

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 7.237 DE 2017

“Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para acrescentar-lhe o art. 153-A, que trata da divulgação não-autorizada de imagens e de dados de prontuários de pacientes sob cuidados de profissionais de saúde”.

Autor: Deputado JORGE SOLLA

Relator: Deputado FRANCISCO FLORIANO

I – RELATÓRIO

Trata-se de Projeto de lei de autoria do ilustre deputado Jorge Solla, que visa alterar o Código Penal para punir as pessoas que divulgarem, sem justa causa e sem prévia autorização, imagens de pacientes ou dados do seu prontuário médico.

Como justificativa, o autor argumenta que “no âmbito infralegal, os códigos de ética profissionais abordam a matéria. Todavia, na seara legal, o tema é genericamente regulamentado, apenas. Acreditamos que a previsão de um tipo penal específico relacionado à divulgação irregular de fotos e dados de prontuários de pacientes permitiria a redução brusca desses casos”.

A proposição foi distribuída a esta Comissão, para análise dos aspectos de constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e mérito.

É o relatório.

II – VOTO DO RELATOR

Quanto aos aspectos constitucional e jurídico a proposição atende aos pressupostos formais e materiais previstos na Constituição Federal e está em conformidade com os princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro. Também foram observados os ditames da LC 95/98, que trata da técnica legislativa.

Passo a expor breves considerações acerca do mérito das proposições em análise.

Atualmente, a tecnologia tem dado um grande suporte para atuação dos profissionais de saúde. No entanto, o fato de a maioria dos profissionais de saúde ter acesso a novas tecnologias, como celulares com câmeras fotográficas, criou um novo confronto ético nas instituições de saúde, uma vez que situações vivenciadas pelos pacientes são facilmente capturadas e reproduzidas, com rara obtenção de consentimento prévio do paciente.

O direito à imagem é um direito fundamental de todo cidadão brasileiro protegido explicitamente na Constituição Federal:

“Art. 5º.....

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;”

A imagem é a própria individualização figurativa de uma pessoa. O retrato da pessoa faz às vezes de verdadeira senha a identificar de pronto o indivíduo, distinguindo-o dos demais. Daí por que confere a seu titular todos os meios de defesa e composição contra ataques ou divulgações não autorizadas, injustas ou distorcidas.

O direito à imagem está ligado à ideia maior de proteção à intimidade ou reserva à vida privada (*right of privacy* do direito anglo-americano ou *del diritto alla riservatezza* da doutrina italiana). É o direito de cada um para limitar a seu arbítrio a difusão de sua própria imagem. A arbitrária divulgação penetra na órbita reservada de nossa atividade e vontade. (Fonte: ARAÚJO, Luiz Alberto David. “A proteção constitucional da própria imagem”. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 110).

Nesse sentido, é o entendimento do jurista Walter Moraes. “Como decorrência da autonomia da vontade e do respeito ao livre-arbítrio, o direito à privacidade confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar mais conveniente sem intromissão da curiosidade alheia, desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e o direito de terceiros”. (MORAES, Walter. Direito à própria imagem. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 61, n. 443, setembro de 2002, p. 64)

Vale ressaltar que, o direito à própria imagem está diretamente ligado a outro direito fundamental: o direito à liberdade. A autorização para a divulgação ou exposição da própria imagem enfeixa-se no poder de autodeterminação que cada um possui, que, sem dúvida, ficaria ferido se fosse vulnerado contra a vontade de seu titular. Em outras palavras, à pessoa deve-se reservar plena liberdade de autorizar ou não o uso de seu retrato.

A pessoa tem plena liberdade de escolher se seu retrato deve ou não ser veiculado, ainda que em exposições em recintos abertos ou fechados. Enfim, não é a qualquer um que interessa ver sua imagem reproduzida em diversos locais, até em jornais e revistas.

A ideia do direito a imagem como extensão do direito de liberdade, também foi adotada pelo Código Civil em vigor.

O Código Civil dispõe que:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.”

Ao atender um paciente, muitas vezes o profissional da saúde fotografa ou filma o caso. Normalmente, há duas razões corriqueiras que justificam tal ato: a primeira é para a documentação do caso do paciente onde o uso das imagens fica restrito ao prontuário clínico do paciente. Essa razão se justifica, porque as fotografias são efetivo meio de prova e, se porventura algum dia houver um litígio envolvendo aquele determinado tratamento, tais imagens poderão ser utilizadas para aquela finalidade.

A segunda razão pela qual muitos profissionais da saúde tiram fotografias dos pacientes e respectivos tratamentos/procedimentos realizados, diz respeito à divulgação do caso clínico, com a sua publicação em periódicos científicos, apresentação em aulas, cursos, congressos e similares.

Podemos citar ainda uma outra razão: o uso das imagens para a divulgação dos serviços do profissional que conduziu o tratamento/procedimento.

A doutrina civilista majoritária entende que, da mesma forma que é preciso o fornecimento do Consentimento Livre e Esclarecido (CLE) do paciente para que possa ser realizado determinado tratamento/procedimento, para a obtenção/gravação das imagens também é necessário o consentimento do paciente, ou de seu responsável legal (no caso de incapaz). Porém, a imagem produzida somente poderá ser utilizada para os fins específicos a que se destinou inicialmente. Se porventura o profissional tiver intenção de usá-la, por exemplo, em publicações, precisará do consentimento específico para este fim.

Vários Códigos de Ética Profissional pátrios fazem referência e estabelecem normas para a utilização de informações e imagens de pacientes, para diferentes

finalidades. O Código de Ética Médica vigente possui norma específica sobre o uso de imagens de pacientes.

“Art. 75. É antiético fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

A profissão médica requer o mínimo de formalismo e a divulgação de vídeos e fotos dos pacientes na internet não é uma atitude profissional, além de causar constrangimentos para os pacientes e seus familiares.

O problema, segundo o Conselho Federal de Medicina, é que quase sempre os pacientes são expostos de alguma forma, o que é contra o Código de Ética da profissão. Por isso, podem ser punidos com advertência sigilosa e até pública.

“A orientação do Conselho Federal de Medicina é não tirar essas fotos de pacientes ou dentro do hospital. Há uma resolução bem rígida quanto a isso no código de ética médica”, ressaltou o conselheiro do CFM, Celso Murad. De acordo com ele, é proibido o médico fazer divulgação e exposição dos pacientes. “Para fazer a foto, precisa ter uma autorização anterior e ainda não pode identificar o paciente. E esse tipo de foto só pode ser usada em congressos para apresentação de casos, não para divulgação na internet”, concluiu. (Fonte: <http://www.sbait.org.br/imprensa/clippings/2014/atribuna.pdf>)

A imagem está relacionada ao direito de privacidade, que é um direito individual, que abrange situações relacionadas à intimidade de cada um, ao respeito, à dignidade e aos relacionamentos familiares e sociais.

É importante refletir que, “a condição de enfermidade gera sentimentos como incapacidade, dependência, insegurança e sensação de perda do controle sobre si mesmo. Os doentes encaram a hospitalização como fator de despersonalização por reconhecerem a dificuldade para manter sua identidade, intimidade e privacidade. O ambiente hospitalar é estressante por diversos fatores, essencialmente ao doente, por perder o controle sobre os que o afetam, e dos quais depende para a sua sobrevivência. Além disso, a internação é angustiante por evidenciar a fragilidade a que estão sujeitos, devido à exposição emocional e física”. (Fonte: Artigo intitulado “O Cuidado de Enfermagem e a Invasão da Privacidade do Doente: Uma Questão Ético-Moral”, publicado na Revista Latino-Americana de Enfermagem, vol.10, nº.3, Ribeirão Preto, Maio/Junho 2002).

A privacidade é uma necessidade e um direito do ser humano, sendo indispensável para a manutenção da sua individualidade. Infelizmente, nota-se que na prática hospitalar, em muitas situações, falta cuidado, atenção com a exposição corporal e pouca preocupação com o pudor do paciente. Este, que deveria ser percebido como sujeito do cuidado, torna-se objeto, perdendo sua identidade. (idem)

Particularmente no cenário de emergência, as filmagens trazem questões éticas específicas, pois os pacientes estão vulneráveis, muitas vezes sem a capacidade de consentir ou sentem-se sob pressão para dar o consentimento.

Um estudo internacional analisou a comercialização de imagens do atendimento médico em ambiente hospitalar. Como resultado, encontrou que, muitas vezes, a filmagem violava a privacidade dos pacientes e isso, geralmente, podia ser evitado com o consentimento adequado do indivíduo. (Fonte: Geiderman JM, Larkin GL. Commercial filming of patient care activities in hospitals. JAMA. 2002; 288(3):373-9)

Penso que, os pacientes devem ter a chance de conceder ou não o consentimento para realização de imagens. Isso deve ser documentado de forma que se cumpram as recomendações do código de ética e de proteção de dados e confidencialidade do paciente.

Uma vez que o sujeito fotografado autoriza a utilização da imagem, é importante observar que, “o consentimento deve ser interpretado restritivamente, uma vez que, o aceite em permitir a fotografia pode não incluir a publicação da mesma; tampouco a concordância em publicação não inclui outros usos”. (TEPEDINO G, Barboza HH, Moraes MC. Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar; 2004, p. 48)

Vale ressaltar que, em quase todos os países o direito de imagem recebe o mesmo tratamento, exigindo o consentimento do paciente para a publicação de fotos.

1. Alemanha. A matéria está disciplinada na Lei do Direito do Autor, de 9 de janeiro de 1907, bem como na Lei de 9 de setembro de 1965. Apresenta como traço fundamental a proibição de divulgação ou exibição em público da imagem sem consentimento do efigiado

2. Argentina. A matéria encontra-se disciplinada na Lei n. 11.723, de 28 de setembro de 1933, particularmente em seu artigo 31, que consagra o mesmo princípio central alemão. Deixa claro que o consentimento tem que ser expresso e na falta do titular por morte, essa faculdade passa ao cônjuge e aos descendentes diretos daquele; na falta deste, ao pai e à mãe do titular.

3. Áustria. O artigo 78 da Lei da Propriedade Intelectual, de 9 de abril de 1936, modificada em 14 de julho de 1949 e em 8 de julho de 1953, igualmente proíbe a exposição pública e a difusão de retratos em locais de acesso público, se de tal maneira houver prejuízo da pessoa representada ou de algum parente próximo, sem prévia autorização, específica para a publicação. Tais parentes próximos são das linhas ascendentes ou descendentes e o cônjuge supérstite.

4. Bélgica. A Lei Belga de Propriedade Intelectual, de 22 de março de 1886, em seu artigo 20, dispõe que nem o autor nem o proprietário de um retrato tem o direito de reproduzi-lo, incluída a exposição pública, sem o consentimento da pessoa efigiada ou de seus sucessores durante 20 anos a partir da morte.

5. Espanha. Dois diplomas legais avultam de importância quanto à proteção do direito à imagem na Espanha. Na dicção do artigo 18 de sua respectiva Constituição, de 26 de dezembro de 1978, “é garantido o direito à honra, à intimidade da pessoa e família e à própria imagem”. A Lei Orgânica n. 1 de 1982, do mesmo país, por seu turno, em seu artigo 7º, considera intromissão ilegítima, no âmbito da proteção dessa lei, a captação, reprodução ou publicação por fotografia, filme ou qualquer outro procedimento da imagem de uma pessoa em lugares ou momentos de sua vida privada ou fora deles, salvo as expressões legais. De outra parte, igualmente, não é permitida a utilização do nome, da voz ou da imagem de uma pessoa para fins publicitários, comerciais ou de natureza análoga.

6 Estados Unidos da América. A legislação federal veda o uso do retrato de pessoa viva como marca industrial e nos papéis de banco. A Cahill’s Law de 1930, do Estado de Nova Iorque, no Capítulo 7, estabelece em seu parágrafo 50 que é passível de delito quem se utiliza para sua publicidade ou o seu comércio o nome, o retrato ou a imagem de uma pessoa viva sem prévio consentimento dela ou de seus pais ou tutores se menores de idade. O parágrafo 51 autoriza os fotógrafos profissionais a exporem os retratos que possuam como mostras de seu trabalho, mesmo fora de seus estúdios, a menos que haja proibição por escrito do modelo.

7. Grã-Bretanha. A Lei Inglesa sobre Propriedade Intelectual, de 7 de novembro de 1956, e a nova lei do Reino Unido, de 23 de julho de 1958, estabelecem que, se uma pessoa contrata um retrato (fotografia, pintura, gravura etc.) e paga ou se obriga a pagar em dinheiro ou o seu equivalente monetário e a obra realizada é fruto desse contrato, o comitente terá todos os direitos autorais sobre ela com base na referida lei.

8 Itália. O Código Civil Italiano, em seu artigo 10, permite que, a requerimento do interessado, seja obstada a exposição pública da fotografia de uma pessoa, de seus pais, cônjuge ou filhos menores de idade, fora as exceções legais, quando haja prejuízo ao decoro ou à reputação da pessoa fotografada ou de seus parentes.

9. Japão. O direito japonês, por meio de lei de 4 de março de 1899 e ulteriores modificações, dispõe que o direito do autor sobre um retrato fotográfico realizado às custas de um terceiro a este pertencerá.

10 México. A moderna Lei Mexicana de Propriedade Intelectual, de 29 de dezembro de 1956, reza em seu artigo 13 a proibição da publicação do retrato sem o conhecimento do retratado e, depois de sua morte, sem o dos ascendentes, filhos e outros descendentes, até o segundo grau.

11. Portugal. No direito português, a imagem está amparada no artigo 26 de sua Constituição e a Lei n. 2/99, de 3 de janeiro, demarca, para o exercício da imprensa, como limite a imagem e a palavra dos cidadãos, a par de haver capitulação expressa no Código Penal Português, em seu artigo 192, que estipula pena de um ano e multa de até 240 dias para quem captar, fotografar, filmar, registrar ou divulgar imagens das pessoas

ou de objetos ou espaços íntimos. Há também amparo no direito tanto no Código Civil Português, que vigora a partir de junho de 1967, como em outros diplomas, como, por exemplo, o Decreto-lei n. 330/90, de 23 de outubro, que trata do código da publicidade.

12 Suíça. O sistema legal suíço, em linhas mestras, não difere dos demais quanto ao direito do autor e ao consentimento do retratado. O artigo 28, parágrafo 1º, do Código Civil, prevê que quem sofre um ataque ou uma lesão ilícita em seus interesses pessoais pode solicitar ao juiz a sua cessação. 3.13 Uruguai. A Lei Uruguiaia sobre Propriedade Intelectual, de 17 de dezembro de 1937, em seu artigo 20, a exemplo de outras, estabelece que cabe à pessoa retratada em obra artística os respectivos direitos, desde que a obra tenha sido contratada com encargo financeiro. No mais, quanto ao consentimento e a possibilidade de reparação, não difere das demais, nem mesmo no que tange às exceções.

Jurisprudência

A jurisprudência dos tribunais, incluído o Supremo Tribunal Federal, protegem o direito à imagem, ora como ofensa à honra, ora como lesão à privacidade ou intimidade, de modo geral.

No Pretório Excelso, há precedente protegendo a própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa fotografada, mesmo antes da atual Constituição. Sob a égide da vigente Constituição Federal, ao consagrar o direito à imagem como direito autônomo, é expressivo o seguinte julgado de nossa Corte Maior:

“CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, X. I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. II. - R.E. conhecido e provido” (RE 215.984/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28.6.2002)

Em suma, partindo da interpretação sistemática do assunto “Direito de Imagem” no Brasil, nota-se que, apesar da Constituição Federal e do Código Civil dispor sobre o direito à imagem, não há norma específica para os casos envolvendo pacientes e médicos, o que dá margem para abusos.

Em relação à divulgação das informações contidas nos prontuários médicos, o raciocínio é o mesmo, com algumas peculiaridades.

A obrigação do médico de manter segredo quanto às informações de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções escora-se na preservação da intimidade

do paciente e sua infração constitui ato ilícito, tipificada no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 154, senão vejamos:

Violação do segredo profissional

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

A obrigação de proteger o prontuário é do médico, mas também recai sobre o hospital que mantém a sua guarda. Genival Veloso de França informa que, “todo paciente espera que as informações prestadas sejam mantidas como confidenciais. E é o hospital que deve promover à guarda desse sigilo, tendo o uso dessas informações a dimensão da própria necessidade do paciente. Qualquer que seja a graduação do servidor no hospital, têm ele a obrigação de manter a reserva do conteúdo do prontuário, respondendo, assim, legal e disciplinarmente pela revelação não autorizada da informação”.(FRANÇA, Daniel. “O segredo profissional, o sigilo e a cópia do prontuário médico”, artigo publicado no site jurídico Jusbrasil, em dezembro de 2016. <https://danielfranca.jusbrasil.com.br/artigos/111756943/o-segredo-profissional-o-sigilo-e-a-copia-do-prontuario-medico>)

Portanto, as informações que necessariamente exigem a identificação do paciente só podem ser fornecidas com o seu expresso consentimento ou de seu representante legal, a não ser que a determinação de exibição advinha de lei ou de solicitação judicial baseada em justa causa. Deve o hospital, nestas hipóteses, exigir autorização por escrito do paciente ou de seu representante legal, quando este for incapaz, ainda que parcialmente.

Diante destas considerações, não há dúvidas a respeito do fato de que o prontuário, exames, laudos e toda e qualquer informação atinente à saúde do paciente pertence a ele somente, e não ao médico, enfermeiro ou à instituição hospitalar, que apenas têm o dever de guarda destes documentos, como mencionado.

Por essa razão, em boa hora é o Projeto de lei que visa tornar expressa a proibição de divulgação não-autorizada de imagens e de dados de prontuários de pacientes sob cuidados de profissionais de saúde, por quem quer que seja.

O Projeto de lei em análise é meritório na medida em que amplia a punição prevista no art. 154 do Código Penal para atingir qualquer pessoa que tenha acesso, ou seja, não somente os médicos e enfermeiros mas, por exemplo, algum funcionário do hospital onde se encontra o paciente, ou até mesmo pessoas que circulam pelo hospital.

Diante do exposto, o parecer é pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do PL 7.237/17 e, no mérito, pela aprovação da proposição.

Sala das sessões, 30 de maio de 2017.

Deputado FRANCISCO FLORIANO (DEM/RJ)