; 2 – os movimentos pendulares, e 3 – o surgimento de vultos de exceção como frutos de períodos preparatórios à sua eclosão. As rupturas manifestam-se sob a forma de alterações bruscas na ordem social, econômica ou doutrinária, tal como acontece com as mutações dos seres vivos. Na fase inicial das crises, é sobretudo o lado negativo e acusador que mais sobressai, as falhas do passado misturam-se com os temores de um futuro incerto, diz Burckhardt. Há, contudo, o lado positivo capaz de vencer as resistências e de implantar de modo definitivo as conquistas feitas. O movimento pendular que sucede às rupturas nasce das reações tendentes a restabelecer situações ou convicções arraigadas pelos hábitos ou pelas conveniências. São retornos parciais e saudosistas destinados a esmorecer até, ao mais ou menos retardado, desaparecimento. A terceira circunstância, reconhecida por Burckhardt, refere-se ao modo como as forças do passado e do presente se cristalizam para determinar a existência individual de grandes homens que surgem como expressão do momento histórico.” OLIVEIRA, Antônio Bernardes de. *A evolução da medicina*: até o início do século XX. São Paulo: Livr. Pioneira Ed.; Secretaria de Estado da Cultura, 1981. p. 343.

<sup>248</sup>“O acto médico é um acto ético e apresenta-se como um fenómeno social total, como um lado humano, uma componente técnico-científica, alguns aspectos jurídico-administrativos, real responsabilidade económica, modo de conhecimento prático, arte de juízo prudencial. Mas acima de tudo é um singular encontro com o Outro fragilizado pelo sofrimento e dependente pela doença. A esta complexidade de estruturas acresce evidentemente o carácter inelutável de incertezas e estocasticidade das decisões médicas.” MARQUES, Manuel Silvério. *O espelho declinado*: natureza e legitimação do *acto* médico, cit., p. 281.

<sup>249</sup>Em 1859, o doutrinador italiano Francesco Carrara (1805-1888) abordava, magistralmente: “Revelación de secretos: El título de *revelación de secretos* presenta, em la ciencia y en las legislaciones contemporáneas, diversas formas que son tan diferentes en su esencialidad, que mejor puede decirse que constituyen otras tantas *especies* enteramente distintas de delito, las cuales, si bien se expresan accidentalmente con idéntica materialidad de palabras, nada tienen de común la una con la otra en sus respectivas condiciones jurídicas. [...] existe en el hecho del que, em virtud de una profesión especial (médicos, cirujanos, parteras y otros), y habiendo llegado a conocer un secreto que interessa al honor de una persona o familia (enfermedades secretas, gravidez ilícita), lo haya divulgado al público. El resultado de tales hechos, que siempre causan un detrimento al honor, indujo a algunos criminalistas a colocar precisamente a este delito entre los delitos contra el honor. Pero se percibe con evidencia la inexactitud de esa colocación, porque el médico o la partera que divulga el secreto adquirido por la necesidad de sus funciones, no actúan con el fin de quitar a otros el honor, sino, de ordinario, por ligereza o imprudencia. Ahora bien, siendo indudable [...] que es condición esencial de los delitos contra el honor el *animus injuriandi*, es claro que esa objetividad no puede adaptarse a la revelación de un secreto. Si en algún caso especial resulta que el médico ha actuado con malvado espíritu difamatorio, la revelación del secreto cesará de ser la circunstancia característica del

Na história do Direito Penal, o estudo dos pressupostos da responsabilidade criminal, tratando da conduta médica punível no crime de violação de segredo profissional, apresenta especificidades decorrentes do ato médico, não comuns a outras atividades profissionais, conquistando contornos que na época atual lhe conhecemos.

Na Medicina, ciência que tem como intuito a preservação de bens valiosos ao ser humano, como a vida e a saúde, o ato médico é envolvido por vigorosa carga emocional, diante da fragilidade de pacientes, familiares e amigos, cujo resultado nem sempre atende às expectativas. O médico fica compelido à responsabilização penal, na presença do ceticismo gerado, dos questionamentos e indefinições, que não poucas vezes, são exploradas pela mídia, sob o pretexto de informar. Neste contexto dinâmico do ato médico, surge a premente questão do sigilo médico profissional.

As proposições que unem o Direito à Medicina<sup>250</sup>, e a recíproca é verdadeira<sup>251</sup>, constituem diálogo abrangente, envolvendo, dentre outros temas, a ética médica, bioética, biotecnologia, genética, confidencialidade e a responsabilidade penal.

hecho, y se tendrá una verdadera y propia difamación agravada por la circunstancia de haberse traicionado la confianza. Si la revelación de los secretos, en vez de calificarse como *delito*, se calificase como *transgresión* [...] entonces estaría bien que esa transgresión, en algunas de sus configuraciones, se pusiese en la clase de las transgresiones contra el honor, porque es regla fundamental [...] la de que no requiriéndose en las transgresiones el ánimo dirigido a la violación de un derecho, no pueden ellas deducir su índole del derecho atacado, sino del bien que se há puesto eventualmente en peligro. Pero, mientras se quiera considerar como delito la violación del secreto, no se puede deducir la clase del mismo de una consecuencia accidental a la cual no se dirigió la intención malvada del agente. Y tan cierto es esto, que a la esencia de este delito no le es necesario que el secreto haya sido divulgado y hecho notorio, sino que basta que haya sido manifestado aun a una sola persona confidencialmente. Por eso, con toda exactitud, se da a este delito el nombre de *revelación* en vez del de *divulgación* de secretos.” CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Traducción de la 11. ed. italiana dirigida por Sebastián Soler, con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Rodamillans, 2010. v. 2, p. 421-424.

<sup>250</sup>“Estas são breves anotações de uma viagem sobre os territórios do Direito e da Medicina [...] A responsabilidade de adentrar nessa imensa seara de interrogações, cujas premissas sequer estão estabelecidas por completo, fez desde logo ver seus melindres e sua delicadeza. [...] No diálogo entre o Direito e a Medicina há longo caminho a percorrer sob a luz da interdisciplinaridade. [...] Esse enfrentamento requer, isso sim, enfoques plurais, eis que será encontrado na interdisciplinaridade o terreno mais apto para compreender as *décalgas* entre direito, ética e biotecnologia. [...] Oscilamos entre dois compromissos pouco sutis: de um lado, o da lógica da liberdade individual e, de outro, o da utilidade exterior, esta marcada pelo avanço da medicina, na pesquisa, na competição laboratorial internacional, nos interesses econômicos das empresas de saúde e assim por diante. Consoante já se registrou, o direito biomédico não satisfaz completamente as necessidades de certeza que os investigadores sentem. Ainda assim, assentou-se, ele já prestará um bom serviço se conseguir estabelecer um quadro jurídico onde coexistam o progresso científico e a dignidade dos homens.” FACHIN, Luiz Edson. Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 13-19.

<sup>251</sup>“O exercício da medicina é uma das atividades profissionais que mais gera polêmica, à medida que a sociedade vai se sofisticando e avançando, seja do ponto de vista tecnológico, seja do ponto de vista institucional. Muitos são os modelos e as respostas para um sistema que regule a prática profissional, no sentido de coibir os abusos, punir os atos de má-fe e garantir algum nível de segurança ao cidadão que busca atendimento médico. Entretanto, o sistema ainda deixa muito a desejar em suas propostas de

De fato, para o suporte de um juízo de responsabilização criminal<sup>252</sup>, necessário se fez a análise do precioso contributo do bem jurídico, para darmos sequência com o conceito jurídico de crime e a teoria do delito<sup>253</sup> e, de um modo especial, a questão do consentimento do paciente, como expressão de sua autonomia e vontade. Para o efeito de responsabilização criminal, avulta a inquietude em delimitar, rigorosamente, o conceito jurídico de crime, cuja evolução acompanha a da própria penologia<sup>254</sup>.

---

promover o estado de direito nesse campo. Com certeza, um dos fatores que mais contribui para o insucesso é a grande carga simbólica e subjetiva que se forma sempre que um indivíduo busca um médico visando a algum tipo de tratamento, aconselhamento ou diagnóstico. [...] A realidade é que, sempre que uma pessoa busca um médico na posição de paciente, forma-se um arcabouço simbólico, onde muitos traços de necessidades primitivas do ser humano vêm à tona, influenciando a percepção da realidade e que podem influenciar os processos e as ações decorrentes do tratamento. Sem uma compreensão mais profunda desse conteúdo simbólico e das forças que ele mobiliza, fica muito mais difícil a caracterização dos papéis dos protagonistas das eventuais situações profissionais que estão sendo julgadas, assim como a identificação do dolo ou da falta de responsabilidade profissional.” BOTSARIS, Alex. Aspectos subjetivos da medicina aplicados ao direito. In: ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de; NIGRE, André Luis (Coords.) *Direito e medicina: um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 443-444.

<sup>252</sup>Además, no se requieren particulares condiciones en la materialidad ejecutiva del presente delito. Lo mismo da naturalmente que la revelación se haga *verbalmente*, o por medio de escritura, o por cualquier otro *signo* de expresión del pensamiento. Forma parte, sin embargo, de los criterios *esenciales* de este maleficio el que se trate de un *secreto*. Por eso, si el médico ha hablado de hechos que hayan llegado a ser notorios en ocasión de un proceso, falta la base principal para la acusación de revelación culpable. Además, es condición de este delito la *cualidad personal* del delincuente. El médico, farmacéutico, partera, notario o abogado a quien se quiera imputar el presente título delictivo, deben estar habilitados para ejercer con arreglo a los métodos descriptos por las leyes. Si ejercen ilegalmente, se harán culpables de la transgresión especial [...] de ejercicio abusivo de una profesión; pero no podrán ser responsables de los secretos divulgados, excepto cuando en su conducta concurren los elementos de la injuria.” CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, cit., p. 428.

<sup>253</sup>“Todo o Direito Penal alicerça-se sobre o binômio *delito e pena*. [...] Sob o ponto de vista da técnica jurídica, a elaboração da teoria do delito constitui a parte mais interessante da nossa disciplina [...]; o campo do pensamento, contudo, é aqui constantemente agitado, tornando sempre a surgir *incertum studia in contraria!* E é exatamente do contraste de opiniões que surge forte impedimento para a simplificação e o esclarecimento. Em qualquer ciência, são exatamente os conceitos fundamentais que põem mais do que os outros em prova o engenho dos estudiosos. [...] Os autores estão em geral concordes na definição do ‘delito’; as divergências surgem, quando se trata de estabelecer seus elementos. É ponto pacífico para todos o fato de não ser o delito entidade simples, mas composta de vários elementos. Mas quais e quantos seriam esses elementos? Eis a questão. [...] A queixa endereçada aos penalistas, no sentido de negligenciarem a *teoria geral do direito*, deve ser considerada *cum grano salis*. Não é de se crer que a dogmática do Direito Penal seja mais perfeita, quanto mais conseguir *generalizar, a todo o custo*. Mais perfeita é a dogmática do direito penal que reconstrói o *pensamento da lei penal*, da maneira mais lógica e mais útil na prática. Somente a observância desse critério deve servir de base para a avaliação do resultado do trabalho científico cumprido: e não a maior unificação dos conceitos jurídicos em si mesmos.” BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. Notas de Euclides Custódio da Silveira. São Paulo: Saraiva; Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. v. 1, p. 121-124. Vide, ainda: ARGNANI, Paula Inés. *Responsabilidad penal del médico*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

<sup>254</sup>“Por mais longe que caminhemos na história, a penalidade aparece adaptada da sua organização e formas, à organização e às formas das sociedades. Mas por toda a parte e sempre, ela se manifesta como uma *reação social contra os atos antissociais*. Esta reação, constatamo-la em cada fenômeno da natureza. Aparece enérgica, e violenta nas relações dos homens entre si. É uma lei da existência mesma. Quando os primeiros homens reunidos em sociedade perseguiam até à morte um assassino, da mesma maneira que um animal perigoso, obedeciam a esta lei, lutando pela *vida social* como pela própria existência. Antes de tudo esta reação é cega, sem medida, e sob qualquer forma que se manifeste, inconsciente do seu fim. Mas

Também, dita evolução está alicerçada nos estudos da criminologia<sup>255</sup> e na conceituação de pena<sup>256</sup>, em reação inicialmente de natureza privada, que

---

apenas o Estado toma a direção desta força, a *ação do instinto* transforma-se em ação da vontade. O Estado adapta a repressão ao fim que tem vista, e o progresso consiste não em fazer suprimir o *sofrimento* que é a essência da pena, mas em *utilizá-lo* no interesse comum do delinquente e da sociedade, considerando-o como um meio e não como um fim. As funções da pena e os meios de a utilizar formam o objeto da *penologia* ou ciência penal.” GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Ed., 2003. v. 1, p. 19.

<sup>255</sup>“Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes. O estudo dos criminosos e de seus comportamentos é hoje um campo fértil de pesquisas para psiquiatras, psicólogos, sociólogos e antropólogos, bem como para os juristas. Nas diferentes esferas de investigação muitos escreveram sobre o comportamento antissocial como se fosse sempre, ou em geral, atribuível a anormalidades da personalidade, constitutivas ou adquiridas. No entanto, o profissional da área médica, hoje, tem limitado sua observação aos infratores que sofrem de distúrbios com sintomas inequívocos. Estes são uma minoria, ainda que se incluam dentre os ‘distúrbios antissociais da personalidade’. [...] Assim, as ciências humanas, dentro da vasta gama das ciências autônomas relacionadas com o crime (sociologia criminal, antropologia criminal, psicologia e medicina forense, psiquiatria criminal etc.), consubstanciam-se naquilo que se pode denominar da vasta visão de ciências criminais, que se integram em um único bloco do conhecimento. Daí por que, nos tempos que correm, cada uma dessas modalidades de conhecimento pode aspirar a certa autonomia, e a dogmática penal não há de ter uma ascendência sobre as demais formas de estudo da criminalidade, ainda que venha a conservar características próprias, diferenciadoras dessas paralelas formas de conhecimento.” SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37-40.

<sup>256</sup>“Pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime. É da sua essência o caráter aflitivo e retributivo. É aflitiva no sentido de que consiste na privação ou restrição de bens jurídicos fundamentais do criminoso. Em si mesma é um mal necessário que se opõe ao mal do delito e em que se exprime a reprovação da ordem de Direito. É retributiva porque posta em correlação, na sua qualidade e quantidade, com a grandeza do crime e o grau da culpabilidade do agente. Do fato de ser ela um mal com que a ordem jurídica responde ao mal praticado pelo delinquente resulta que há de ser proporcional à gravidade do próprio crime. Essa proporcionalidade começou por consistir em dano igual ao que o agente causava, na grosseira equipolência da medida do talião, em que ainda Kant apoiava a sua justiça punitiva, mas terminou por tomar o aspecto de uma correlação de valores, um mal que equivallesse ao mal causado, sem aquele material e rigorosa igualdade de dano. Mas a pena do Direito moderno não é só retribuição e aflição, mal com que o Estado ameaça o possível infrator da norma e o faz, uma vez tornado criminoso, expiar o seu delito. Alargou-se nos seus fins, assim como, naturalmente, no seu conceito. De meio de expiação do crime, passou a ser também instrumento prático de luta contra a criminalidade, buscando preveni-la por ação geral sobre todos e especial sobre o próprio delinquente. Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminosos.” BRUNO, Aníbal. op. cit., t. 3, p. 7-8. Ressalte-se, na tarefa hermenêutica, que as disposições legais em referência ao médico, aqui mencionadas, particularmente a notificação compulsória de doenças, foram recepcionadas e estão em conformidade com o nosso ordenamento constitucional: Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais): Capítulo VIII - Das Contravenções referentes à Administração Pública: Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente: I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação; II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal: Pena – multa; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências): Título VII – Capítulo II – Das Infrações Administrativas: Art. 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

progressivamente assume natureza pública, percorrendo os caminhos da vingança, do princípio do talião, da composição e da responsabilidade subjetiva, presente, profundamente, na dissertação do célebre Nelson Hungria:

*Sub specie juris*, e em sentido amplo, crime é o *ilicito penal*. Mais precisamente: é o fato (humano) típico (isto é, objetivamente correspondente ao descrito *in abstracto* pela lei), contrário ao Direito, imputável a título de dolo ou culpa e a que a lei contrapõe a pena (em sentido estrito) como sanção específica. É de enjeitar-se, categoricamente, pelo menos em face do direito positivo, a inclusão da *periculosidade* subjetiva no conceito do crime, segundo pretende a chamada *teoria sintomática* (Tesar, Kollmann etc.), que vai ao ponto de subordinar a importância *realista* do crime (como efetivo ataque a bens ou interesses juridicamente tutelados) à sua importância *sintomática* (no sentido da periculosidade do agente). O reconhecimento de um fato como crime independe da periculosidade de quem o pratica. Entendida como “probabilidade de reincidência”, a periculosidade não funciona, sequer, como critério de medida da pena. Na definição formulada acima, encontram-se fixados todos os *sinais* que, a nosso ver, devem ser distintamente considerados (segundo a *teoria realística*) na análise técnico-jurídica do crime: *fato típico*, *injuridicidade* (ilicitude jurídica), *culpabilidade*, *punibilidade*. O fato típico e a culpabilidade constituem, respectivamente, o *elemento material* (exterior, objetivo), e o *elemento moral* (psíquico, subjetivo) do crime: a injuridicidade é a sua própria *essência*, e a punibilidade, a sua *nota particular*. Advirta-se logo, porém, que não estamos em *zona pacífica*. A conceituação jurídica do crime é ponto culminante e, ao mesmo tempo, um dos mais controversos e desconcertantes da moderna doutrina penal. No esforço para uma requintada construção dogmática (a chamada “teoria jurídica do crime”), multiplicam-se, notadamente a partir de Beling, lucubrações de lógica meticulosa, que, por vezes, se apresentam tão grávidas de sutilezas, de *atomizações* analíticas, que acabam abastardando a ciência jurídico-penal num abstracionismo difuso, confuso e infecundo. Para encontrar-se caminho transitável por entre o *nevoeiro* formado por um exasperado tecnicismo jurídico, o *roteiro* traçado acima parece-nos o mais aconselhável.<sup>257</sup>

Posto isto, o segredo médico faz parte da medicina esportiva, em que nas mais diversas situações, dentre as quais, o *doping*, o método médico e a ética médica se entrelaçam, na análise da conduta médica punível, envolvendo o tratamento terapêutico e a não discriminação, no tocante às questões de intimidade e privacidade. Registre-se, neste aspecto, as seguintes considerações:

O ordenamento jurídico brasileiro não conhece, portanto, uma punição autônoma do doping esportivo, existindo apenas dispositivos disciplinares em vigência. Vale dizer, não houve ainda reunião de esforços para tratar especificamente o problema do doping, havendo apenas disposições penais tradicionais que, eventualmente, poderiam chegar à punição penal de algum caso. Assim, a não ser que se considerem as regulações disciplinares ou os tipos penais tradicionais como suficientes, o doping como problema

<sup>257</sup>HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Atualizador René Ariel Dotti, cit., v. 1, t. 2, p. 3-4.

especificamente jurídico-penal deve ser pensado como um problema legislativo, como um *problema de lege ferenda*. Diante dessa situação jurídica, é de se pensar quais são, então, as questões que devem ser abordadas no debate a respeito da suposta criminalização do doping. *Dogmaticamente* é preciso discutir como seria possível construir um tipo penal autônomo que o punisse. *Político-criminalmente* é preciso discutir se bastam as medidas e disposições disciplinares e penais vigentes, levando sobretudo em conta a ideia de subsidiariedade do Direito Penal e a necessidade de respeito à autonomia do esporte. Aqui se tornam relevantes também aspectos pragmáticos e processuais penais relacionados a um suposto tipo penal específico. Na presente sede, trata-se apenas de apontar os problemas, cuja efetiva solução deve ser encontrada num momento posterior.<sup>258</sup>

A assertiva se sustenta, igualmente, quando se analisa o tema dos ensaios clínicos, cuja importância mundial reside nos seguintes aspectos, no entendimento do doutrinador português José de Oliveira Ascensão:

A introdução de medicamentos no mercado é precedida da realização de ensaios clínicos. Embora por vezes se distinga *ensaio* e *experimentação*, dando-se a esta um sentido pejorativo, a Declaração de Helsínquia, que como veremos é fundamental neste domínio, não o faz, nem a nós parece conveniente fazê-lo. Distinguem-se também estes ensaios dos pré-clínicos. Os clínicos são realizados em seres humanos, pressupondo o que se apurou já mediante experimentação em animais (ensaios pré-clínicos). Os ensaios em humanos apresentam-se como indispensáveis. Neles podem distinguir-se várias fases: 1ª fase: ensaios de toxicidade, segurança e eficácia. São feitos sobre pequenos grupos de pessoas e em doze reduzidas. Incidem, pelo menos em princípio, sobre pessoas saudáveis, para conhecer os efeitos duma fórmula farmacêutica. Representam uma “ferramenta de estudo do medicamento”. Procuram também determinar a dosagem tolerada. 2ª fase: ensaios de controle da eficácia terapêutica. [...] 3ª fase: ensaios em grande número de pessoas, o que permite detectar efeitos mais raros. Havendo já medicamento conhecido, procede-se por confronto com esse medicamento; sendo totalmente inovador, o confronto faz-se com indivíduos a quem se administra placebo. Neste último caso, o participante desconhece se lhe foi administrado o medicamento ou placebo. O ensaio pode ser duplamente cego: o próprio investigador pode desconhecer a quem foi administrado placebo. Paradoxalmente, o placebo pode produzir efeitos, que não devem

---

<sup>258</sup>LEITE, Alaor. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Doping e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16. Ainda, na mesma obra Claus Roxin afirma: “ Nos dias de hoje, as competições esportivas apresentam-se como uma das formas mais importantes de lazer. Elas conseguem mobilizar um número maior de pessoas do que eventos religiosos ou políticos. Para os cidadãos, habilidades esportivas são também um caminho privilegiado para a fama e o bem-estar. Mesmo quando o cidadão é de origem humilde e não se destaca por especiais atributos intelectuais, pode ele por meio do sucesso no esporte tornar-se mais famoso e rico que o mais erudito dos professores universitários. Entendida a questão nestes termos, torna-se compreensível que muitas pessoas, para alcançar recordes esportivos, lancem mão de todos os meios possíveis, inclusive daqueles considerados danosos à saúde e/ou desleais. *A utilização de meios proibidos de aumento de rendimento com o fim de obter vantagens em competições esportivas chama-se doping*. A pergunta sobre se deve o Estado atuar e, em caso afirmativo, de quais meios deve ele lançar mão contra a difundida prática do doping, é um dos atuais problemas jurídicos que aguarda, ainda, uma solução.” ROXIN, Claus. *Doping e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31-32.

ser atribuídos ao produto em si, que é inerte, mas à reação psicológica de quem crê que lhe está sendo administrado um medicamento melhor. A administração de placebo deve também ser consentida. [...] Concluída a pesquisa com êxito, passa-se à autorização administrativa da comercialização do medicamento. Entra-se então numa 4ª fase, a da farmacovigilância [...] Os dados relativos aos ensaios clínicos são transmitidos às entidades administrativas competentes para justificar a aprovação da comercialização dos produtos farmacêuticos correspondentes. Passam então a constituir documentação do setor público. O princípio atualmente já estabelecido e em expansão crescente é o da disponibilização tendencial dos dados do setor público. Permite-se mesmo a reutilização destes por qualquer pessoa, quando não houver razão particular para os manter reservados. As empresas de medicamentos de referência pretendem essa reserva. Invocam os grandes investimentos que estão na sua base (o que é quase sempre verdade) para mantê-los secretos. O Acordo ADPIC ou TRIPS contém uma disposição que tem sido apontada neste sentido. O art. 29/3 determina que os dados não divulgados, referentes a ensaios clínicos ou outros cuja obtenção envolva um esforço considerável, serão protegidos “contra a divulgação, exceto quando necessário para a proteção do público, ou a menos que sejam tomadas medidas para garantir a proteção dos dados contra qualquer utilização comercial desleal”. Com esta base, tem-se propugnado o exclusivo ou a reserva dos dados. Mas a base é obscura e insuficiente. O preceito respeita expressamente à concorrência desleal, não a direitos exclusivos. Por isso, há países que instituem a reserva dos dados e outros não. Semelhante reserva não resultaria da patente, que se limita a dar o exclusivo por tempo limitado de exploração da invenção. Findo esse exclusivo, o titular está pago. Impor um novo exclusivo, cujo objeto seriam os dados dos ensaios clínicos, representaria uma medida exorbitante anticoncorrencial, que iria contra o direito à informação e o interesse público na difusão do conhecimento. No caso do Brasil, nada encontramos na lei que o estabeleça. O Decreto n. 1355, que incorporou o ADPIC/TRIPS, reproduz simplesmente a disposição. Se o art. 39/3 do ADPIC é por si insuficiente para fundar uma reserva de dados, a reprodução do texto na lei interna nada altera. Os inconvenientes do segredo são muitos, nomeadamente pelo obstáculo colocado ao ensino e à pesquisa científica a partir dos resultados desses ensaios clínicos, que são o aspecto a que nos limitamos. O segredo sobre esses dados: - se fosse relativo (por exemplo, durante o tempo de vida útil da patente ou do certificado suplementar de proteção) atrasaria o objetivo de interesse público de lançamento do medicamento genérico no mercado o mais cedo possível após a extinção da patente; - se fosse absoluto, como também se pretende, imporia que quem quisesse explorar o medicamento genérico tivesse de repetir os ensaios clínicos para obter não já uma patente, mas a autorização de lançamento no mercado. Esta consequência é eticamente inadmissível. Sobretudo, porque isso implicaria o desperdício de uma atividade empresarial a que está necessariamente associado o risco para as pessoas que seriam submetidas aos ensaios clínicos. A criação de um risco arbitrário e evitável, só por si, bastaria para condenar semelhante pretensão. Isto significa que os medicamentos genéricos não estejam submetidos a uma autorização de introdução no mercado. Mas no que respeita a estes, basta provar a bioequivalência ao medicamento de referência, o que é muito mais simples e reduz os muitos anos que seria necessário gastar para repetir todo o itinerário dos ensaios que o medicamento de referência deve ter por base.<sup>259</sup>

---

<sup>259</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Ensaios clínicos: ponderações ético-jurídicas. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 277-283. Vide, também, sobre a atividade dos biobancos em pesquisas com seres humanos: “A palavra

A inviolabilidade dos segredos do paciente é tutelada jurídica e penalmente, sendo que o direito de dispor do segredo é atribuído, geralmente, ao portador do segredo, o qual possui o direito de resguardar do conhecimento de terceiros, certas condições pessoais, por serem inoportunas, assegurando, assim, a indiscrição.

Importantes considerações, em termos de quantidade e relevo pragmático, são transmitidas pelo doutrinador Manuel da Costa Andrade, quando analisa o direito positivo de seu país, em que a experiência jurídico-penal portuguesa, em matéria de consentimento, é marcada pela conflituosidade entre a codificação legal e o entendimento jurisprudencial:

O que mais avultará numa primeira aproximação do direito português vigente em matéria de consentimento penalmente relevante – aqui e por enquanto tomado no seu sentido mais compreensivo e, por isso, mais impreciso – é a extensão e desenvolvimento do pertinente regime positivamente codificado. [...] Para além de consagrar expressamente um instituto do *Consentimento*, definido como *causa de justificação* e como tal inscrito no capítulo que na *Parte Geral* regulamenta as *Causas que excluem a ilicitude* [...], o Código Penal português abunda em incriminações típicas em que o consentimento, *rectius* a falta de consentimento, constitui elemento integrante da correspondente factualidade típica. O propósito de enfatizar a sua pertinência ao “sistema” das causas de justificação levou o legislador português a privilegiar o regime do *Consentimento do ofendido* para verter dispositivos que relevam de um ordenamento geral das causas de justificação. [...] Pela sua índole tendencialmente global e contínua, esta disciplina legal da problemática do consentimento singulariza a ordem jurídica portuguesa no panorama do direito comparado. No contexto dos ordenamentos de maior continuidade e comunicabilidade são, com efeito, raros os Códigos Penais [...] que levam à Parte Geral um regime de consentimento integrado na constelação das causas de exclusão do ilícito. A

---

‘biobanco’ é polissêmica. Tradicionalmente, seu significado liga-se à coleção de material biológico, seja humano ou de animal, para estudo e pesquisa e informações associadas. Alude-se à biobancos populacionais; biobancos de doenças específicas, como o câncer; biobancos genéticos; biobancos de DNA, estes também podendo ter finalidade forense; biobancos assistenciais, como os de sangue e córneas; biobancos de células e tecidos etc. Apesar de a palavra ser a mesma – biobanco –, cada tipo tem características específicas, correspondentes a objetivos e atividades também diversas. [...] A atividade de biobancos envolve diretamente os interesses dos sujeitos de pesquisa, atingindo, também – ainda que por via reflexa –, o interesse público (ou interesse da sociedade em geral). Por essa razão, as políticas adotadas têm sido objeto de particular discussão, notadamente, em seus aspectos sociais, jurídicos e éticos, seja por parte de pesquisadores, seja institucionalmente, por organizações internacionais. O núcleo das discussões volta-se a alcançar a padronização e/ou a harmonização, na medida do possível, entre os aspectos éticos, sociais e jurídicos, assim como na administração da atividade de biobancos. Trata-se de tarefa complexa, na medida em que muitas pesquisas, tais como as realizadas na área do câncer, na genética, na medicina molecular e translacional, devem ter um alcance global. Na falta de uma convenção internacional, é preciso buscar no interior dos particulares sistemas jurídicos os princípios e regras capazes de atuar como ‘materiais de construção’ para o regramento adequado da atividade dos biobancos, garantindo, concomitantemente, a sua eficiência e confiabilidade técnicas e a sua qualificação ética. [...] Escusado dizer que nenhuma ação ou omissão dos pesquisadores e gestores de biobancos pode ferir, direta ou indiretamente, o conjunto de valores e de garantias subsumido na expressão ‘dignidade da pessoa humana’ (CF, art. 1º, III), nem afrontar direito de personalidade, como o resguardo da privacidade, entendida em sentido lato (intimidade e vida privada). MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana. Os biobancos e a doação de material biológico humano: um ensaio de qualificação jurídica. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226-240.

maioria das codificações limita-se a algumas normas esparsas na Parte Especial, regulando aspectos parcelares do consentimento – por via de regra no âmbito dos atentados à integridade física – cometendo-se à elaboração doutrinal e jurisprudencial a construção de uma disciplina sistemática. [...] O quadro é radicalmente outro quando, em vez da *law in book*, se toma a *law in action* como terreno de comparação. É em vão que se buscam na jurisprudência portuguesa decisões a afrontar, de forma directa e pertinente, as questões nucleares da doutrina do consentimento. Enquanto isto, na Alemanha são praticamente de todos os dias e em número já dificilmente controlável os arestos dos tribunais superiores cobrindo, pode-se dizer, todas as áreas problemáticas envolvidas. No silêncio da lei, a jurisprudência tem em boa parte protagonizado, não raro com um discurso alternativo ao oferecido pela reflexão dogmática, o processo de decantação de um regime de consentimento, hoje relativamente estabilizado na experiência jurídico-penal germânica.<sup>260</sup>

Convém, tratar, ainda, no estudo da responsabilidade penal em decorrência da revelação de sigilo médico profissional<sup>261</sup>, que a problemática do consentimento<sup>262</sup> do paciente é uma causa de justificação<sup>263</sup> ou de exclusão de tipicidade<sup>264</sup>, registrando-se neste contexto particular, em Portugal:

<sup>260</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 11-12.

<sup>261</sup>Em 15 de janeiro de 2001, o então Governador do Estado de São Paulo, consentiu que seu médico revelasse a imprensa que tinha um câncer, que o levaria a morte em 6 de março do mesmo ano. Saliente-se, que o consentimento dado pelo paciente (Governador) isentou o médico de ser responsabilizado criminalmente pela revelação de sigilo profissional, ao excluir a tipicidade ou a antijuridicidade, conforme o entendimento doutrinário adotado.

<sup>262</sup>“A doutrina penal clássica dizia que o consentimento da vítima ora excluía a tipicidade [...], ora excluía a antijuridicidade. Essa propecta doutrina na atualidade deve ser revista. Entendida a tipicidade penal como tipicidade formal (dimensão fática e legal) + tipicidade material (dimensão normativa), impõe-se bem distinguir o efeito que o consentimento da vítima produz em cada caso concreto. Ele pode excluir: (a) a tipicidade formal (o lado fático da tipicidade) (parte da doutrina entende que aqui haveria a figura do acordo); (b) a tipicidade material (o lado axiológico da tipicidade material – nesse caso haveria o verdadeiro consentimento); ou (c) a antijuridicidade. Também pode ainda ser causa de diminuição de pena. [...] *O consentimento como causa supralegal de exclusão da antijuridicidade*: [...] Ocorre em relação a bens jurídicos muito relevantes. Teria o consentimento o efeito de excluir a antijuridicidade, porém, desde que concedido em algum contexto justificante. O médico que extrai um rim de uma pessoa, com seu consentimento, para salvar uma outra ou para melhorar a qualidade de vida de outra, pratica fato típico, porém, justificado. O rim não é um bem jurídico irrestritamente disponível. Sua ausência afeta seriamente a vítima. Logo, não basta só o consentimento da pessoa para afastar a responsabilidade penal. Mais que o consentimento, tudo depende do contexto fático global, isto é, da necessidade de se salvar outro bem jurídico (ou melhorar a vida de outra pessoa). Vale aqui a teoria do interesse preponderante. Para salvar a vida de uma pessoa (ou para melhorar sua condição de vida) retira-se um rim de uma outra.” GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal*: parte geral. Coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, p. 368-370.

<sup>263</sup>“É que as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal. Assim, por exemplo, como recusar-se efeito excludente da ilicitude ao *consentimento expresso do ofendido*, em relação a danos que atingem bens plenamente disponíveis?” TOLEDO, Francisco de Assis. op. cit., p. 171–172.

<sup>264</sup>“*Exclusão da tipicidade formal*: quando o tipo penal exige o dissentimento da vítima, expresso [...], havendo consentimento válido, não há dúvida que fica excluída a tipicidade, mais precisamente a tipicidade

**O Consentimento do Paciente – Pressuposto Basilar da Conduta Médica Juridicamente Adequada:** Pressuposto irrenunciável de toda actividade médica lícita, o consentimento juridicamente relevante do paciente é, sem qualquer sombra de dúvida, um tópico de proeminente relevância na área jurídico-criminal e, designadamente, no nosso ordenamento penal, como, de imediato, se passa a demonstrar. Efectivamente, como sublinha Gómez Rivero, “*desde que o paciente ‘confessa’ ao médico a sua sintomatologia e, através disso, faculta-lhe o acesso a seus dados íntimos, até que se submete ao tratamento prescrito, com o que se afecta o suporte material da sua própria existência – a sua integridade física -, ficam implicadas como em nenhuma outra actividade, as diversas vertentes da esfera mais íntima e pessoal do individuo*”. Como se sabe, nos textos atribuídos a Hipócrates de Cós, recomendava-se ao médico que escondesse tudo o que pudesse ao paciente, devendo mesmo desviar a atenção deste do que fazia e ocultando o prognóstico que formulará, o que ficou conhecido pela designação de *paternalismo médico*, fenómeno que subsistiu durante séculos e que, ainda nos dias que passam, pode dizer-se que não se dissipou de todo. A este respeito escreveu Fernanda Fragoso “*este paternalismo médico é ainda actualmente assumido por uma grande parte dos clínicos e pela maioria da população portuguesa. Com efeito, são raros os doentes que conhecem os seus direitos de questionar e autorizar o médico para a respectiva intervenção. Raros são os médicos que procuram informar e obter do doente o necessário consentimento. Conformados com a prática secular da sua missão de garante pela saúde e vida dos seus doentes, é-lhe estranha a ideia de partilhar com o doente as actuações que tecnicamente entendem prosseguir*”. Se isto é assim na prática quotidiana, já o mesmo não se pode dizer no plano legal, pois desde os anos 80, o consentimento informado ganhou merecido destaque na nossa legislação penal, tipificando a sua falta um ilícito penal de crime contra a liberdade pessoal, previsto no art.º 156º do Código Penal e punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.<sup>265</sup>

E, após a menção sobre a concepção dualista do consentimento<sup>266</sup>, sobre a posição do doutrinador alemão Stratenwerth, da autonomia pessoal como princípio regulador das causas de justificação, discorre o jurista português Manuel da Costa Andrade:

---

formal (porque não caracterizados todos os requisitos objetivos formais do tipo). [...] *Exclusão da tipicidade material*: quando se trata de bem jurídico disponível (mas não tendencialmente vital) e a vítima consente validamente há exclusão da dimensão axiológica do fato típico, isto é, da tipicidade material. Não há crime quando a vítima consente validamente (*Volent non fit iniuria*) e o bem jurídico é disponível. Para que o consentimento exclua a tipicidade neste caso são necessários os seguintes requisitos: (a) bem jurídico disponível [...]; (b) consentimento válido dado pelo titular do bem jurídico [...] (c) consentimento dado antes ou durante a conduta lesiva; (d) consciência do agente em relação ao consentimento.” GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. op. cit., v. 2, p. 369.

<sup>265</sup>RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. op. cit., p. 310-311.

<sup>266</sup>“Na doutrina penal contemporânea é invariavelmente o nome de GEERDS que aparece associado ao paradigma ainda considerado dominante, assente numa representação dualista do *consentimento do ofendido*, relevando já como causa de negação da tipicidade, já como autêntica causa de exclusão da ilicitude. Uma associação que se justifica, mas que não deve fazer esquecer a importância dos contributos de NOLL ou STRATENWERTH nem os daqueles autores que lograram o ambiente doutrinário que propiciou a emergência da doutrina de GEERDS. Com destaque para MEZGER ou SAUER e, de forma já mais distanciada, HONIG ou DOHNA. De forma mais ou menos explícita, todos os autores mencionados subscrevem uma concepção dualista do consentimento, distinguindo entre um consentimento que exclui a

STRATENWERTH procura assegurar uma nova e mais consistente fundamentação à arrumação dualista do consentimento penalmente relevante, a partir duma diferenciação referenciada logo em sede de estrutura axiológica e atenta ao significado das respectivas fenomenologias do ponto de vista da danosidade social. [...] Nesta linha, privilegia STRATENWERTH o conceito (e o princípio) de *autonomia pessoal*, que considera presente e relevante – se bem que em sentidos e graus diferentes – no regime da generalidade das causas de justificação. [...] Segundo STRATENWERTH, é a autonomia pessoal, *rectius* o atentado à autonomia pessoal – por via de regra, embora não necessariamente, expresso mediante a lesão de bens jurídicos ou interesses alheios – que dá sentido ao próprio conceito de ilícito penal. “O ilícito tem sempre o carácter de uma manifestação de desrespeito pelo outro como personalidade autónoma”. E isto porquanto é precisamente sobre o conceito e o princípio da autonomia pessoal que assentam quer a organização da “esfera ético-social preexistente ao direito”, quer a organização juridicamente estruturada da vida comunitária. Na verdade, argumenta o autor, é o imperativo de respeito ao outro, como portador de direitos iguais, que constitui a norma fundamental da convivência humana. Um imperativo que reclama igualmente o reconhecimento do outro como ser autónomo, responsável no âmbito da sua esfera de acção. E de que dimana a proibição de ingerência na esfera dos interesses alheios. [...] É, porém, o *consentimento* que configura, segundo STRATENWERTH, a área privilegiada de relevância de *autonomia pessoal*, como critério, fundamento e limite da correspondente eficácia justificativa. É, de resto, o sentido diverso do relevo normativo e axiológico da autonomia que postula uma compreensão dogmaticamente dualista no consentimento penalmente relevante. [...] Numa apreciação sumária, não deve, desde logo, passar-se por sobre o relevo reconhecido à *autonomia pessoal*. Matriz normal e óbvia da justificação do consentimento, a autonomia é igualmente tratada como tópico essencial para a compreensão no regime das demais causas de justificação. Isto, pese embora a circunstância de a mesma autonomia intervir nas diferentes causas de justificação com um peso desigual, uma subjetivação assimétrica e, sobretudo, com uma valência normativa de sentido nem sempre convergente. É o que o confronto entre, v.g., o *consentimento* e o *direito de necessidade* (agressivo) torna patente. No primeiro, a expressão eficaz da autonomia tem como consequência o recuo do ilícito penal e, *hoc sensu*, a frustração do

---

ilicitude e um consentimento que afasta a tipicidade. Isto sem prejuízo de divergências notórias, desde logo, no que toca à compreensão e extensão das áreas respectivas. [...] Foi GEERDS que cunhou a contraposição terminológica entre *Einwilligung* (*consentimento*) e *Einverständnis* (*acordo*), sob a qual continua ainda a travar-se discussão doutrinal. A ele ficou outrossim a dever-se o primeiro desenho sistemático de duas figuras jurídico-penais autónomas e divergentes, não só no estatuto sistemático-dogmático mas também, e sobretudo, na matriz normativa, e incomunicáveis nos pressupostos de validade e eficácia e nos correspondentes efeitos práticos-jurídicos. [...] Quase ao mesmo tempo que GEERDS, se bem que por caminhos diferentes e com percursos autónomos, votaram NOLL e STRATENWERTH penetrantes reflexões à problemática do enquadramento doutrinal do consentimento. E emprestaram ao modelo dualista uma consistência doutrinal que transcende a abordagem preferencialmente descritiva e ‘positivista’ de GEERDS. NOLL e STRATENWERTH não se limitaram a referenciar dois institutos distintos no seu significado jurídico-positivo. Eles procuraram, sobretudo, pôr a descoberto a diferenciada densidade político-criminal que está por trás dos dois regimes e pode justificar a sua autonomização recíproca. Como procuraram igualmente ancorar o regime e estatuto dogmático do consentimento-causa-de-justificação numa compreensão de fundo, atenta ao sentido doutrinal e material das categorias envolvidas na controvérsia, v.g.: *tipicidade*, *ilicitude*, *causa de justificação*.” ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, cit., p. 137-147. Obras para consultas: GEERDS, F. *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*, ZStW, 1960; NOLL, P. *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*. Basel, 1955; STRATENWERTH, G. *Prinzipien der Rechtfertigung*. ZStW, 1965.

programa de protecção de bens jurídicos através da criminalização de condutas típicas; já no segundo, inversamente, a referência à autonomia acaba por se reflectir na redução da margem de justificação e alargamento do punível. No primeiro caso, o relevo reconhecido à autonomia presta homenagem à expressão autoreferente do sistema pessoal, opondo-se e impondo ao programa (criminal) do sistema social ambiente; já no outro, a referência à autonomia pessoal é mediatizada pela (e obedece) à lógica imanente do sistema social. Neste último caso, é do desempenho autoreferente do sistema social e do seu programa de tutela penal que depende o *se* e a *medida* da valência normativa da autonomia pessoal.<sup>267</sup>

Magalhães Noronha, em considerações gerais feitas quando da análise dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos, referindo-se ao artigo 154, do Código Penal, afirma, sem esgotar o assunto, diante de outras disposições normativas existentes que também, tutelam segredos, sendo, entretanto, diversos os interesses, quer por sua natureza, quer pela pessoa atingida:

Passa o Código, nesta secção, a tutelar a liberdade individual, no que concerne à inviolabilidade dos segredos. É manifesto que aquela tutela seria incompleta se ao indivíduo não fosse assegurado o direito de manter em sigilo ou reserva fatos de sua vida, cujo conhecimento possa acarretar dano, não apenas a ele como a outrem. Há interesse público em resguardar esse direito, que condiz com a vida íntima da pessoa, sendo, portanto, um elemento necessário à harmonia social.<sup>268</sup>

Indispensável é, no entanto, a interpretação modernizadora resultante da jurisprudência ou da doutrina, sobre a relevante disposição normativa. Há, ainda, a necessidade de tutelar, também, os segredos de terceiros<sup>269</sup>, que tenham sido confiados<sup>270</sup> ou que o médico tenha tomado conhecimento em seu exercício profissional.

<sup>267</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, cit., p. 161-174.

<sup>268</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 2, p. 188.

<sup>269</sup> Na Alemanha, o § 203 do StGB disciplina a revelação do segredo sem autorização. Para mais informações referentes ao estudo da dificuldade de interpretação do dispositivo do Código Penal alemão, particularmente, na questão do segredo de terceiros (*Geheimnisse Dritter*), em que não há qualquer vínculo na relação entre o médico e o terceiro, vide: MICHALOWSKI, Sabine. *Medical confidentiality and crime*, cit. Vide, também: RUEFF, Maria do Céu. VIH/Sida, sigilo médico e o modelo de inclusão sem discriminação. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). *Direito da saúde*: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Saúde e direito: entre a tradição e a novidade. Coimbra: Almedina, 2016. v. 5.

<sup>270</sup> Históricamente la eficacia del consentimiento há variado em función de la concepción material del delito. Así, se há dicho que en el Derecho romano tenía plena relevancia. La teoría iusracionalista lo excluía cuando se trataba de derechos inalienables, es decir, con marcado interés público. La Escuela histórica le negó toda eficacia, pues, partió de la base que el Derecho penal sólo puede atender al interés colectivo. En cambio, la filosofía Hegeliana le dio eficacia al considerar que la voluntad subjetiva individual no contravenía la voluntad objetiva de la comunidad. La Escuela Sociológica del Derecho considera que al faltar el interés de la persona, la conducta del sujeto activo no puede ser antijurídica, incluso en delitos

Embora seja possível na dogmática jurídica penal brasileira, deduzir a ausência de consentimento, através de diversas interpretações quanto a divulgação do segredo, devemos analisar, com as nossas particularidades, sob o ângulo do limite do segredo ou do limite do tipo, como aborda Manuel da Costa Andrade, em referência à violação de segredo, nos termos e para efeito de incriminação do artigo 195, do Código Penal Português<sup>271</sup>:

a) Desde logo e dada a vinculação do segredo à privacidade – *de uma pessoa* – não preenchem o tipo as comunicações ou revelações de factos que *não identificam nem permitem identificar* o titular do segredo. Como acontece, por exemplo, nos casos em que o médico procura o parecer ou aconselhamento de um colega ou especialista, descrevendo o quadro clínico, mas omitindo o nome do paciente bem como os procedimentos e as informações que permitam concluir pela sua identidade. b) Por razões óbvias, também não há segredo em relação a factos que ocorreram ou tiveram lugar em *espaços públicos*, fosse qual fosse o número de participantes ou observadores. O mesmo terá de valer em relação a factos que, ao tempo da revelação, eram já do *conhecimento público* ou estavam a ele expostos. Assim, não há dever de segredo quanto à seropositividade de uma pessoa que já antes reconhecera (v.g., num seminário, mesa redonda, campanha de luta contra a SIDA ou em entrevista a meio de comunicação social) o seu estado. De igual modo, não há dever de segredo em relação a *factos notórios*, expostos ao olhar normal do público: a amputação de uma perna, a situação do paraplégico ou os sintomas/estigmas reconhecíveis de determinada doença. c) Como ficou assinalado, o dever de segredo vale para a *revelação a quaisquer pessoas*, mesmo às pessoas pertinentes aos círculos mais estreitos das relações de família, amizade ou profissão. O que não afasta naturalmente a possibilidade (nem sequer a frequência) de a revelação ou a comunicação a estas pessoas configurarem condutas atípicas. É o que

---

contra la vida. Hoy en día en Alemania ‘la jurisprudencia y la doctrina dominante sostienen el criterio de que quien consiente, renuncia, mediante el abandono de sus intereses, a la protección penal’. Conviene desde ahora seguir a Quintano Ripollés quien planteó la diferencia entre consentimiento y asentimiento, pues mientras el primero implica un “querer”, el segundo responde a un “tolerar” o resignarse, ejemplo de esto último, lo constituye la entrega de la cosa ante la amenaza del ladrón. En este sentido sólo el consentimiento y no el asentimiento es eficaz. En términos generales la Doctrina entiende que el consentimiento “Concorre...cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento”. En efecto, en ciertos supuestos de hecho el consentimiento del sujeto pasivo excluye su tipicidad y podemos hablar de un hecho irrelevante para el Derecho penal debido a que se considera un suceso normal de la vida social que no lesiona al bien jurídico tutelado. A estas figuras la doctrina Alemana ha convenido en denominarlos casos de “acuerdo” (*Einverständnis*). En dichos supuestos el consentimiento tiene plena eficacia, pues en ellos el legislador quiere proteger, única y exclusivamente, la libre disposición del titular de un bien jurídico y evitar aquellas conductas que atentan contra su voluntad, sin importar el objeto en sí mismo. Lo anterior no implica que el Derecho penal pierda su naturaleza pública para proteger solamente el interés del particular. Pero, el interés colectivo aparece cuando la voluntad del particular ha sido transgredida.” DÍAZ ARANDA, Enrique. El consentimiento en el derecho penal mexicano. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP*, Madrid, v. 49, fasc. 3, p. 1007-1009, 1996. Vide, también: CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad penal médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

<sup>271</sup>Código Penal português de 1982, atualizado pela Lei n.º 16/2018, de 27/03: artigo 195º – Violação de segredo: Quem, sem consentimento, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias. CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

acontecerá sempre que o paciente é acompanhado por um amigo ou familiar, que assiste à consulta e participa nela, protagonizando, não raro, a conversa com o médico: dando conta dos sintomas, das dificuldades, das angústias, dos medos, etc. do paciente. Será normalmente assim nas *consultas de planeamento familiar*, esterilidade/fecundidade, esterilização, etc. em que o paciente é acompanhado pelo cônjuge ou companheiro. E será necessariamente assim sempre que o paciente se encontre (por menoridade, doença ou senilidade) incapacitado de comunicar com o médico ou de assumir ele próprio o programa de tratamento. [...] d) Considerações idênticas valerão, em princípio, para *os doentes que partilham o mesmo quarto* no hospital ou clínica. E, particularmente, quando, sofrendo da mesma doença, estão sujeitos aos mesmos tratamentos e à mesma rotina hospitalar. A título de ilustração: vários reclusos, doentes de SIDA, que ocupam a mesma enfermaria numa prisão-hospital. Também aqui haverá muitos factos e informações cuja circulação entre os pacientes não preencherá o tipo da *Violação de segredo*. Será, pelo menos, assim, em relação aos factos relativos aos tratamentos e à internação quotidiana entre pacientes e médicos (enfermeiros, auxiliares de enfermagem, etc.), que têm normalmente lugar dentro das quatro paredes duma enfermaria. E salvaguardado sempre o direito que assiste ao paciente de manter certos factos sob reserva e de exigir que determinados tratamentos ou contactos com o médico tenham lugar fora do olhar e dos ouvidos do companheiro de quarto (v.g., fora da enfermaria).<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup>ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, cit., p. 197-198.



## CONCLUSÕES

1. O *Direito Penal Médico Brasileiro* é conceituado como o estudo ordenado e sistemático, de natureza interdisciplinar, integrativa e hermenêutica, das normas e princípios éticos, envolvendo questões deontológicas e bioéticas, tutelando bens jurídicos penalmente protegidos, que disciplinam as relações jurídicas constituídas entre a conduta médica punível, os pacientes e as instituições de saúde.
2. No panorama doutrinário brasileiro, *sigilo médico profissional* (pedra angular do nosso sistema de responsabilidade penal médica) apresenta o seguinte conceito dogmático-penal: é todo fato, ausente de notoriedade e que deve ser preservado, que o médico tenha conhecimento em razão de sua atividade profissional, cuja revelação do segredo a terceiros, total ou parcial, salvo por justa causa ou no cumprimento de dever legal ou com a autorização expressa do paciente, possa acarretar dano a outrem.
3. A importância do segredo médico para a sociedade é antiga, desde sua origem distante, sempre despertou singular interesse à ciência penal, desafiando conceitos fundadores da ética, transpondo diversas interpretações e formas de proteção, no exercício da prática médica. O segredo médico, ínsito nas relações estabelecidas entre o paciente e o médico, no exercício da profissão, da maneira tradicionalmente concebida, constitui-se em garantia, com reflexos em diferentes âmbitos de responsabilização.



## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970.

ABREU, Luís Vasconcelos. O segredo médico no direito português vigente. In: Ascensão, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2005.

ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA – ANM. Disponível em: <<http://www.anm.org.br>>. Acesso em: 25 out. 2017.

AITH, Fernando. *O grande segredo: o princípio do segredo médico profissional analisado a partir da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos*. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 98-115, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80687/84339>>. Acesso em 15 maio 2018.

ALAMILLO CANILLAS, Fernando. El secreto médico profesional. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: n. 3, fasc. 1, jan./abr. 1950.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2015.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso. In: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e história del proceso (1945–1972)*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974. t. 1.

ALLAMEL-RAFFIN, Catherine; LEPLÈGE, Alain; MARTIRE JUNIOR, Lybio. *História da medicina*. Tradução de Aquiles Von Zuben. Aparecida-SP: Ed. Ideias & Letras, 2011.

ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de; NIGRE, André Luis (Coords.) *Direito e medicina: um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Andreia da Costa. Os biobancos no atual contexto da investigação científica e preocupações de saúde pública. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). *Direito da saúde: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira – Saúde e Direito: entre a tradição e a novidade*. Coordenadores: João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa. Coimbra: Almedina, 2016. v. 5.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

\_\_\_\_\_. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito penal médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.

ARGNANI, Paula Inés. *Responsabilidad penal del médico*. Buenos Aires: Astrea, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Ensaio clínico: ponderações ético-jurídicas. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n.º 59/2007*. Diário da República n.º 170/2007, Série I de 2007-09-04. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/640142/details/normal?q=59%2F2007>>. Acesso em 13 fev. 2018.

AVECONE, Pio. *La responsabilità penale del medico*. Padova: Francesco Vallardi, 1981.

BAJO FERNANDES, Miguel. El secreto profesional em el proyecto de Código Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 33, fasc./Mês 3, p. 595-610, 1980.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Jr, Armida Bergamini Miotto e Ada Pellegrini Grinover. Notas de Euclides Custódio da Silveira. São Paulo: Saraiva; Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. v. 1.

BEAUCHAMP, Tom Lamar; CHILDRESS, James Franklin. *Princípios de ética biomédica*. Tradução de Luciana Pudenzi. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. Título original *Principles of Biomedical Ethics*.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007.

\_\_\_\_\_. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades, IBCCRIM*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009.

BERGSTEIN, Gilberto. *A informação na relação médico-paciente*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 162. (Versão portuguesa do original italiano: *Diritto penale (parte generale)*).

BISCAIA, Jorge. Ensaio clínico em pediatria. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial 2 – Dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTELHO, João Bosco. *História da medicina: da abstração à materialidade*. Manaus: Ed. Valer, 2004.

BOTSARIS, Alex. Aspectos subjetivos da medicina aplicados ao direito. In: ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de; NIGRE, André Luis (Coords.) *Direito e medicina: um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 03 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em 03 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em 03 mar. 2018.

BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógico discurso jurídico*. Coimbra: Universidade de Coimbra; Coimbra Ed., 1994.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral: pena e medida de segurança*. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. t. 3.

BURCKHARDT, Jacob. *Réflexions sur l'histoire du monde*. Version française. Buenos Aires: Janos Peter Kramer, 1943.

BYK, Christian. *Tratado de bioética: em prol de uma nova utopia civilizadora?* Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. São Paulo: Paulus, 2015. Título original *Traité de bioéthique: vers une nouvelle utopie civilisatrice?*

CABRAL, Oswaldo R. *O segredo médico em face da lei penal e da deontologia*. 1951. Tese (Livre-Docente da Cadeira de Medicina Legal) - Faculdade de Direito de Santa Catarina, Florianópolis, 1951.

CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JR., Wilson A. *Textos hipocráticos: o doente, o médico e a doença*. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, 2005. (Coleção história e saúde).

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARNEIRO, Antonio Vaz. O sigilo médico versus os imperativos da saúde pública e o dever de cooperação com a justiça. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 3.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução de Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: Ed. Pillares, 2015.

\_\_\_\_\_. *O delicto*. Tradução de Denise Conselheiro. São Paulo: Ed. Rideel, 2007.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral*. Tradução de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Programa de derecho criminal*. Traducción de la 11. ed. italiana dirigida por Sebastián Soler, con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires: Rodamillans, 2010. v. 2.

CARVALHO, Samantha de Araújo. *A teoria geral do processo e sua inaplicabilidade no processo penal*. Florianópolis: Habitus Ed., 2017.

CASTIGLIONI, Arturo. *História da medicina*. Tradução de R. Laclette. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1947. v. 1.

CASTRO, Francisco de. *Discursos do Professor Francisco de Castro*. Disponível em: <<http://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Discursos do Professor Francisco de Castro*. Rio de Janeiro: Typographia Besnard Frères, 1902.

CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad penal médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2015.

CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS. Disponível em: <<http://www.pgdlisboa.pt>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

COHEN, Claudio. A confidencialidade: questões relativas ao segredo profissional. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_; GARCIA, Maria; OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de (Orgs.). *Estudos e pareceres de bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COUTINHO, Jacinto N. Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice Penale*. 13. ed. Padova: Cedam, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

DE CUPIS, Adriano. Riservatezza e segreto (Diritto a). In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1969.

DESTRO, Paulo. O Ministério Público na defesa da sociedade. In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2. *Anais...* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1997.

\_\_\_\_\_. O que a sociedade espera do Ministério Público? In: CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 3. *Anais...* São Paulo: Páginas & Letras Ed. e Gráf., 2006. v. 2.

DIAFÉRIA, Adriana. Direito em um mundo em transformação. In: ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral – questões fundamentais – a doutrina geral do crime*. 1 ed. brasileira, 2. ed. port. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Ed., 2007. t. 1.

DÍAZ ARANDA, Enrique. El consentimiento en el derecho penal mexicano. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ADPCP*, Madrid, v. 49, fasc. 3, p. 1005-1020, 1996.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1981.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DURAND, Guy. *A bioética: natureza, princípios e objetivos*. Tradução de Porphirio Figueira de Aguiar Netto. São Paulo: Paulus, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. 5 ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2014.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. *Teoria geral do processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo/no do processo penal*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

ESER, Albin. *Medizin und Strafrecht: Eine schutzgutorientierte Problemübersicht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), 97 Band, Heft 1, p. 1-46, 1985.*

\_\_\_\_\_. *Perspectivas do direito (penal) da medicina. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 14, n. 1 e 2, nov. 2004.*

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Atualizadores: José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Luzes e sombras no diálogo entre direito e medicina*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FARIA, José Eduardo. *Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica*. In: LIMA, Deodoró Araújo (Org.). *Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Ed., 1986.

FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. São Paulo: Livraria Martins Ed., 1974. v. 3.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. *Integração e interdisciplinaridade no ensino brasileiro: efetividade ou ideologia*. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética: teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIOCRUZ. Disponível em: <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br>>. Acesso em: 05 set. 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 13. ed. Atualização de Antônio de S. Limongi França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Princípios gerais de direito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Basileu. Violação de segredo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 44, jan. 1949.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCÍA GUAL, Carlos. *Tratados hipocráticos*. Madrid: Editorial Gredos, 1983. v. 1.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Ed., 2003. v. 1.

GEERDS, F. *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*, ZStW, 1960.

GILLON, Raanan. *Philosophical medical ethics*. London: John Wiley & Sons, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2013.

GOMES, Benjamim. *Ética e medicina: de hipócrates à criação dos primeiros hospitais*. Rio de Janeiro: Revinter, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Direito penal: parte geral*. Coordenação Luiz Flávio Gomes. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

GÓMEZ RIVERO, Maria Del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976.

GRACIA, Diego. *Fundamentos de bioética*. 2. ed. Tradução de Manuel Luís Pinheiro e Vítor Coutinho. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007.

GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. Tradução de Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola, 2010.

GROPPALI, Alessandro. Filosofia del diritto e diritto penale. *La Scuola Positiva: rivista di criminologia e diritto criminale*, Milano, 1946.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria geral do processo: em que sentido? In: RODRIGUES, Horácio Wanderley (Org.). *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário; n. 84: estudos alemães). Traduzido do original alemão *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*.

HIPÓCRATES. *Aforismos*. Tradução do Dr. José Dias de Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HIPPOCRATE. *De l'art. Hippocrate: oeuvres complètes*. Tradução E. Littré. Paris: Javal et Bourdeaux, 1933.

HIPPOCRATES, *The art. Hippocrates*. Tradução W. H. S. Jones. Cambridge, Harvard University Press, 1972. v. 2. (The Loeb Classical Library).

HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova enciclopédia da bioética*. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 6.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Penal*. Atualizador René Ariel Dotti. 7. ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2016. v. 1, t. 2.

JÄHNKE, Burkhard. *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar (Großkommentar)*. 10. völlig neu bearbeitete Auflage, 5. Band, Berlin: Walter de Gruyter Co, 1989.

JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri-SP: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradutores: Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Título original *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*.

JAPIASSU, Hilton. *A crise da razão e do saber objetivo: as ondas do irracional*. São Paulo: Ed. Letras & Letras, 1996.

JAPIASSU, Hilton. *Interdisciplinaridade e patologia do saber*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1976.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JHERING, Rudolf von. *A dogmática jurídica*. Tradução de José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone Editora, 2013. (Coleção fundamentos do direito).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1957. t. 4.

JONSEN, Albert R.; SIEGLER, Mark; WINSLADE, William J. *Ética clínica: abordagem prática para decisões éticas na medicina clínica*. 7. ed. Tradução de Ananyr Porto Fajardo. Porto Alegre: AMGH Ed., 2012. Título original *Clinical Ethics: a Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine*.

KAHN, Alex; LECOURT, Dominique. *Bioética e liberdade: entrevista realizada por Christian Godin*. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007.

KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée: protection du secret de la vie privée*. Marseille: Presses Universitaires d'Aux-Marseille, 1984.

KRESS, Hartmut. *Ética médica*. Tradução de Hedda Malina. São Paulo: Edições Loyola, 2008. Título original *Medizinische Ethik – Kulturelle Grundlagen und ethische Wertkonflikte heutiger Medizin*.

KULLOK, Arthur Levy Brandão. O caso de Andreas Lubitz e o dever de sigilo médico sob a perspectiva do direito penal português. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 64, p. 53-55, jan./mar. 2017.

LABISCH, Alfons; PAUL, Norbert. *Ärztliche Gelöbnisse*. In: KORFF, Wilhelm (Hrsg.). *Lexikon der Bioethik*, Gütersloh, 1998. v. 1.

LECOURT, Dominique. Erros agradáveis, verdades desagradáveis. In: GOUYON, P.H. et al. *A bioética é de má-fé?* Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 9-14.

\_\_\_\_\_. *Humano pós-humano: a técnica e a vida*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

LEITE, Alaor. O doping como suposto problema jurídico-penal: um estudo introdutório. In: ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *Doping e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011.

LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, Rodrigues & Cia., 1912.

\_\_\_\_\_. Philosophia do direito. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 4, p. 5-34, 1896. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/64925/67537>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Recensione – Elio Fazzalari – Istituzioni di diritto processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 30, n. 3, p. 463-464, 1975.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

LLOYD, Geoffrey Ernest Richard. Introduction. In: LLOYD, Geoffrey Ernest Richard. *Hippocratic writings*. London: Penguin Classics, 1983. p. 9-60.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUNA, Everardo da Cunha. O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília-DF, ano 20, n. 80, out./dez. 1983.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A bioética, o biodireito e a biotecnologia na pós-modernidade e os reflexos na alimentação humana. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti (Coords.). *Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Manuel Silvério. *O espelho declinado: natureza e legitimação do acto médico*. Lisboa: Edições Colibri, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana. Os biobancos e a doação de material biológico humano: um ensaio de qualificação jurídica. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs.). *Bioética e direitos fundamentais*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Traducción por Juan Cordoba Rode. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

MENEZES, Sofia Saraiva de. O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (Orgs.). *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Lisboa: Almedina, 2010.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Ed. Nacional, 1980.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Traducción al castellano de la 2. ed. alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

MICHALOWSKI, Sabine. *Medical confidentiality and crime*. England: Ashgate Pub, 2003.

MIZIARA, Ivan Dieb; MIZIARA, Carmen Silvia Molleis Galego. *Guia de bolso de ética, bioética e deontologia médica*. Rio de Janeiro: Ed. Atheneu, 2016.

MONIZ, Helena. Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 14, n. 1 e 2, p. 213-237, 2004.

\_\_\_\_\_. Segredo médico: acórdão da relação de Coimbra de 5 de julho de 2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 10, n. 4, p. 631-643, 2004.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. 2. ed. México: Siglo Veintiuno Editores, 1981.

MONTANO, Pedro J. *Medicinas alternativas y derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico*. 2. ed. ampl. São Paulo: Ed. Santos-Maltese, 1991.

\_\_\_\_\_. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Longevidade: viver mais e melhor*. São Paulo: Ed. Roca, 2004.

MORAES, Irany Novah; AMATO, Alexandre Campos Moraes. *Metodologia da pesquisa científica*. São Paulo: Ed. Roca, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. *Dilemas de direito civil-constitucional: casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. 2. ed. Salvador: Lex Magister, 2014.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel Alberto. *Derechos del paciente: doctrina-jurisprudencia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 03 mar. 2018.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade penal do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NIGRE, André Luis; ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de (Orgs.). *Direito e medicina: um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOLL, P. *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten*. Basel, 1955.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. *Direito penal*. 22. ed. Atualizada por Dirceu de Mello, Eliana Passarelli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 2.

OLIVEIRA, Antônio Bernardes de. *A evolução da medicina: até o início do século XX*. São Paulo: Livr. Pioneira Ed.; Secretaria de Estado da Cultura, 1981.

OLIVEIRA, Moacyr de. Intimidade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)*. (Pacto De San José Da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 03 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em 03 mar. 2018.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Epidemiologia: guia de metodos de enseñanza*. Washington, DC, 1973.

PALMEIRA, Sérgio. *Direito, medicina e poder: ideologia, artifícios e consequências*. São Paulo: Arte Brasil Ed., 2012. v. 1.

PAULO; Luiz Gonçalves; ZANINI, Antonio Carlos. *Compliance: sobre o encontro paciente/médico*. São Roque, SP: IPEX Ed., 1997.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. O dever de sigilo do médico: um roteiro da lei portuguesa. *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n. 19, p. 9-50, 2009.

PEREIRA, J. Matos. *Direito de informação*. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980.

PEREIRA, Victor de Sá; LAFAYETTE, Alexandre. *Código Penal anotado e comentado: legislação conexa e complementar*. 2 ed. Lisboa: Quid Juris, 2014.

PERELMAN, Chaïn. *Ética e direito*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

PESSINI, Léo. *Princípios de ética biomédica*. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*. 2. ed. rev. atual. ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioética: ponte para o futuro*. Tradução de Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Questões de direito*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

\_\_\_\_\_. *Teoria do delito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REASON, James. *El error humano*. Madrid: Modus Laborandi, 2009.

REZENDE, Joffre Marcondes de. *À sombra do plátano: crônicas de história da medicina*. São Paulo: Ed. Unifesp, 2009.

ROCHA, Arthur Pinto da. *O segredo profissional: aspectos jurídicos e médicos*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1935.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes. *Responsabilidade médica em direito penal: estudo dos pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina, 2007.

RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português: elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel de Oliveira. Sigilo médico e direito à privacidade: do delito de desobediência face ao desatendimento de ordem judicial de revelação de dados de pacientes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coords.). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

RODRÍGUEZ JORDÁN, Marcelo. *La responsabilidad penal médica: derechos y obligaciones de las instituciones, funcionarios y profesionales de la salud*. Buenos Aires: Legis, 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos María. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. O desenvolvimento do direito diante das biotecnologias. In: ROMEO CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos Ed., 2007.

\_\_\_\_\_. *Do gene ao direito: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, 1999.

\_\_\_\_\_. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. *Genética y derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.

\_\_\_\_\_. *El médico y el derecho penal: los problemas penales actuales de la biomedicina*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011. t. 2, v. 1.

ROMEO CASABONA, Carlos María. La protección penal del secreto profesional y laboral em derecho español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 63, p. 76–115, nov./dez., 2006.

\_\_\_\_\_; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey 2004.

\_\_\_\_\_; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coords.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos Ed. 2007.

ROXIN, Claus. *Doping e direito penal*. São Paulo: Atlas, 2011.

RUEFF, Maria do Céu. *O segredo médico como garantia de não-discriminação: estudo de caso: HIV/SIDA*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

\_\_\_\_\_. VIH/Sida, sigilo médico e o modelo de inclusão sem discriminação. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). *Direito da saúde: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*. Saúde e direito: entre a tradição e a novidade. Coordenadores: João Loureiro, André Dias Pereira e Carla Barbosa. Coimbra: Almedina, 2016. v. 5.

SANTIAGO, Rodrigo. *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*. Coimbra: Almedina, 1992.

SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst. *Strafgesetzbuch – Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SCLIAR, Moacyr. *A paixão transformada: história da medicina na literatura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SEBAG, Valérie Depadt. *Direito e bioética*. Tradução de Sandra Campos. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

SEGRE, Marco. Considerações críticas sobre os princípios da bioética. In: SEGRE, Marco; COHEN, Claudio (Orgs.). *Bioética*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2008.

SERRÃO, Daniel. Os desafios contemporâneos da genética. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de direito da bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 2.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SIEGHART, Paul. *Aids & human rights: a uk perspective*. London: British Medical Association Foundation for Aids, 1989.

SIEGLER, Mark. Confidentiality in medicine – a decrepit concept. *The New England Journal of Medicine*, n. 307, p. 1518-1521, Dec., 1982.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins; v. 7. Coordenação: Alice Bianchini; Luiz Flávio Gomes; William Terra de Oliveira).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_; DINIZ, Eduardo Saad. Autorregulação, responsabilidade empresarial e *criminal compliance*. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. 3. ed. Buenos Aires: Tipografica Ed. Argentina, 1963. v. 1.

SOURNIA, Jean Charles. *História da medicina*. Tradução de Jorge Domingues Nogueira. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

SOUZA, Fernando Costa e. O futuro da clínica geral. *Revista da Ordem dos Médicos*, Lisboa, jan. 1992.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Direito penal médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPASARI, Mario. *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*. Milano: Giuffrè, 1957.

STRATENWERTH, G. Prinzipien der Rechtfertigung. *ZStW*, 1965.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ética: do mundo da célula ao mundo dos valores*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Palavras do amigo aos estudantes de direito: bosquejos extra-curriculares, proferidos no escritório do Professor, em 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. 12 tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da inadmissibilidade de uma teoria geral do processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 48, n. 281, p. 48-64, mar. 2001.

\_\_\_\_\_; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_; PITOMBO, Sérgio Marcos de Moras et al. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VILLEY, Raymond. *Histoire du secret médical*. Paris: Éditions Seghers, 1986.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 7. ed. 2 tir. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

ZATZ, Mayana. *Genética: escolhas que nossos avós não faziam*. São Paulo: Globo, 2011.