UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES

PROCESSO CLÍNICO E SIGILO MÉDICO: A PROTEÇÃO *POST MORTEM* DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE

Recife
2020

RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES

PROCESSO CLÍNICO E SIGILO MÉDICO: A PROTEÇÃO *POST MORTEM* DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito. Área de concentração: Transformações das RelaçõesPrivadas.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão. Coorientador: Prof. Dr. Fernando José Borges Correia Araújo.

Recife

2020

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

M541p Menezes, Renata Oliveira Almeida.
Processo Clínico e Sigilo Médico: a Proteção Post Mortem das Informações Pessoais do Paciente / Renata Oliveira Almeida Menezes. – Recife, 2020.
373 f.

Orientador: Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão.
Coorientador: Prof. Dr. Fernando José Borges Correia Araújo.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional – Brasil. 2. Direito da Personalidade. 3. Direitos Humanos. I. Beltrão, Silvio Romero (Orientador). II. Araújo, Fernando José Borges Correia (Coorientador). III. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2021-21)

RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES

PROCESSO CLÍNICO E SIGILO MÉDICO: A PROTEÇÃO *POST MORTEM* DAS INFORMAÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito. Área de concentração: Transformações das RelaçõesPrivadas.

Aprovado em: 16 /12/2020.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Prof. Dr. Fernando José Borges Correia Araújo (Coorientador)
Universidade de Lisboa

_____

Profª. Dra. Maria Vital da Rocha (Examinadora Externa)
Universidade Federal do Ceará

_____

Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Junior (Examinador Externo)
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

_____

Profª. Dra. Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira (Examinadora Externa)
Universidade Estadual da Paraíba

_____

Prof. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profª. Dra. Fabíola Albuquerque Lobo (Examinadora Interna/Suplente)
Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profª. Dra. Ana Thereza Meirelles Araújo (Examinadora Externa/Suplente)
Universidade do Estado da Bahia

Ao meu pai, Alvim Nicolau de Almeida,

e à minha avó, Rita Lima de Queiroz,

vivos em mim.

RESUMO

Em atendimento ao direito à identidade, devem ser respeitadas as escolhas autônomas feitas em sede de autogestão dos direitos da personalidade, inclusive as de autodeterminação informacional concernentes aos dados pessoais sensíveis dos processos clínicos. O dever de sigilo médico destina-se precipuamente à tutela dos direitos da personalidade presentes em seu conteúdo, especialmente da intimidade. O problema científico dessa pesquisa questiona se a preservação do sigilo médico após a morte do paciente, conforme disposto no Código de Ética Médica brasileiro, é compatível com o Ordenamento Jurídico brasileiro, essencialmente se conflita com a teoria dos direitos da personalidade, já que o Código Civil prevê que a morte marca o fim da personalidade jurídica. Constatou-se que a pós-eficácia, entendida como projeção póstuma dos direitos da personalidade, tem compatibilidade com a interpretação pós-positivista do Código Civil e que, consequentemente, enseja a possibilidade da pós-eficácia do direito de sigilo médico, para contribuir com o conforto psíquico em fim de vida do paciente, e realça o reconhecimento do enfermo como sujeito de direitos, digno e dotado de autodeterminação informacional. Trata-se de uma pesquisa qualitativa por meio da qual foi utilizado o método de estudo comparado com as fontes de Direito portuguesas. Utilizou-se o método descritivo-analítico, bem como as técnicas de pesquisa para o levantamento bibliográfico foram a observação sistemática e a análise de conteúdo. Foi configurada uma pesquisa exploratória, destinada a aprofundar o conhecimento acerca do contexto em que é feita a documentação clínica, quando se operacionaliza o dever do sigilo médico, inclusive após a morte do paciente. O tema interessa diretamente a uma minoria vulnerável, uma parcela dos pacientes em fim de vida que, para garantir o conforto psíquico em fim de vida, necessitam ter a segurança jurídica de que as suas diretivas de vontade serão obedecidas, especialmente no que tange ao conteúdo que pleiteia a manutenção do sigilo após a morte; bem como aos profissionais e às instituições de saúde. Foi elaborada uma construção argumentativa voltada para a compreensão jurídica da importância, da operacionalização da eficácia póstuma dos direitos da personalidade e, consequentemente, do sigilo médico enfrentando o desafio da variedade de fontes, para, de modo integrativo, estabelecer uma estrutura legal e fundamentar a possibilidade de proteção após a morte de sigilo médico, quando requerida pelo paciente nas diretivas antecipadas de vontade.

Palavras-chave: Processo clínico; Sigilo Médico; Direitos da Personalidade; Pós-eficácia dos direitos da personalidade; Diretivas antecipadas de vontade.

ABSTRACT

The autonomous choices madefor the self-management of personality rights might be respected, in accordance with the right to identity, including those concerning informational self-determination in relation to sensitive personal data from clinical processes. The duty of medical confidentiality is primarily intended to safeguard the rights of the personality present in its content, especially privacy. The scientific problem of this research is the question of whether the preservation of medical confidentiality after the patient's death, as provided for in the Brazilian Code of Medical Ethics, is compatible with the Brazilian Legal Order; especially if it conflicts with the theory of personality rights, since the Civil Code expresses that death marks the end of legal personality. It was concluded that post-efficacy, understood as a posthumous projection of personality rights, is compatible with the post-positivist interpretation of the Civil Code, and that, consequently, opens up the possibility of post-efficacy of the right to medical confidentiality; contributes to the psychic comfort at the end of the patient's life, and emphasizes the recognition of the patient as a subject of rights, of dignity, and with informational self-determination. This is a qualitative study; in which a study was carried out compared to the sources of Portuguese law; the descriptive-analytical method was used; the research techniques for the bibliographic survey were systematic observation and content analysis; and it was an exploratory research, aimed at deepening the knowledge about the context in which the clinical documentation is made, that the duty of medical confidentiality becomes operational; and how they are guarded after the patient's death. The thesis is of direct interest to a vulnerable minority, some of terminally ill patients, who, in order to guarantee psychological comfort, might have the legal certainty that their directives of will are going to be abided, especially regarding on content that demands the maintenance secrecy after death; in addition, it interests health professionals and institutions. An argumentative construction was elaborated focused on the legal understanding of the importance and operationalization of the posthumous effectiveness of personality rights, and, consequently, of medical confidentiality; facing the challenge of the variety of sources, in an integrative way to establish a legal framework to support the possibility of protection after the death of medical confidentiality, when required by the patient, in advance directives of will.

Keywords: Clinical process; Medical confidentiality; Personality Rights; Post-effectiveness of personality rights; Advance will directives.

RESUMEN

En cumplimiento al derecho a la identidad, se deben respetar las elecciones autónomas realizadas en términos de autogestión de los derechos de la personalidad, incluidas las de autodeterminación informativa sobre datos personales sensibles de procesos clínicos. El deber de confidencialidad médica tiene como principal objetivo salvaguardar los derechos de la personalidad establecidos en su contenido, especialmente la intimidad. El problema científico de esta investigación cuestiona si la preservación de la confidencialidad médica después de la muerte del paciente, según lo dispuesto en el Código de Ética Médica de Brasil, es compatible con el Orden Jurídico Brasileño, esencialmente si no harmoniza con la teoría de los derechos de la personalidad, ya que el Código Civil dispone que la muerte marca el fin de la personalidad jurídica. Se constató que la post-eficacia, entendida como proyección póstuma de los derechos de la personalidad, es compatible con la interpretación pospositivista del Código Civil y, en consecuencia, permite la posibilidad de post-eficacia del derecho a la confidencialidad médica, para contribuir con comodidad psicológica en el final de la vida del paciente, y destaca el reconocimiento del paciente como sujeto de derechos, digno y dotado de autodeterminación informativa. Se trata de una investigación cualitativa a través de la cual se utilizó el método de estudio comparado con las fuentes del derecho portugués. Se utilizó el método descriptivo-analítico, así como las técnicas de investigación para el relevamiento bibliográfico fueron la observación sistemática y el análisis de contenido. Se puso en marcha una investigación exploratoria, orientada a profundizar el conocimiento sobre el contexto en el que se realiza la documentación clínica, cuando se hace presente el deber de confidencialidad médica, incluso después del fallecimiento del paciente. El tema es de interés directo para una minoría vulnerable, una porción de pacientes al final de la vida que, para asegurar el bienestar psíquico, necesitan tener la certeza jurídica de que se obedecerán sus directivas de voluntad, especialmente con relación al contenido. que impone el mantenimiento de la confidencialidad después de la muerte; así como profesionales e instituciones de salud. Se elaboró una construcción argumentativa enfocada en la comprensión jurídica de la importancia, de la operacionalización de la eficacia póstuma de los derechos de la personalidad y, en consecuencia, de la confidencialidad médica ante el desafío de la variedad de fuentes para, de manera integradora, establecer una estructura jurídica y fundamentar la posibilidad de protección del secreto médico después de la muerte, cuando lo requiera el paciente en las directivas anticipadas de su voluntad.

Palabras clave: Proceso clínico; Confidencialidad médica; Derechos de personalidade; Post-efectividad de los derechos de la personalidade; Directivas para el fin de vida.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **12**

2 O DEVER DEONTOLÓGICO DE SEGREDO MÉDICO EM DECORRÊNCIA DA CONFIANÇA **22**

2.1 DO DEVER DE REGISTRO DE INFORMAÇÕES À ELABORAÇÃO DO PROCESSO CLÍNICO **22**

2.2 O PRINCÍPIO DEONTOLÓGICO DA CONFIANÇA NA EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE **32**

2.3 BASES DEONTOLÓGICAS DO SEGREDO MÉDICO **45**

2.4 DA CONFIDENCIALIDADE AO SIGILO MÉDICO **49**

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE EM RESPEITO À INDIVIDUALIDADE **59**

3.1 A INDIVIDUALIDADE DO PACIENTE: *PERSONALIDADE*, *IDENTIDADE E AUTONOMIA* **59**

3.2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO PRELÚDIO DA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE **78**

3.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL **86**

3.4 DA ORIGEM AO CONCEITO ATUAL DO DIREITO À INTIMIDADE **95**

3.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DO DIREITO À INTIMIDADE **103**

4 A TITULARIDADE E O ACESSO AO PROCESSO CLÍNICO POR TERCEIROS E SUAS LIMITAÇÕES **112**

4.1 MARCOS REGULATÓRIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS DA SAÚDE E DO SIGILO MÉDICO NO BRASIL E EM PORTUGAL **112**

4.1.1 Regulação da proteção de dados pessoais e sensíveis da saúde no Brasil **114**

4.1.2 Regulação da proteção de dados pessoais e sensíveis da saúde em Portugal **121**

4.2 TITULARIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO PROCESSO CLÍNICO **127**

4.3 ACESSO DE TERCEIROS AO PROCESSO CLÍNICO E LIMITAÇÕES **137**

5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CLÍNICAS E A PROTEÇÃO DO SIGILO **147**

5.1 DAS BASES MORAIS AO ESTABELECIMENTO DA BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL **147**

5.2 A CONFIANÇA COMO ELEMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA PARA A PROTEÇÃO DO SIGILO MÉDICO **159**

5.3 A TEORIA SOCIAL DOS CONTRATOS E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTOS DO DEVER DE SEGREDO MÉDICO **166**

5.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DO SIGILO MÉDICO À LUZ DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO **176**

6 A PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE*: A PROJEÇÃO PÓSTUMA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE* **183**

6.1 JUSTIÇA INTERGERACIONAL E A TESE DO LEGADO PARA FUTURAS GERAÇÕES: *PREOCUPAÇÃO COLETIVA COM O PÓS-MORTE* **183**

6.1.1 Na proteção ambiental **185**

6.1.2 Nos limites da engenharia genética **189**

6.2 INTRODUÇÃO À PÓS-EFICÁCIA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE: *PREOCUPAÇÃO PÓSTUMA INDIVIDUAL* **198**

6.3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE **204**

6.4 FONTES LEGAIS PARA A DEFESA DA PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE **216**

6.4.1 Brasil: bases legais para a pós-eficácia dos direitos da personalidade **217**

6.4.2 Portugal: fundamentos legais para a pós-eficácia dos direitos da personalidade **219**

6.5 TEORIA DOS INCENTIVOS RACIONAIS APLICADA À PROTEÇÃO DA INTIMIDADE COMO ARGUMENTO PARA A PÓS-EFICÁCIA **222**

7 INSTITUTOS CORRELATOS À PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE **231**

7.1 A SUCESSÃO DE DIREITOS EM CONTRAPOSIÇÃO À PÓS-EFICÁCIA **231**

7.2 A PROTEÇÃO DA MEMÓRIA DO MORTO **241**

7.3 A TUTELA DO CADÁVER **254**

8 A PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO E A TUTELA *POST MORTEM* DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO PACIENTE **261**

8.1 IMPORTÂNCIA E EMBASAMENTOS PARA A PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO **261**

8.2 ENQUADRAMENTO DO TEMA NA TEORIA DOS PROBLEMAS PERVERSOS **271**

8.3 CONSEQUÊNCIAS INCIDENTAIS DA PÓS-EFICÁCIA DO SEGREDO MÉDICO **280**

8.3.1 A possibilidade de ocultação de erro médico devido à inacessibilidade de informações por herdeiros **280**

8.3.2 Prejuízo à operacionalização dos seguros de vida **286**

8.3.3 Entraves para cálculos estatísticos direcionados às políticas públicas em saúde **290**

9 PROPOSTAS PARA DISCIPLINAR E VIABILIZAR A PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO NO BRASIL **299**

9.1 ESTÍMULO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE **299**

9.2 ATUAÇÃO DOS COMITÊS DE BIOÉTICA E DOS CONSELHOS DEONTOLÓGICOS NA TUTELA *POST MORTEM* DO SEGREDO MÉDICO **307**

9.3 POSITIVAÇÃO DA PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO SIGILO MÉDICO **315**

9.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO PARA A EXIGIBILIDADE DA PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO **320**

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS **329**

REFERÊNCIAS **339**

1 INTRODUÇÃO

“Tu dirás que é a Morte; eu direi que é a Vida.”

Machado de Assis (1994).

“A história de um homem só termina quando toda
a história foi contada.
Se trouxermos algo de novo, a história continua.
A morte é apenas um capítulo para
incrementarmos nossa vida.”

Santiago Nazarian (2020).

A finitude da vida deve ser estudada não somente sob a perspectiva do ser que morre, há que se considerar que seus reflexos ultrapassam a individualidade. Por mais repercussões particulares que sejam causadas, a morte deve ser examinada também como acontecimento social. É necessário que se tome a morte em seu caráter simbólico-cultural, assim como seja levando em conta que, na prática, ela envolve também os herdeiros – familiares ou não; os profissionais da saúde – se for o caso de uma morte medicalizada; e o Estado – para que sejam defendidos interesses públicos que dizem respeito ao tema.

Desta feita, qualquer reconhecimento de direitos subjetivos às pessoas, que sejam relacionados à morte, bem como qualquer eventual ampliação de efeitos de direitos já existentes, deve ocorrer com base nos seus reflexos no plano da eficácia, para além da individualidade do titular. Requer-se, então, que o Direito contrabalanceie as demandas individuais, com as sociais; protegendo o ser humano único e irrepetível, e a humanidade como um todo; levando em consideração a possibilidade de transcendência da vida, no sentido de permanência da projeção dos reflexos da existência individual da pessoa, na sociedade, após o falecimento.

É sob o prisma da originalidade da personalidade psíquica do indivíduo, que emerge o direito à identidade, o qual, por sua vez, remete ao respeito às escolhas autônomas feitas em sede de autogestão dos direitos da personalidade. A esfera de atuação da autonomia privada da pessoa, em relação aos direitos humanitários regulados no Código Civil, volta-se precipuamente para o gozo dos direitos em vida.

No entanto, em alguns casos, à luz da individualidade e com vistas à proteção da dignidade, essa liberdade tem a potencialidade de estender a tutela para além da fase de terminalidade, chegando até a ter determinados efeitos após a morte do titular.

Nesse âmbito de liberdade, estão inseridas as faculdades concernentes aos direitos da privacidade, especialmente o direito à intimidade e ao sigilo, bem como os direitos destinados à proteção da integridade moral e psíquica. Nas relações em que os titulares dos direitos da personalidade se encontram na qualidade de pacientes, a observância desses direitos relacionados à privacidade é imperativa, já que conta com proteção no âmbito deontológico, em acréscimo à tutela jurídica.

Dita proteção ocorre sob o dever inerente aos profissionais da saúde de manterem o sigilo em relação aos dados e às informações pessoais e sensíveis contidas no processo clínico. De forma indireta, esse segredo acaba por contribuir com o resguardo da integridade psíquica do enfermo, pois evita a devassa de dados que poderiam estigmatizá-lo ou que, por motivos particulares, individuais, o paciente não tem interesse que terceiros tenham acesso.

O dever deontológico de sigilo médico, segundo o Código de Ética Médica brasileiro, deve perdurar após a morte do paciente[1]. A partir dessa premissa, o problema científico sobre o qual se pauta a presente pesquisa, reside no questionamento se a tutela *post mortem* do segredo profissional médico é compatível com o Ordenamento Jurídico brasileiro. Cumpre perquirir se essa possibilidade conflita com a teoria dos direitos da personalidade.

É sabido que a morte marca o fim da existência da personalidade jurídica, bem como o fim do suporte-fático no qual são pautados os direitos da personalidade, inclusive, os direitos à privacidade, à integridade psíquica e moral. É justamente devido a tais pressupostos que é inovadora e desafiante a tentativa hermenêutica de aprimorar o entendimento, sedimentado na doutrina, acerca da duração dos direitos da personalidade para estender a projeção de alguns deles após a morte. Justificar a extensão do conteúdo do sigilo médico – que inclui os direitos da personalidade –

[1] Capítulo I – Princípios Fundamentais, “VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, **mesmo depois da morte**”. (CFM, 2019, p. 15, grifos nossos).

pode vir a explicitar os subsídios argumentativos para a tutela póstuma do próprio instituto em si.

Cuida-se, em suma, da análise da extensão dos efeitos dos direitos da personalidade para, ao verificar se há a possibilidade de projeção deles após a morte, tratar da eventual manutenção do sigilo médico além da vida do paciente. Caso seja constatada a possibilidade de prolongamento da eficácia de alguns dos direitos da personalidade, inquire se essa preocupação consiste na proteção da memória do morto; em uma tutela autônoma, na qualidade de novo direito subjetivo; ou em um reconhecimento de ampliação dos efeitos de direitos subjetivos já existentes, por meio de uma hermenêutica mais adequada.

Ademais, em termos práticos, questiona como pode ser operacionalizada essa eventual proteção *post mortem* dos dados pessoais contidos no processo clínico – geralmente requerida em sede de diretivas antecipadas de vontade – em detrimento dos eventuais desdobramentos incidentais que a consequente possibilidade de projeção póstuma dos direitos da personalidade pode causar.

Verificará se é possível utilizar da boa-fé objetiva para, com base na teoria da violação positiva do contrato, defender ser legítima a expectativa de proteção da confidencialidade nos contratos de saúde; e exigir, em sede de responsabilidade civil, a manutenção do sigilo médico, inclusive após a morte do paciente.

O trabalho investigativo proposto enquadra-se na Área de Concentração em Teoria e Dogmática do Direito, do Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Dentro dessa área geral, filia-se à linha de pesquisa “transformações do direito privado”, no grupo de pesquisa concernente às “transformações das relações jurídicas privadas”.

A pertinência do projeto em relação à Linha de Pesquisa é percebida por seu objeto. Trata das transformações jurídicas ocorridas em sede contratual com a transição gradual, e ainda em processo, do modelo paternalista de Medicina; para uma realidade na qual a autonomia do paciente deve ser observada, inclusive no que diz respeito aos desdobramentos do sigilo médico; e é protegida à luz da boa-fé objetiva. Seu recorte é essencialmente voltado ao estudo do direito à privacidade, materializado mais especificamente nos direitos à intimidade e ao sigilo, e à proteção de dados pessoais sensíveis, aplicados à relação médico-paciente;

acrescido do estudo da extensão da eficácia dos direitos da personalidade para após a morte e a consequentemente tutela póstuma do dever do sigilo médico.

O tema interessa a uma minoria vulnerável, uma parcela dos pacientes em fim de vida que, para garantir o conforto psíquico em fim de vida, necessitam ter a segurança jurídica de que as suas diretivas de vontade serão obedecidas, especialmente no que tange ao conteúdo que pleiteia a manutenção do sigilo após a morte. Por consequência, a temática acaba por ser de interesse dos profissionais e das instituições de saúde que, ao terem mais subsídios jurídico-argumentativos para a obediência da autonomia do enfermo, têm a tendência de se sentirem mais confortáveis em atender às exigências libertárias, protegidas pela observância da boa-fé objetiva, nas relações contratuais clínico-hospitalares.

Justifica-se a necessidade de pesquisa sobre o tema, pois muitas vezes os profissionais de saúde fazem uso exclusivamente das resoluções do Conselho Federal de Medicina, como instrumentos norteadores de condutas, em face da ausência de previsão legislativa *stricto sensu* expressa no sentido de preconizar a tutela póstuma do sigilo médico. Como a previsão no Código de Ética Médica está mais avançada, corre-se o risco de que a disposição para a proteção pós-morte dos dados pessoais sensíveis do processo clínico não seja cumprida, devido à falta de fontes de Direito mais fiáveis, e com força coativa.

Em uma realidade na qual, muitas vezes, até no ambiente privado da prestação de serviços de saúde os médicos e demais profissionais e não têm sequer uma estrutura física apropriada para o melhor desenvolvimento de suas funções – com falta de equipamentos de proteção individual, fármacos, tecnologia adequada, por exemplo –, o respaldo jurídico e ético a qual eles têm acesso tende a ser deficitário.

Uma das razões para esse déficit é o fato de o mito da onisciência médica, que resulta na tolerância ao paternalismo, ainda remanescer no senso comum. Além da questão de não ser dada a atenção necessária à deontologia, outro motivo reside no problema de as instituições de saúde, em regra, não apresentarem, ou não utilizarem de modo mais efetivo as comissões de ética, para deliberação acerca de

casos mais difíceis; deve-se também à falta de costume, na dinâmica clínica, de efetuar consultorias jurídicas prévias.

Nesse cenário, é até compreensível a relutância inicial, por parte dos profissionais, em atender a um pleito não habitual de resguardo do sigilo após a morte. De modo geral, há uma certa insegurança jurídica e ética nas demandas individuais mais progressistas, existe um receio de a obediência a um pleito de autonomia do paciente configurar uma negligência. Ora, se a adoção das diretivas de vontade para fim de vida, por parte dos pacientes, e a aceitação e observação delas, pelos profissionais, por si só ainda é um desafio; mais desafiadora se mostra a obediência a uma cláusula específica, contida no instrumento para fim de vida, que requeira a proteção do sigilo médico após a morte.

Afirmar que é entendível a sensação de insegurança, nesse sentido, não representa uma contradição quanto à necessidade de respeito à individualidade das vontades dos pacientes e a importância do enfrentamento do problema acerca de que é defensável juridicamente a proteção póstuma dos direitos da personalidade dos enfermos. A lógica é justamente contrária, pois busca entender as deficiências, em termos de segurança jurídica, sobre o prolongamento após a morte do sigilo médico para construir ou reconhecer uma tutela jurídica eficaz. A busca pelos direitos dos pacientes converge com a conquista de embasamentos jurídicos para os profissionais, pois a relação médico-paciente é horizontal e os seus interesses devem ser convergentes, não opostos.

Será testada a hipótese segundo a qual os documentos nos quais se materializam o processo clínico abarcam especialmente informações que são de titularidade dos pacientes; com dados personalíssimos, correlacionados com a integridade psíquica do paciente; protegidas pelos direitos da personalidade. Logo, como a devassa do processo clínico atacaria a intimidade do paciente, sendo capaz de afetar a sua dignidade, deve ser combatida, à luz da observância da boa-fé objetiva, sobretudo em face do agravamento de riscos causados pela Medicina subespecializada, e prestada por uma pluralidade de profissionais da saúde, muitas vezes até de forma síncrona; em acréscimo aos cuidados multidisciplinares,

Considerando-se que, mesmo sendo o evento morte o marco para a extinção dos direitos da personalidade, é possível ocorrer a eficácia de alguns deles *post mortem*, de modo que se pode afirmar que o dever de sigilo médico deve ser mantido mesmo após a cessação da vida, caso haja posicionamento do paciente em diretivas antecipadas de vontade; independentemente de positivação expressa, já que o Direito se encontra em uma fase pós-positivista – embora se acredite que qualquer positivação apresentaria um contributo louvável, do ponto de vista da segurança jurídica.

Em complemento à hipótese, tem-se que é primordial a atuação das comissões de bioética, dos conselhos de ética, como intermediadores do fornecimento das informações clínicas protegidas pelo sigilo médico póstumo; e em caso de suspeição, subsidiariamente, será acionado o Ministério Público para fiscalizar; e o Poder Judiciário para propiciar o fornecimento indireto de dados que julgar cabíveis às partes requerentes.

Para tanto, esta tese contará com oito capítulos, além desta seção introdutória. O primeiro capítulo tratará do instituto central da tese, o dever deontológico de segredo médico em decorrência da confiança. Iniciará abordando o dever de registro de informações inerente aos médicos; tratará da confiança na qualidade de princípio deontológico; das bases deontológicas; e do percurso do reconhecimento da necessidade de confidencialidade para operacionalizar uma relação médico-paciente viável e eficaz, à sedimentação do sigilo enquanto dever deontológico.

O segundo capítulo abordará os direitos da personalidade na perspectiva da proteção da intimidade em respeito à individualidade, para se verifique como ocorreu no Brasil a sedimentação dos direitos da personalidade, especialmente do direito à intimidade, tão importante em matéria de sigilo médico. O enfoque que será dado à individualidade, deve-se à importância argumentativa de se preconizar o direito de ser único e irrepetível, para que se reconheça a legitimidade dos pleitos oriundos de minorias, mas que sejam plausíveis sob o prisma valorativo.

O capítulo seguinte irá delinear a quem cabe a titularidade e o acesso ao processo clínico, para estabelecer os limites e o acesso por terceiros. Nele será feito um estudo comparativo sobre a regulação da proteção de dados pessoais e

sensíveis no Brasil e em Portugal, para que se analise como a proteção jurídica é destinada ao respeito à titularidade e ao sigilo das informações contidas nos processos clínicos.

No quarto capítulo, far-se-á uma análise do princípio da boa-fé objetiva nas relações clínicas para verificar se a sua aplicação pode contribuir com a proteção do sigilo médico. Para tanto, serão tratadas as bases morais ao estabelecimento da boa-fé como princípio contratual; da teoria social dos contratos e como a boa-fé objetiva pode servir como base para o sigilo médico. Será evidenciada a questão acerca da possibilidade de usar a violação positiva do contrato como teoria para a aplicação da responsabilidade civil ao sigilo médico.

A possibilidade de projeção de reflexos dos direitos da personalidade após a morte, em que pese a extinção da personalidade, será objeto do capítulo quinto. Primeiro será enfrentado o problema da preocupação coletiva com o período pós-morte, utilizando-se como base exemplificativa a transcendência da vida na perspectiva de existência de justiça intergeracional; aproximando-se do cerne da tese, será apresentada uma introdução acerca do instituto da pós-eficácia dos direitos da personalidade, evidenciando a preocupação individual com o pós-morte. Em seguida, será realizada a delimitação conceitual, bem como as fontes legais do instituto mantendo a análise comparativa como Portugal e evidenciando a transdisciplinaridade do tema. Será verificado se a lógica da teoria dos incentivos, em um viés de análise econômica do Direito, pode contribuir argumentativamente em prol da recepção da pós-eficácia pelo Ordenamento Jurídico brasileiro.

No sentido de evitar eventuais confusões entre o conceito de pós-eficácia e os institutos da sucessão de direitos, da proteção da memória do morto, e da tutela do morto, o capítulo subsequente estabelecerá uma análise comparativa para reforçar a delimitação conceitual da proteção autônoma da projeção póstuma dos direitos da personalidade.

A questão central da tese, a avaliação da possibilidade de haver a pós-eficácia do sigilo médico para a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade do paciente, será abordada no capítulo sete. Começará tratando da importância e dos embasamentos para a projeção póstuma do sigilo médico. Em seguida, utilizará a

teoria dos problemas perversos para explanar a dificuldade teórico-prática do tema, que enseja uma pluralidade de consequências incidentais. Por último, irá ponderar acerca desses incidentes, a saber, da possibilidade de ocultação de erro médico devido à inacessibilidade de informações por herdeiros; do prejuízo à operacionalização dos seguros de vida; e dos entraves para cálculos estatísticos direcionados às políticas públicas em saúde.

Comprovando a preocupação com o plano prático da aplicação das conclusões a serem extraídas por meio da referente tese, o capítulo oitavo apresentará propostas destinadas a disciplinar e viabilizar uma eventual pós-eficácia do sigilo médico no Brasil, em que pese o caráter desafiante e complicador que o tema salienta. Será analisado se o estímulo às diretivas antecipadas de vontade, a atuação dos comitês de ética e dos conselhos deontológicos, a positivação da pós-eficácia do sigilo médico e a aplicação da teoria da violação positiva do contrato para a exigibilidade do segredo são soluções hábeis para a compatibilização entre os pleitos individuais e os limites jurídicos.

Tendo por base os objetivos propostos e as questões que orientam a investigação, utilizar-se-á como marco teórico acerca dos Direitos da Personalidade as obras de Rabindranath Capelo de Sousa, Diogo Leite de Campos e Pedro Pais de Vasconcelos; sobre Direito Médico e Biodireito, o pensamento de André Dias Pereira; sobre Responsabilidade Civil e as teses de tutela *post mortem*, a produção acadêmica de António Menezes de Cordeiro; em relação aos aspectos sobre a Análise Econômica do Direito, as explanações de Fernando Araújo.

Apesar de se pretender utilizar doutrinas de outras nacionalidades, às portuguesas será dado destaque, pois em Portugal já existe um posicionamento jurídico mais avançado no que diz respeito à projeção póstuma dos direitos da personalidade e aos desdobramentos do sigilo médico; e devido ao fato de o presente trabalho doutoral contar com um período-sanduíche de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Desta forma, far-se-á um estudo comparado com a doutrina portuguesa, em acréscimo às outras fontes do Direito de mesma origem, em especial às legislações e aos diplomas deontológicos médicos, para verificar se a base argumentativa

lusitana pode ser aproveitada para o progresso do Direito brasileiro em relação à temática abordada; por meio do uso do método descritivo-analítico. Pretende-se, desta forma, especialmente explicitar o estado do Direito brasileiro sobre a proteção dos direitos da personalidade, e sobre eventuais previsões legislativas acerca da proteção de dados pessoais sensíveis e clínicos após a morte, estabelecendo um paralelo com a realidade legislativa de Portugal.

As técnicas de pesquisa a serem usadas para o levantamento bibliográfico serão a observação sistemática e a análise de conteúdo. A pesquisa bibliográfica será descritiva e explicativa no sentido de aprofundar o conhecimento sobre a eficácia dos direitos da personalidade, acerca da proteção demandada pelo ordenamento quanto aos reflexos sociais causados pela morte para tratar do sigilo médico e da possibilidade de extensão de efeitos além da vida do paciente, assim como abordar de que modo a responsabilidade civil pode contribuir com a exigibilidade da tutela póstuma, especialmente orientada pela boa-fé objetiva.

Utilizar-se-á o método de estudo qualitativo, com o intuito de compreender os fenômenos de forma holística no seu contexto, por meio da observação, colheita e análise dos dados acerca da proteção dos dados pessoais sensíveis dos pacientes, materializados nos processos clínicos.

Tratar-se-á de pesquisa exploratória por ter o propósito de aprofundar o conhecimento acerca do contexto no qual é feita a documentação clínica, quando se operacionaliza o dever do sigilo médico por meio de pesquisa bibliográfica de autores especializados em Bioética, Medicina e Filosofia, bem como de pesquisa documental aos documentos deontológicos; utilizando-se como critério de inclusão a análise do contexto psicossocial dos pacientes em atendimento emergencial e/ou ambulatorial, nas instituições de saúde.

Em acréscimo, será utilizado o método hipotético-dedutivo, já que se confrontará o marco do fim da personalidade jurídica, a morte, com a necessidade de perdurar a tutela jurídica de alguns direitos da personalidade após tal evento, sem que caracterize a transferência de direitos para herdeiros – já que os direitos dessa classe são intransmissíveis. Será estabelecido o confronto entre o direito que assiste aos pacientes de expressarem diretivas de vontade, à luz da autonomia, e a

insegurança jurídica acerca da possibilidade de prorrogação do dever de sigilo médico após a morte do paciente; contrapondo o atual paternalismo médico – pautado mais no desamparo legal sobre o tema, que em prepotência científica – com a necessidade de respeitar a individualidade e a intimidade dos enfermos.

Apesar de a pesquisa se inserir precipuamente no âmbito do Direito Civil, do Direito Constitucional e do Direito Médico, ela baseia-se na ideia de transdisciplinaridade, e apresenta desdobramentos nas áreas da Bioética – precipuamente da Deontologia Médica –, da Psicologia, da Filosofia, da Economia, do Direito Ambiental e da Sociologia.

O corpo da pesquisa aproveitará essa abrangência elaborando uma construção argumentativa voltada para a compreensão jurídica da importância e da operacionalização da eficácia póstuma dos direitos da personalidade e, consequentemente, do sigilo médico. Enfrentará o desafio da variedade de fontes para que, de forma coesa, busque estabelecer uma estrutura legal que fundamente a possibilidade de proteção após a morte de sigilo médico, quando requerida pelo paciente nas diretivas antecipadas de vontade.

2 O DEVER DEONTOLÓGICO DE SEGREDO MÉDICO EM DECORRÊNCIA DA CONFIANÇA

"É preciso erradicar da alma todo medo e terror
do que o futuro possa trazer ao homem."

Rudolf Steimer (1910).

2.1 DO DEVER DE REGISTRO DE INFORMAÇÕES À ELABORAÇÃO DO PROCESSO CLÍNICO

É indiscutível que o afastamento entre o médico e o paciente dificulta um bom procedimento da prática clínica, e pode chegar a impossibilitar o correto diagnóstico. É por tal razão que a existência de um grau de confiança mínima entre as partes do contrato de prestação de serviços de saúde se faz necessária, mesmo que tal vínculo subjetivo em muito se aparte da confiabilidade que se fazia mais presente durante o período paternalista da Medicina. No início da prática desta ciência, o médico era praticamente considerado um deus, como um sacerdote. Ele acreditava que sabia mais que o próprio enfermo sobre, inclusive, os limites da suportabilidade ou não de um tratamento. Desconsiderava-se toda a individualidade e a autonomia que são tão elogiadas na atualidade da Ética Médica.

Ao mesmo tempo em que a ruptura da confiança cega nos médicos contribui com uma participação mais ativa dos doentes e dos seus representantes, gradativamente diminui o peso das expectativas que foram depositadas em tais profissionais. O reconhecimento da humanidade dos médicos e da consequente suscetibilidade às falhas faz com que a confiança passe por uma transformação, bem como passe a consistir na crença de que os profissionais destinarão todos os meios de tratamento disponíveis e que melhor se adequem à realidade clínica do enfermo. Essa conduta no campo da responsabilidade civil configura uma obrigação de meio, e não de resultado, à exceção dos procedimentos estéticos não-reparadores. Nessa realidade, tem-se a expectativa de que todas as manobras clínicas serão devidamente documentadas e de que será mantido o sigilo profissional acerca das informações que podem ser abstraídas dos dados do processo clínico.

Desta feita, a Medicina do diagnóstico ocorre sobretudo de forma probabilística, mesmo que atinja um elevadíssimo grau de expressão. Não são raros também os casos em que é feito o diagnóstico de forma presumida ou apenas provável, ou ainda, até representado por um simples ponto de interrogação. Perante tais incertezas, dificuldades e incógnitas, é esperável que o médico se exima de realizar um pronunciamento oracularmente, bem como passe a se refugiar em condicionalismos e relativismos, sem ocultar a verdade, mas revelando a fragilidade e a incompletude da aproximação à verdade que lhe foi possível descobrir no complexo mosaico do acontecimento vital a que se chama de doença (OSSWALD, 2014, p. 135-136).

Nesse contexto, o médico não é obrigado a providenciar a cura, até porque muitas vezes tal objetivo não depende exclusivamente dele, já que as ciências médicas e correlatas não evoluíram ao ponto de garantir o restabelecimento total da saúde. É imprescindível que as condutas administradas não sejam escusas, que sejam condizentes com as boas práticas científicas da época, e que sejam devidamente documentadas.

Ora, se a Medicina é uma espécie de conhecimento científico e se, como tal, é organizada ou segue métodos, para que se chegue à determinada conclusão acerca do diagnóstico ou do melhor tratamento a ser adotado, é razoável pretender que as ações sejam documentadas, assim como os medicamentos, exames e manobras clínicas adotadas, para que se possa entender, de forma clara e objetiva, quais razões embasaram as condutas dos profissionais.

Considerando-se que os registros clínicos efetuam contribuições para as cinco áreas no âmbito da atividade médica, quais sejam: auxiliar de memória; transferência de informação; avaliação de qualidade; formação; e investigação (QUEIROZ, 2009, p. 221), pode se destacar uma metodologia de organização do registro clínico: o Registro Médico Orientado por Problemas[2] (RMOP).

O RMOP foi criado por Weed (1968, p. 7-9) e sugere que o registro dos dados dos pacientes ocorra de forma orientada para cada problema, de modo que os registros contenham uma lista, em constante atualização, de todos os problemas de

[2] Expressão original em inglês, *Problem Oriented Medical Record,* POMR.

cada paciente, incluindo de forma clara e expressa tanto o diagnóstico quanto todas as manifestações que ainda não tenham diagnóstico especificado, bem como sintomas ou manifestações físicas anormais. Nessa lista dinâmica, além de haver uma compacta história clínica do paciente, há uma separação entre os problemas ativos e os inativos para que se possa facilmente identificar quais problemas apresentam, em determinado momento, importância imediata.

Merece destaque a metodologia de Weed, essencialmente por enfatizar que o bom atendimento ao paciente depende da educação dos envolvidos no cuidado e que, em grande medida, a qualidade da educação depende de boa documentação clínica, já que o autor destaca que o registro médico serve como um documento de ensino que deve permitir ao médico aprimorar seus conhecimentos, ao mesmo tempo em que cuida do paciente (HURST,1971, p. 51).

Esse registo sistemático das consultas facilita o acesso por profissionais dos conhecimentos acerca do doente, e auxilia na reflexão sobre os problemas de saúde identificados, levando à tomada de decisões de intervenção (GRANJA; OUTEIRINHO, 2018, p. 44). Permite também que se estabeleça o perfil de consumo de cuidados médicos e a sua cronologia, para que haja a compilação de informações que possam orientar o médico para a verdadeira natureza subjacente aos problemas apresentados; além da reunião de indícios que podem se somar a outros elementos do agregado familiar. O RMOP, ao registrar os cuidados de saúde prestados por longos períodos ao doente, melhora o planejamento das atividades preventivas, assim como o acesso aos registros de dados relacionados com os procedimentos preventivos, e permite que se elabore um cronograma das medidas que se seguem (QUEIROZ, 2009, p. 222).

O RMOP apresenta três áreas fundamentais de armazenamento, quais sejam, os dados-base do paciente, as notas clínicas progressivas e a lista de problemas; e requer que se utilize um método altamente eficiente no que tange à recuperação da informação que é necessária para que seja garantida a continuidade de cuidados, o que demanda que a elaboração dos registros ocorra de forma sistemática e precisa, tão completos quanto a pertinência o exija, sem que se use de redundância ou de excesso de detalhes (RAMOS, 2008, p. 38). As notas clínicas progressivas ou de seguimento, que compõem os registros clínicos, são elaboradas

em quatro estruturas que formam o acrônimo SOAP, sigla que significa Subjetivo, Objetivo, Avaliação e Plano.

Conforme esclarece Queiroz (2018, p. 223), o item subjetivo concerne ao ponto de vista do doente, incluindo queixas e sentimentos; o elemento objetivo diz respeito à visão do médico, com dados registrados sem viés, incluindo os resultados de testes de diagnóstico; a estrutura de avaliação serve para identificar o problema e o seu grau de resolução naquele momento; e o plano concerne à proposição de medidas terapêuticas, aos pedidos de exames complementares de diagnóstico, à referenciação e ao aconselhamento feito englobando, também, o agendamento da próxima consulta de reavaliação. É de suma importância que o plano questione a importância do problema para o doente, além das investigações a empreender.

Nesse sentido, independentemente da metodologia de organização do processo clínico que se utilize, faz-se necessário que as informações sejam arrumadas para que possibilite a sucessão ou alternância de profissionais da saúde; fazendo com que outro, ao ter acesso ao processo clínico, consiga compreender exatamente quais manobras clínicas foram feitas em momento anterior; e possa igualmente contribuir com novos dados e informações, promovendo a constante atualização da biografia sanitária. Essa organização é importante para evitar a repetição de exames e de condutas previamente testadas, o que pode causar uma redução de custos.

Favorece, então, a rápida adoção de medidas terapêuticas; serve para possibilitar a correta e completa informação destinada ao enfermo, acerca da sua saúde e das possibilidades de cura ou tratamento; fornece informações de grande relevância para casos em que se faça necessária uma auditoria, externa e interna; além de apresentar relevante carga probatória, seja em uma demanda de cunho ético, seja em uma lide discutida em sede jurídica; e mostra-se como importante fonte para pesquisas científicas no âmbito da saúde.

Esse dever de documentação constitui um dos aspectos resultantes do dever de informação, e exige que o médico possibilite prova indiciária por meio da diligente redação dos dados clínicos. Ademais, estabelece a influência de tais dados na carga probatória, posto que será cabível responsabilização do médico em caso de

subtração ou alteração de documentos que seriam importantes para solucionar controvérsias, bem como quando houver redigido de forma inexata ou incompleta os dados clínicos. O dever de documentação do médico é influenciado pela distribuição da carga probatória, já que é evidente que ele fica prejudicado no plano probatório caso altere ou subtraia documentos importantes para a solução de controvérsias, o mesmo ocorre caso seus atos sejam feitos com redação inexata ou incompleta, apesar de não poder considerar o dossiê clínico como uma prova de verdade irrefutável e absoluta (PEREIRA, André, 2004, p. 526-527).

A obrigação de documentar mostra-se, pois, condizente com os valores fundamentais da Medicina, já que, segundo Price (2012, p. 99), figuram nesse rol o valor da verdade. É óbvio que a verdade que interessa ao doente assume eminentemente um caráter prognóstico, por concernir ao seu futuro, à evolução da enfermidade, às perspectivas de melhoria, cura, ou à previsibilidade de um desenlace fatal e, neste caso, servem para remeter a um cálculo do período de sobrevida (OSSWALD, 2014, p.136).

Vê-se, então, que a sedimentação de tais direitos dos pacientes implica deveres ativos por parte dos profissionais clínicos, além de ser oportuno sublinhar que essas obrigações transcendem o campo ético/deontológico, e passam a ser exigíveis juridicamente. Do dever de documentação, resulta a elaboração da biografia sanitária designada como processo ou história clínica e, também, muitas vezes denominada como prontuário médico.

Trata-se da compilação de todas as fichas clínicas, de laudos dos exames clínicos e/ou de imagem, descrição de medicamentos administrados, de tratamentos desenvolvidos e de tendências ao desenvolvimento de algumas doenças com base nas origens genéticas, somadas a toda documentação que contenha dados relevantes para a atividade assistencial, seja originária de profissionais da medicina, seja de origem de qualquer outro profissional da saúde, que tenha feito alguma intervenção na prestação de cuidados.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil adota a terminologia prontuário médico e o define no primeiro artigo[3] da Resolução nº 1.638/2002. Apesar de se concordar com a parte do dispositivo que ressalta o caráter legal, sigiloso e científico, e a função de possibilitar a comunicação entre membros da equipe multiprofissional, bem como a continuidade da assistência prestada ao indivíduo, prefere-se a expressão processo clínico, ou ainda, história clínica – esta última é a expressão mais comumente utilizada na Espanha.

A primeira crítica a ser feita à designação 'prontuário médico' diz respeito à sua adjetivação, que erroneamente pode remeter à ideia de que os dados contidos na biografia sanitária são de procedência exclusiva dos profissionais da medicina, desconsiderando a frequente abordagem multiprofissional que se faz presente na assistência clínica; de modo que, caso venha a ser adotada a terminologia prontuário, é preferível que seja adjetivada como prontuário terapêutico, clínico ou do paciente.

Outro fator que merece ser pontuado diz respeito à falsa ideia que o termo 'prontuário médico' pode ensejar, a de que se trata de documentação de propriedade do médico, quando se sabe que, na verdade, apesar de existirem algumas informações subjetivas de titularidade do médico, em regra a titularidade da história clínica pertence ao paciente.

Ademais, critica-se o uso da locução prontuário médico tendo em vista que, conforme o senso comum, alguns pacientes tendem a restringir a noção de prontuário às fichas clínicas; já que a nomenclatura não apresenta a tendência generalista que os termos processo clínico, história clínica e biografia sanitária expressam.

Sendo assim, cumpre pontuar o esclarecimento que é fornecido por André Pereira (2013, p. 193-194), ao expressar que as fichas clínicas integram parte do processo clínico. Trata-se da uma parte do processo que foi escrita ou instruída pelo

[3] RESOLVE: Art. 1º - Definir prontuário médico como o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada, de caráter legal, sigiloso e científico, que possibilita a comunicação entre membros da equipe multiprofissional e a continuidade da assistência prestada ao indivídu

médico, na sequência da consulta ou intervenção cirúrgica, de modo que processo clínico é um conceito mais amplo.

A legislação brasileira no tocante ao dever de documentação dos profissionais de saúde, infelizmente, ainda se mantém pouco desenvolvida, fazendo com que se valha, na maioria das vezes, dos preceitos deontológicos firmados pelo Conselho Federal de Medicina, o que faz com que a exigibilidade deles já se mostre prejudicada na origem, por terem força apenas de *soft law,* e por se direcionarem a uma classe específica de profissionais, os médicos; sem, em tese, serem de obediência obrigatória por outros integrantes da equipe multidisciplinar de saúde.

Apesar da insuficiência ressaltada, em sede infraconstitucional, no Brasil, cumpre destacar os seguintes dispositivos:

a) A Lei N. 5.433 de 8 de maio de 1968, que regula a microfilmagem de documentos oficiais, e explicita no primeiro artigo que é possível haver a microfilmagem de documentos particulares e oficiais de órgãos federais, estaduais e municipais;
b) A Lei N. 8.069 de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê no artigo 10 a obrigação dos hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestante, de manter registro das atividades desenvolvidas por meio de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; e de identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe;
c) A Lei N. 9.434 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e expressa no parágrafo primeiro do artigo terceiro que os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica, deverão ser mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º, por um período mínimo de cinco anos;
d) No inciso II, do artigo 212, do Código Civil, há menção de que documento serve de meio de prova de fato jurídico;
e) O artigo 750, do Novo Código de Processo Civil, Lei N. 13.105 de 2015, estabelece a necessidade de o requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações, no caso de interdição.

Da análise dos dispositivos supracitados, constata-se a carência de haver uma disciplina mais concisa, direta, direcionada para dotar de exigibilidade jurídica o dever de documentação, e para regulamentar quais itens são imprescindíveis para a composição da biografia terapêutica, tampouco dispõe sobre a titularidade das informações que a compõem, o que obriga o hermeneuta a, muitas vezes, ter que se valer de dispositivos genéricos, adotando-se uma metodologia sistemática do ordenamento, para melhorar valorar os deveres correlatos à elaboração da história clínica. Uma abordagem mais direcionada e até dotada de maior completude sobre o tema pode ser encontrada nas seguintes previsões éticas:

a) O artigo 87, caput, do Código de Ética Médica atual, do Conselho Federal de Medicina, explicita que é vedado ao médico deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente;
b) O parágrafo primeiro do artigo 87, do Código de Ética Médica, expressa que no conteúdo do prontuário devem estar presentes os dados clínicos necessários para a boa condução do caso; sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina;
c) O parágrafo segundo do artigo 87, do Código de Ética Médica, expressa que a guarda do prontuário cabe ao médico ou à instituição que presta assistência ao paciente;
d) O parágrafo terceiro do artigo 87, do Código de Ética Médica, designa ao médico assistente ou ao seu substituto, a incumbência de elaborar e entregar o sumário de alta ao paciente ou ao seu representante;
e) O artigo 88 do Código de Ética Médica expressa que o médico não pode proibir o paciente ou o seu representante legal de ter acesso ao prontuário;
f) O dispositivo seguinte, artigo 89, estabelece que ao médico é vedado liberar cópias do prontuário sob sua guarda, exceto se for para atender uma ordem judicial; ou para elaborar a sua própria defesa; ou quando tiver sido autorizado por escrito pelo paciente;
g) Conforme o artigo 90 do Código de Ética, o médico não pode deixar de fornecer o prontuário quando for requisitado pelos Conselhos Regionais de Medicina;

h) O artigo 91, do mesmo diploma, preconiza que é dever do médico atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal;
i) A Resolução nº 2.218/2018, do Conselho Federal de Medicina, revogou um convênio que havia entre o Conselho Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Informática em Saúde (SBIS), para certificarem a qualidade dos sistemas informatizados;
j) O capítulo X, da Resolução nº 2.056/2013, do CFM, trata da organização do prontuário médico; o capítulo seguinte discorre sobre o processo de registro em prontuário da anamnese, exame físico, prescrições e evoluções médicas;
k) A Resolução nº 1.821/2007, do Conselho Federal de Medicina, apresenta as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde;
l) A Resolução nº 1.638/2002, do Conselho Federal de Medicina: define prontuário; estabelece que a responsabilidade pelo prontuário cabe aos médicos, segundo a hierarquia institucional; e versa sobre o estabelecimento e as competências das Comissões de Revisão de Prontuários;
m) A Resolução nº 1.605/2000, também do CFM, versa sobre o sigilo médico em relação ao conteúdo do prontuário ou ficha médica.

A adoção da criação do processo clínico é mais dependente dos aspectos concernentes ao tipo de informação que se pretende cadastrar e da política de proteção dos dados pessoais, e menos dependente até do que da tecnologia (RIBEIRO, 2009, p. 242). Da análise dos dispositivos contidos no Código de Ética Médica brasileiro acerca do processo clínico, verifica-se a inexistência de especificação sobre a sua estruturação, ou seja, se deve ser física, em papel ou informatizada. Entretanto, prontamente se infere que, de qualquer forma, servirá para subsidiar a continuidade e a verificação do estado evolutivo dos cuidados de saúde.

Em Portugal, o dever de registro de informações para a composição do processo clínico conta com as seguintes bases ético-legais, bem mais específicas e direcionadas para a prática clínica, em comparação com as previsões brasileiras:

a) Artigo 100, n.1, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal, estabelece que o médico deve registrar cuidadosamente os resultados que considerar relevantes, provenientes das observações clínicas dos doentes a seu cargo, conservando-os ao abrigo de qualquer indiscrição, de acordo com as normas do segredo médico;
b) Código Civil português, artigo 573, obrigação de informação: quando o titular de um direito tenha dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem possa prestar as informações necessárias;
c) Art. 575, Código Civil: dever de apresentação de documentos, quando o requerente tem um interesse jurídico atendível no exame deles;
d) Art. 1.161, Código Civil: obrigação do mandatário de prestar contas, quando findar o mandato ou quando o mandante as exigir;
e) Lei n. 48/90, Lei de Bases da Saúde, Base XIV, e) direito de informação sobre a sua situação, as alternativas possíveis de tratamento e a evolução provável do seu estado;
f) Decreto Regulamentar n. 63 de 1994, artigo 41, n.1: obrigatoriedade de registro de todos os doentes.

A criação, manutenção e preservação do processo clínico em arquivo, seja físico seja eletrônico, não configura apenas um dever lateral de conduta. Trata-se, na verdade, de um dever principal de prestação, na relação entre o médico, instituição de saúde e o doente (PEREIRA, André, 2013, p. 190). No Brasil, deve-se manter a conservação do processo clínico por período igual ou superior a vinte anos, conforme estabelece o artigo 8°, da Resolução 1.821/2007, do Conselho Federal de Medicina; e a Lei N. 13.787, de 27 de dezembro de 2018, artigo 6º.

A história clínica pode ser considerada como pedra angular de todo sistema de informação assistencial para a administração, avaliação e planificação sanitária (VERNIS, 2002, p. 1). No cerne da obrigatoriedade de documentação, encontra-se a proteção dos valores mais caros do ser humano – inclusive da dignidade da pessoa humana – os quais muitas vezes só são tutelados de modo eficaz quando se

mantém o sigilo sobre os dados contidos na história clínica, o que evidencia a íntima correlação que existe entre a confiança, o dever de documentação, a elaboração do processo clínico e o segredo profissional. Essa problemática é especialmente importante quando tratado o sigilo após a morte, já que o objeto físico de proteção é justamente o processo clínico.

2.2 O PRINCÍPIO DEONTOLÓGICO DA CONFIANÇA NA EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A corporeidade é um conceito aberto e incerto, pois cada ser humano, como organismo vivo, possui sua própria corporeidade, individualizada no complexo das heranças genética e ecossistêmica; de modo que viver a corporeidade é o primeiro requisito para a qualidade de vida (VIEIRA; BAGGIO, 2009, p. 199). Quando qualquer parte dessa corporeidade adoece, o corpo todo padece, o corpo físico e o corpo mental: em graus diferentes a depender da gravidade do quadro clínico.

Para muitos pacientes, uma falha moral básica dos cuidados médicos é que os médicos e enfermeiros não aceitam o fato da experiência de ser doente, entendida como um conceito direferente da própria doença. A experiência de estar doente é concretizada em como os que sofrem, os familiares e toda a rede social percebem, convivem com e respondem aos sintomas, às deficiências e ao sofrimento (KLEINMAN; BENSON, 2004, p. 19). É por tal razão que as ciências, especialmente as médicas, vêm passando por transformações necessárias, à luz do humanismo ético, para que os profissionais da saúde enxerguem nos enfermos os sujeitos de direitos, que devem ser tratados como pessoas, devem ter suas individualidades respeitadas, e que precisam de ajuda para que a experiência clínica seja o menos traumática possível. O estabelecimento de um elo de confiança entre os participantes dessa experiência é determinante para a delimitação do grau de qualidade que será alcançado com o cuidado de saúde.

A sabedoria e a ciência pertencem à Medicina para que, desta maneira, as enfermidades possam ser melhor dominadas, porque as enfermidades são elementos constitutivos da conformação do saber (WEIZSÄCKER, 2009, p. 127) e esse saber deve ultrapassar os conhecimentos técnicos, para abranger um esforço

global destinado a tratar do sujeito de direitos que se encontra enfermo. Por mais que tal perspectiva apresente um alto grau de evidente aceitação pelo atual senso comum, por mais que as ciências que lidam com a Bioética sejam praticamente uníssonas, nem sempre a realidade das ciências da saúde foi tão evoluída, e as mudanças sociais ocasionaram alterações no trato médico-paciente, assim como modificaram a visão e o conceito do princípio da confiança.

Ratificando o exposto, a Medicina não deve ser definida apenas como conhecimento cognitivo, mas como conhecimento, baseado e direcionado para um fim específico, como um conhecimento direcionado por um princípio arquitetônico, curar ou ajudar a pessoa doente a voltar a ser plena novamente (PELLEGRINO, 1999, p. 63). Ademais, pode-se estabelecer a diferença entre a Medicina da doença e a Medicina da saúde, nos seguintes termos: a primeira é baseada na cura e prevenção; a segunda, na preservação e na promoção. São complementares, apesar de a medicina da saúde ser superior àquela da doença (LEME, 2012, p. 34). Superior no sentido de ter mais preocupação com o tratamento do ser humano, que ocupa o corpo e a mente, que com partes isoladas do todo anatômico.

Desta forma, não deve ser tratada a doença, em si, isolada como um mero objeto cognoscível, o médico na qualidade de sujeito cognoscente deve ter como foco o trato do paciente como um todo. Essa característica global do diagnóstico contemporâneo especifica que não são raras as vezes em que mais de um médico, com especializações diferentes, presta serviços concomitantes ao mesmo enfermo, e faz com que, corriqueiramente, não só o diagnóstico, mas a análise das condutas terapêuticas aplicáveis ocorra de forma colegiada, por uma equipe multidisciplinar de saúde. Tal postura se justifica pelo fato de que o paciente quando adentra na terminalidade, especialmente, não falece por uma complicação de saúde específica, mas por conta da soma de acometimentos à sua saúde, que se propaga por vários órgãos do seu corpo, até chegar ao ponto de ser irreversível.

Sabe-se que a Medicina tipicamente teve o bem-estar, no sentido de saúde física e até mental, como única meta (AMUNDSEN, 1996, p. 1). É necessário que se valorize o livre e ético fluxo de informações, para que o melhor da Medicina seja posto em prática. Para que haja qualquer tipo de tratamento, é preciso que se estabeleça a confiança por parte dos pacientes de que o atendimento clínico não

contrariará os direitos da personalidade e direitos fundamentais dos quais ele é titular. Por outro lado, para que tal ato de fé se faça presente, é imprescindível que essa confiança seja conquistada pelo profissional da saúde e pelas instituições clínicas envolvidas – sejam hospitais, clínicas, postos de saúde, laboratórios de diagnóstico etc.

A concepção de confiança está fundamentada nos ideais de lealdade e retidão moral que se projetam para as ações futuras, em face da incerteza de como e quais serão as ações do outro polo relacional, gerando expectativas de que o resultado a acontecer será benéfico. Na esfera privada, resulta na crença de que a outra pessoa com a qual se relaciona, no âmbito profissional ou pessoal, agirá de modo fiável, transparente e conforme o esperado.

Na relação médico-paciente, é imprescindível que exista confiança, pois sem essa expectativa de lealdade recíproca, não há que se operacionalizar a troca de informações necessárias para que seja feita correta anamnese e para que se delibere, de forma prudente, ética e equilibrada, sobre qual o tratamento a ser implementado. A confiança é via de mão-dupla e, sem essa reciprocidade, não é estabelecida com efetividade.

A enfermidade é um exame, mas também uma lição que se examina e informa (WEIZSÄCKER, 2009, p. 127). Tanto no processo de decisão diagnóstica quanto no de terapêutica, o médico precisa munir-se do máximo de informação possível, especialmente com a colheita da história clínica. Na ciência do diagnóstico, há três modalidades de medicina: a) *intuitiva:* sintomas vagos ou inespecíficos, requer mais experiência e bom senso; b) *precisa*: se conhece causa e tratamento eficaz, permite diagnóstico objetivo; c) *empírica*: intermediária, sintomas e manifestações da doença se associam de forma consistente e há avaliação probabilística dos resultados (ANTUNES, 2012, p. 29-30). Em todas as espécies de diagnóstico, o trato relacional e fiável torna-se primordial para que alcance os fins pretendidos.

Na acepção pública, a confiança salienta o juízo de valor que a generalidade de pessoas faz acerca de um instituto, uma ciência, uma entidade, entre outros, no sentido de acreditar que os objetivos que clamam perseguir, realmente não são escusos, que obedecem, de fato, aos propósitos que ostentam buscar. No caso da

Medicina, a confiança pública que trata de uma ciência que busca o bem-estar das pessoas e a cura das enfermidades – sempre que possível – vem sendo depredada por intenções econômicas, estritamente tecnocientíficas ou por outros objetivos não louváveis apresentados na prática médica.

É certo que “paciente é aquele que sofre, não que é passivo” (KFOURI NETO, 2010, p. 307), porém a consagração da sua autonomia, por meio dos diplomas deontológicos e das legislações pautadas em direitos humanos, não garante na prática que o que resulta das relações seja dentro do moralmente esperado, que a relação seja segura, especialmente no que tange o resguardo das informações íntimas constantes no processo clínico. Um dos direitos que mais constantemente é transgredido, quando há a quebra da confiança na relação clínica, é a intimidade, motivo pelo qual se dá tamanha relevância ao segredo médico.

É preciso sopesar que, na verdade, a confiança está longe de figurar como um momento necessário da interação médico-paciente, pois nos casos em que o paciente chega inconsciente ao hospital; ou quando o médico tem conhecimento do diagnóstico antes do paciente; nos casos em que o médico é imposto ao paciente – médico prisional ou militar – nessas hipóteses não há necessariamente confiança; de modo que não é ajustado condicionar a relevância jurídica do segredo à existência de confiança (ANDRADE, Manuel da Costa, 2008, p. 186). Nessa acepção, o segredo médico é imprescindível, mesmo quando a confiança não foi necessariamente expressada; deve-se frisar, contudo, que tais cenários devem ser considerados como excepcionais, posto ser preferível a manutenção da autonomia do enfermo, sempre que possível for.

Poder-se-ia esperar que a maior atenção dada aos direitos individuais e à autonomia aumentasse a confiança pública nas formas como a Medicina, a ciência e a biotecnologia são praticadas e reguladas; já que o alargamento dos direitos e da autonomia proporcionam aos indivíduos maior controle sobre as formas em que vivem; e aumentam suas capacidades para resistir às demandas e pressões institucionais de outros. No entanto, os esforços generalizados e enérgicos foram ineficazes, a perda da confiança pública na Medicina é um constante refrão nas reivindicações dos grupos de campanha e na imprensa (O’NEILL, 2002, p. 3).

Os profissionais de medicina muitas vezes são sugestionados para perseguirem seus próprios interesses, e não os interesses os dos pacientes ou públicos; e essas alegações sugerem que as medidas para melhorar a autonomia individual e para assegurar que tanto o tratamento quanto a pesquisa, não prossigam sem o consentimento informado, falharam em garantir a confiança e podem até mesmo a ter danificado (O'NEILL, 2002, p. 3).

O princípio da confiança pressupõe que cada pessoa se comporte conforme a norma de cuidado, e que cada um confia que o mesmo se passa com os outros, com base na autorresponsabilidade de terceiros. No entanto, quando houver razão concreta para acreditar que o outro se comporta de outro modo, esse princípio não funciona. Nesse cenário, cessa a confiança e o agente passa a responder pela falta de cuidado alheio, já que não evitou a produção do resultado quando teve oportunidade para fazê-lo; e desde que se prove que se tivesse agido de outra forma não teria ocorrido o resultado, ou teria ocorrido com menor intensidade (MONIZ, 2013, p. 39).

Desta forma, embora seja relevante acentuar a importância de haver a confiança nas relações clínicas, há casos em que simplesmente ela é inalcançável, e o rompimento das expectativas morais alheias pode insurgir em reparação ética e jurídica, contanto que se prove a existência de nexo causal entre o dano e a conduta lesiva. Essa vertente de pensamento, tão sedimentada no pensamento jurídico e deontológico contemporâneo, era inconcebível nos primórdios da Medicina paternalista.

Durante o período medieval, a Patologia cirúrgica apresentava um caráter fundamental superior à Patologia médica, pois a urgência e a ação direta que reclama um trauma evidenciava uma série de circunstâncias distintas em relação a uma enfermidade interna, já que esta última originava manifestações aparentemente passivas e com estudo reflexivo (CID, 1990, p. 102).

Essa perspectiva não mudou substancialmente com o passar do tempo, várias cirurgias não-eletivas não deixaram de se mostrar mais urgentes que algumas avaliações clínicas; o que se modificou, justificadamente, com a evolução das Ciências Médicas foi a crescente valorização da Medicina clínica como reflexo, inclusive, do desenvolvimento das ciências correlatas que formam profissionais que

compõem a equipe de saúde integrada, como a Psicologia, Fonoaudiologia, Fisioterapia, entre outras.

A tarefa de aprofundar a análise anatomopatológica foi convertida em um dos objetivos das Ciências Médicas, ultrapassando o compromisso de um juízo individual, no século XVIII, e passou por grande renovação conceitual com a Revolução Francesa, evidenciando a necessidade de reconhecer a inseparabilidade dos conceitos Medicina e Sociedade (CID, 1990, p. 140-141). No entanto, é oportuno frisar que essa interferência da visão sociológica na Medicina era muito primitiva, não afastava a verticalização paternalista que se fazia presente no âmbito clínico.

A visão paternalista da Medicina era baseada na concepção de que cada médico tinha uma ideia vaga, mas muito firme, de como o paciente deveria se comportar quando estava doente. Era esta função apostólica que fazia com que o médico agisse como se tivesse o dever sagrado de converter todos os pacientes, para que acreditassem e seguissem a revelação daquilo que ele acreditava que o enfermo tinha, ou não, de esperar ou suportar com o tratamento. Tratava-se de função facilmente reconhecida quando ocorria um problema misto, que envolvia assuntos de ordem médica e moral (BALINT, 1998, p. 197-198); e até hoje há quem defenda a sua aplicação, mesmo em face da latente contrariedade aos direitos dos enfermos.

A verticalização da relação médico-paciente era justificada pela presunção de que todos os membros da saúde compartilhavam do mesmo sistema de valores, sendo injustificável, sob essa ótica, ser necessária a compreensão do sistema de valores de cada indivíduo, já que se supunha que ele compartilhava do mesmo sistema de toda a sociedade. De acordo com tal acepção, o médico decidia unilateralmente, e o bom paciente era aquele que seguia o tratamento apresentado (TRÍAS, 1996, p. 160), ou seja, o paciente questionador, que tinha algum intuito de exercer sua autonomia, era tido como indesejável.

O paternalismo embasado na assimetria de informações institucionalizou oportunidades para o abuso de confiança. As relações médico-paciente eram vistas como relações de confiança apenas porque se pressupunha uma visão paternalista da Medicina, na qual a dependência dos pacientes em relação aos profissionais era

genericamente aceita. Na tradicional relação médico-paciente, afirmava-se haver uma relação de confiança, mas seus críticos preconizavam que essa confiança não era razoável. Em vez disso, atestavam que os pacientes depositavam confiança em seus médicos como crianças que, inicialmente, deveriam confiar cegamente em seus pais. Essa confiança foi amplamente baseada na falta de qualquer alternativa, e na incapacidade de discriminar entre confiança bem colocada e a deslocada (O'NEILL, 2002, p. 17-18). A confiança, que dantes existia, não condiz com o princípio da confiança que atualmente se preconiza ser imprescindível nas relações clínicas.

A Medicina tradicional é composta por diagnóstico, tratamento, prognóstico e prevenção. Para que ocorra o diagnóstico, utiliza-se essencialmente uma metodologia hipotético-dedutiva, que configura um processo lógico sequencial iniciado com a colheita dos dados históricos – anamnese, a história pessoal, familiar e social, sendo seguida pelo exame físico do doente (ANTUNES, 2003, p. 82-83). Desse modo, "a realidade do ser humano é inapreensível pelo olhar clínico, por mais que se tenham aparatos sofisticados de observação. Deve ser dado espaço para a observação pessoal do paciente" (STANCIOLI, 2004, p. 93). Assim, para que essa análise busque sua completude e eficácia, é de grande importância a cooperação do enfermo e dos seus acompanhantes e/ou representantes legais.

É justamente no momento da anamnese, quando se inicia o dever de segredo médico, pois é o primeiro momento em que o médico e os demais profissionais de saúde terão acesso aos dados pessoais do doente, o que faz ser imprescindível a confiança nesse vínculo a ser estabelecido, pois a eventual ocultação de informações pode comprometer a qualidade da prestação do serviço clínico ou hospitalar, estando passível de macular tanto a saúde quanto a vida do enfermo.

Caso tenha existido um ponto de concordância sobre a mudança necessária nos primeiros anos da história médica, foi que a concepção tradicional e paternalista da relação médico-paciente era defeituosa e não poderia fornecer um contexto adequado para uma confiança razoável. Carecia de uma base mais adequada de confiança, para que os pacientes figurassem em nível de igualdade com os profissionais, e isso significava que eles seriam mais bem-informados e menos dependentes. A antiga suposição de que as relações de confiança eram em si

mesmas o suficiente para salvaguardar um lado mais fraco e dependente, foi cada vez mais sendo considerada ingênua. A única confiança que está bem colocada é dada por aqueles que entendem o que é proposto, e que estão em posição de recusar ou escolher à luz dessa compreensão (O'NEILL, 2002, p. 18).

Essa dura realidade de confiança desconsiderada ou mitigada, é facilmente percebida na esfera judicial, no quantitativo de processos judiciais envolvendo responsabilidade civil e penal decorrentes de dano causado por quebra da confiança na relação clínica.

"A medicina antes era **simples**, **ineficaz** e razoavelmente **inócua** e agora é **complexa**, **eficaz** e potencialmente **perigosa**. Nela se articulam estranhas sinapses erro, risco, incerteza e esperança" (ANTUNES, 2013, p. 13, grifos do autor). No contexto contemporâneo da tradição liberal, a Medicina é vista como uma instituição que não apenas cuida dos doentes, mas também é potencialmente responsável por possibilitar que pessoas persigam as suas próprias versões sobre a boa vida (HANSON, 1999, p.144).

Nessa perspectiva, a simplicidade que a Medicina antes ostentava não podia ser vista como uma qualidade, devido à ineficácia que dela decorria; essa adequação da Medicina às próprias versões sobre o que pode ser uma boa vida, respeita a individualidade dos doentes, e faz com que a complexidade da sua dinâmica se adapte conforme a visão individual do que é eficácia de tratamento.

Existem muitos campos da Medicina contemporânea em que a ajuda proporcionada ao médico é fraca, e recai sobre ele o dever de fiar, principalmente no seu bom senso, o que é apenas outra designação da função apostólica, são campos facilmente reconhecíveis pela inquietação e embaraço com que os médicos os discutem (BALINT, 1998, p. 204). "O profissional de saúde é considerado um profissional da vida. Assim, deverá ser capaz de transmitir vida em todas as suas ações e atitudes" (BETTINELLI; POMATTI; BAGATINI, 2006, p. 183), por mais poético e ineficaz que possa parecer tal afirmação, não se pode negar a sua importância.

Sob esse prisma, afirma Pellegrino (1999, p. 63) que aos médicos cabe o encargo de, com os pacientes, averiguar o conteúdo do fim perseguido pela Medicina. O conteúdo da cura não é uma construção social do fim, mas aceita a

cura como um fim. Nessa acepção, o conhecimento técnico é essencial, mas não suficiente.

No novo ambiente médico de relações interprofissionais e trabalho em equipe, além dos valores próprios e nucleares da competência técnica, devem ser incorporados outros valores humanísticos, como a confiança mútua, autonomia, a deliberação com o paciente, a prestação de contas, o altruísmo, a compaixão, o compromisso de serviço, a autorregulação e a responsabilidade social. O profissionalismo é um movimento em crescimento dos profissionais nos países ocidentais. Exige que, na prática, esses valores sejam observados; e busca reconhecimento para as suas incumbências no momento histórico em que a saúde está passando por uma mudança decisiva (AUBIA, 2004, p. 146).

A delimitação do dever de cuidado relativo a cada elemento da entidade orgânica da equipe de saúde, complexa e especializada, assim como a concretização do princípio da confiança na designação dos deveres em caso de pluralidade de agentes, o qual resulta na necessidade de cada um confiar na respectiva interação com os demais, exceto se houver justificativa para que se proceda de forma diversa (RUEFF, 2013, p. 8). Demonstra que o problema da manutenção do sigilo clínico não é mais somente médico e, mesmo quando compete a profissionais formados em Medicina, na maioria das vezes não se isola em somente uma única pessoa, é difuso, sendo estendido a todos os especialistas ou generalistas que interagiram com o paciente.

A subespecialização foi ditada pelo progresso científico ao ponto de pulverizar a prática médica, ao passo que o doente muitas vezes tem dificuldade para apontar quem é, efetivamente, o seu médico (ANTUNES, 2013, p. 14-15). Estorninho e Macieirinha (2014, p. 189-190) atestam que na relação médico-paciente há elementos de natureza pessoal que convergem com elementos de natureza técnica. Por essa razão, esse contrato é celebrado *intuitu personae*, assim como essa característica acarreta o dever de realização pessoal da obrigação cabível ao médico. Em outros termos, o médico não pode delegar a terceiros a realização da obrigação de tratamento que assumiu com o doente, o que não caracteriza o impedimento de participação de terceiros na realização de atividades instrumentais.

Verifica-se, por obviedade, que essa realidade só se faz verdadeira em casos muito restritos, em que há de fato essa relação pessoal de grande repartição de dados íntimos com o médico, e que esse acompanhamento é realmente feito em caráter personalíssimo, como ainda ocorre com os médicos da família em Portugal, como acontece em determinadas clínicas de fertilização assistida no Brasil. São casos excepcionalíssimos em que a massificação da prestação de serviços da saúde ainda não penetrou. Tomá-los como regra seria assoberbar o médico com mais uma obrigação cujo adimplemento, muitas vezes, não depende exclusivamente dele.

A multiplicidade de profissionais, com especialidades e de disciplinas que se entrelaçam no trato do paciente, não permite uma percepção dual tal como existia na época em que a regra era estabelecer uma relação com um médico generalista que tratava da família completa. Tampouco cabe na realidade atual acreditar que todos os dados colhidos no exame inicial serão registrados exclusivamente em papéis, e que diligentemente serão guardados, imaculados, inacessíveis por terceiros; até porque essa forma de registro do processo clínico complicaria e até impossibilitaria, em alguns casos, a atuação multiprofissional da equipe de saúde.

Loureiro (2016, p. 46) aponta que, no nível relacional do direito da saúde, é desenvolvida tanto a relação tradicional médico-paciente quanto as relações inter e intraorgânicas. A Medicina em equipe surge hoje como uma inevitabilidade e somente com a delimitação dos deveres de cuidados de cada membro é que se poderá determinar a responsabilidade de cada um, caso um dano atinja um paciente da atuação em equipe. Para que ocorra tal delimitação, faz-se necessário suscitar os princípios da divisão do trabalho e o da confiança, já que no exercício da Medicina em equipe, atendendo-se à uma divisão do trabalho, cada membro da equipe pode confiar numa atuação dos outros adequada à norma de cuidado. Em síntese, pode-se afirmar que o princípio da divisão do trabalho pressupõe o princípio da confiança, e que este atua dentro do âmbito delimitado por aquele (FIDALGO, 2013, p. 65)

A judicialização da Medicina e o aumento progressivo de reclamações de responsabilidade contra o médico, colocam o profissional no centro das atenções de uma sociedade que traduziu o direito à assistência como um direito absoluto à saúde, reduzindo assim a confiança que caracterizava a tradicional relação médico-

paciente (LUSARRETA, 2006, p. XV). Essa judicialização, ao passo que tem o condão coercitivo de impor o respeito aos direitos do paciente, e serve para que a confiança seja mais facilmente obedecida – pelo dever ético ou por força do dever jurídico – também enseja uma atuação profissional em posição defensiva.

Esta medida compromete fortemente a relação pessoal clínica, faz com que os profissionais de saúde adotem, cada vez mais, posturas excessivamente impessoais, bem como resguardem seus atos, especialmente por meio dos contratos de seguro de responsabilidade civil, já sendo antepostos às possíveis demandas judiciais.

Tendo em vista que informar não é somente uma obrigação legal do médico, é uma via de comunicação com o enfermo que o profissional deve aproveitar, não como um trâmite conveniente para se eximir no futuro de eventuais demandas judiciais, mas como meio de se aproximar para recuperar a intimidade que desde sempre foi característica do vínculo entre paciente e médico. O consentimento informado pode apresentar um papel relevante na recuperação da confiança que, em outro tempo, o paciente depositava no médico de família (LUSARRETA, 2006, p. XVI).

Quando o médico omite uma informação relevante do paciente, informação capaz de alterar o consentimento informado, ele está decidindo no lugar do doente, conforme era a obrigação do médico hipocrático. No entanto, à luz da teoria dos direitos fundamentais e do reconhecimento da autonomia dos cidadãos, configura uma lesão do direito do paciente à autodeterminação nos cuidados de saúde (OLIVEIRA, G., 1999, p. 98-99). Há uma revalorização do negócio jurídico, devido à refinada construção doutrinária da teoria do consentimento informado. O encontro das vontades vinculantes é a base da relação entre médico e paciente, um dos principais pilares da Bioética (STANCIOLI, 2004, p. 111).

A criação de um modelo epistêmico novo, a Medicina baseada na evidência, foi resultado do progresso do conhecimento médico, da necessidade de o sistematizar e do intuito de corrigir práticas não fundamentadas, e assim contribuir para eliminar o erro e a incerteza. Trata-se de um processo permanente de resolução de problemas que se sustenta pela avaliação crítica da evidência, contida na literatura pertinente em termos de validade, importância e utilidade prática, a qual estabelece uma hierarquia de valor da prova científica, que apresenta em seu topo

estudos randomizados e controlados, assim como no plano inferior a opinião de peritos. O referido contexto é designado por Antunes (2013, p. 15) como “nova medicina”, que relevou dois segredos da prática clínica: o erro e o conflito de interesses.

Frente às novas exigências, as relações clínicas precisam incorporar novos elementos, fugindo de qualquer corporativismo, mediante a implantação de medidas de autorregulação capazes de fornecer confiança aos cidadãos, e que façam ser mais credíveis os objetivos perseguidos pelas organizações sanitárias (SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, 2006, p. XXII). Percebe-se que tais medidas, em meio à biotecnologia e ao alto grau de informatização e sedimentação dos serviços clínicos, buscam fortalecer o caráter humanitário do tratamento clínico, o qual é cotidianamente posto em risco.

Como já fora salientado, praticamente em todos os ramos da Medicina há a atuação coordenada e simultânea de vários profissionais da área da saúde, com funções distintas, no entanto igualmente destinadas ao tratamento dos pacientes. Essa realidade, muitas vezes, faz com que haja uma grande dificuldade em individualizar as condutas de cada profissional para fins de responsabilidade civil, penal e/ou ética.

A divisão da realização do trabalho médico pode ocorrer de modo horizontal, ou de modo vertical. Na primeira hipótese, não existe uma relação hierárquica de subordinação entre os diferentes membros da equipe, pois todos apresentam nível de formação similar, de modo que cada profissional ocupa seu âmbito especializado. Neste caso, a responsabilidade de cada especialista será própria e individual. Já na divisão vertical do trabalho, há hierarquia na equipe, mesmo que a capacidade de decisão que ostenta o chefe do grupo e o caráter vinculante que possuem suas ordens seja uma questão mais duvidosa (GARCÍA, 2001, p. 76-79).

O princípio da confiança está presente na relação horizontal quando cada profissional supõe que os outros partícipes se comportaram de acordo com as obrigações de cuidado que lhes são incumbentes. No modo de divisão vertical, o princípio da confiança, a rigor quem ocupa a posição hierárquica superior, pode confiar que suas ordens são seguidas pelos inferiores, mas tal princípio perde sua eficácia quando se pretende analisar a responsabilidade dos superiores,

responsáveis pela equipe. Nesse contexto, além de cumprir os deveres de cuidado, por força do princípio da confiança, os superiores devem supervisionar e vigiar o cumprimento do que foi ordenado (GARCÍA, 2001, p. 77-81).

Para a fiscalização dos superiores hierárquicos, as instituições são de grande valia, especialmente àquelas com caráter público, que tenham o fito de resguardar as expectativas de lealdade depositadas pelos pacientes, ou as expectativas que, apesar de não terem sido manifestadas, são inferidas e estão intrínsecas no cerne da prestação de serviços de saúde. Além das instituições públicas, os órgãos de classe das categorias profissionais envolvidas na dinâmica da saúde mostram-se de grande valia para a persecução da confiança.

Em 1986, Genève (p. 249) expressava que os médicos geralmente são bastante reservados para a ideia de legislação especial que regule suas relações com os pacientes, que desconhecem a rede jurídica que envolve seu trabalho; e referem-se essencialmente às regras da arte, aos usos profissionais e ao contrato médico convencional - caracterizado a seus olhos por algumas cláusulas essenciais: a independência das decisões, o consentimento do paciente e o segredo. Em continuação, afirmava que mesmo quando surgem situações relativamente complicadas, na maioria das vezes, o médico decide e age sozinho, raramente, ele procura conselho de um colega ou dirige sua associação profissional, mas atenta que às vezes o pensamento e a orientação médica não são suficientes e o médico é desafiado além de sua experiência ou julgamentos clínicos.

Vê-se, pois, que essa realidade de forma justificada não mais condiz com a atualidade da prática clínica, das normas da ética profissional, de bioética e de Direito Médico. A independência desenfreada do médico e dos demais profissionais de saúde é mitigada fortemente pela legislação jurídica e normatização ética, para que seja compatibilizada com os direitos de liberdade que recaem sobre os pacientes; com os deveres ético-jurídicos de manutenção de sigilo, pela competência dos órgãos de classe e comissões éticas; pela autonomia de outros profissionais que também compõem a equipe de saúde; por normas internas das instituições de saúde, entre outras restrições.

Se a Medicina tem que responder às necessidades da sociedade, possivelmente o futuro da profissão médica é recuperar o médico, o médico da confiança, que agora querem chamar de médico, tutor ou médico responsável. É

preciso existam médicos para atender, confortar, cuidar e coordenar as necessidades de assistência sanitária, para que se contribua com o desenvolvimento de um sistema de saúde que torne a vida do doente mais humana e digna (JOVELL, 2004, p. 24-25).

Desta forma, o médico do futuro deve ter os valores do profissionalismo como modelo de referência, o que irá incitar a adoção de comportamentos e atividades que caracterizem a boa prática médica e que devem ser recredenciados regularmente. O profissionalismo também pressupõe a suposição de um novo modelo de treinamento e aprendizagem (AUBIA, 2004, p. 147).

Desta feita, a confiança na atualidade é valor tutelado tanto eticamente, quanto legalmente, não cabendo mais atuação de uma confiança cega, fundada em uma imagem quase sacra do profissional da saúde. Faz-se presente, na Medicina atual, uma confiança organizada, criteriosa, informada e, acima de tudo, respaldada juridicamente. A confiança inocente ou, ao menos, incontornável do paternalismo médico é inconcebível em face da tendência à Medicina de equipe, multiespecializada e difusa, inclusive, no tocante ao lócus clínico.

Não se deve mais ter a ambição de perseguir um vetor ético e prático imutável, os padrões de comportamento e as acepções do princípio da confiança devem ser maleáveis o suficiente para que consigam se adaptar às mudanças na prática clínica; assim como devem ser impenetráveis o suficiente para não perderem a sua essência valorativa.

2.3 BASES DEONTOLÓGICAS DO SEGREDO MÉDICO

Em grandes expoentes da história médica, como Areteu de Capadócia, Coelius Aurelianos, Oribase e Aetius, não existe nenhuma referência ao segredo médico, assim como não há no direito romano, exceto a única frase contida em Cícero (*De officiis*), segundo a qual “os médicos penetram em casa e nos quartos de dormir de outros devem guardar muitas coisas, inclusive quando ofendidos, ainda que seja difícil calar-se quando se é agredido”. Já na Antiguidade, o fato de o segredo médico não ter expressão jurídica, fez com que não tivesse sido documentado naquela época (COSTA, J., 1996, p. 43).

O juramento de Hipócrates é tido como o percussor em matéria de ética médica, especialmente no que tange o segredo médico, assim como contempla, entre seus princípios, o dever de prosseguir o benefício dos doentes e de respeito à privacidade. Expressa que “aquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto”. Em outros termos, impõe ao médico o dever de guardar segredo sobre as informações obtidas em virtude do seu ofício.

Ao longo dos anos, o segredo médico vem sendo reformulado e adaptado, conforme as mudanças sociais e na prática clínica, por meio das Declarações de Genebra, emitidas pela *World Medical Association*[4]; e a versão mais recente foi publicada em 14 de outubro de 2017[5]. Na atual versão, o sigilo é tratado nos seguintes termos, “eu vou respeitar os segredos que são confiados em mim, mesmo depois que o paciente morreu”[6]; ou seja, preocupa-se com a manutenção da confidencialidade em vida e após a morte do paciente.

Tal documento é utilizado não só na cultura europeia como paradigma do conteúdo ético da relação médico-doente (VASCONCELOS, 2002a, p. 191-192), mesmo sendo datado de uns 400 anos antes de Cristo, segue vigente nos códigos deontológicos de vários países (COLOMA, 2002, p. 25), inclusive no Brasil.

Entretanto, algumas das estipulações do juramento de Hipócrates não são consoantes nem com preceitos éticos predominantes em outras partes do *corpus* e em outras literaturas clássicas, nem com as realidades da prática médica reveladas nas fontes (AMUNDSEN, 1996, p. 39). É por tal razão que a interpretação desse documento, de incontestável importância histórica, deve ser feita com criticidade, para que erroneamente não se apregoe nos tempos atuais o paternalismo que permeia seu texto.

---

[4] Associação Médica Mundial.

[5] Adotada pela 2 Assembleia Geral da Associação Médica Mundial, Genebra, Suíça, setembro 1948 e alterada pela 22 Assembleia Médica Mundial, Sydney, Austrália, agosto 1968 e a 35 Assembleia Médica Mundial, Veneza, Itália, outubro 1983 e a 46 Assembleia Geral da WMA, Estocolmo, Suécia, setembro 1994 e editorialmente revista pela 170 WMA sessão do Conselho, Divonne-les-Bains, França, maio de 2005 e a 173rd WMA sessão do Conselho, Divonne-les-Bains, França, maio de 2006 e alterada pela 68 WMA Assembleia Geral, Chicago, Estados Unidos, outubro 2017 (WMA, 2017, *on-line*).

[6] Livre tradução de *“I WILL RESPECT the secrets that are confided in me, even after the patient has died*”.

O vigente Código de Ética Médica brasileiro, foi aprovado em 27 de setembro de 2018, e publicado em 1º de novembro de 2018, por meio da Resolução n° 2.217/2018; e afirma no Capítulo I, concernente aos princípios fundamentais, que "XI – O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei".

O documento reserva o Capítulo IX para tratar do sigilo profissional. Do artigo 73 ao 79 fica estabelecido que é vedado ao médico: a) revelar fato conhecido no exercício da profissão; b) revelar segredo relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que haja nos pacientes capacidade de discernimento; c) mencionar casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou imagens que os tornem reconhecíveis em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos; d) revelar informações confidenciais obtidas em exame laboral; e) informar a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito; f) não orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar pela sua manutenção; g) ferir o sigilo na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial. Ademais, no artigo 85, em prol do sigilo, proíbe ao médico permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

É essencial para problemática em voga observar no parágrafo único, do artigo 73[7], a disposição expressa de que a proibição de revelação de sigilo médico permanece mesmo que o paciente tenha falecido. Tal disposição já estava presente nas versões de 2010 (artigo 73, a) e de 1988 (artigo 102, a). Mostra-se compatível com a disposição de proteção do sigilo *post mortem* prevista no Juramento de Hipócrates, após a atualização promovida pela *World Medical Association*.

Em Portugal, o Estatuto da Ordem dos Médicos, publicado no Diário da República 31 de agosto de 2015, trata do segredo profissional no artigo 139.º, e

[7] Art. 73 Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.
Parágrafo único. *Permanece essa proibição:* a) **mesmo** que o fato seja de conhecimento público ou **o paciente tenha falecido**; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

demonstra no número 1, do seu artigo, que para a sua existência pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua confiança, condição essencial ao relacionamento médico-doente, assim como fundamenta tal dever no interesse moral, social, profissional e ético, tendo em vista a reserva da intimidade da vida privada.

O mesmo dispositivo prossegue afirmando que o segredo médico profissional: a) abrange todos os fatos que tenham chegado ao conhecimento do médico no exercício da sua profissão ou por causa dela; b) que a obrigação existe independentemente de o serviço ter sido solicitado ou remunerado; c) proíbe o médico de enviar doentes para fins de diagnóstico ou terapêutica a qualquer entidade não vinculada ao segredo profissional; f) e elenca as hipóteses em que o dever de segredo pode ser afastado. Merece destaque frisar que no número 4,[8] do artigo 139, há disposição expressa sobre a manutenção do sigilo médico após a morte, tal qual é defendido no Brasil.

Após a entrada em vigor da nova redação do Estatuto da Ordem dos Médicos, em 2015, o Conselho Nacional da Ordem dos Médicos constituiu um grupo de trabalho para apresentação de propostas de regulamento que resultou na aprovação do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, de Portugal, publicado por meio do Regulamento n.º 707/2016. Em sentido semelhante ao estatuto, porém de forma mais pormenorizada, o código separa o Capítulo IV para tratar do segredo médico; dedicando, para tanto, os artigos do 29.º ao 38.º; valendo ressaltar que a manutenção do sigilo após a morte é ratificada no artigo 30.º, n.4.

A Carta Europeia de Ética Médica, aprovada em 10 de Junho de 2011, em reunião do Conselho Europeu das Ordens dos Médicos, expressa os princípios nos quais se deve basear a prática profissional dos médicos; e dentre eles, estabelece, no artigo 5º, que “o médico é o principal confidente do doente. Trairá a sua confiança se revelar o que soube através do doente”, mostra-se, pois, consoante com os demais diplomas previamente analisados.

No mesmo sentido, o Foro Iberoamericano de Entidades Médicas, ao divulgar a Carta Iberoamericana de Ética Médica, preconiza o segredo médico e a proteção da confiança, especialmente nos princípios 3, 6, 10 e 17: a) expressa que a confiança é essencial para a relação médico-paciente; b) que a assistência médica

[8] Art. 139, n. 4 — O segredo profissional mantém -se após a morte do doente.

deve ser prestada estando presente a confiança; c) que deve ser respeitada a confidencialidade em relação à história clínica; d) e que o médico deve guardar segredo tanto acerca das informações que lhes foram fornecidas, quanto daquelas que ele deduziu em sua prática profissional, assim como de toda documentação produzida sobre seus pacientes.

De modo mais elaborado e detalhado, em comparação com os diplomas deontológicos aplicados em Brasil e em Portugal, o *General Medical Council*[9] (2017, p. sf):

a) **Compartilhar informações relevantes para cuidados diretos,** de acordo com os princípios contidos neste guia, a menos que o paciente tenha objetado;
b) **Solicitar o consentimento explícito** para divulgar informações identificáveis sobre os pacientes com outros fins que não sejam seus cuidados ou auditoria clínica local, a menos que a divulgação seja exigida por lei ou possa ser justificada no interesse público;
c) **Informe os pacientes** sobre divulgações de informações pessoais que você não esperava, ou verifique se eles receberam informações a respeito, a menos que isso não seja praticável ou que prejudique o objetivo da divulgação. Mantenha um registro de suas decisões de divulgar ou não divulgar informações;
d) **Ajude os pacientes a acessar suas informações.** Respeitar e ajudar os pacientes para que exerçam seus direitos legais no que tange serem informados acerca da maneira como suas informações serão usadas e como poderão ter acesso ou cópias de seus registros de saúde.

2.4 DA CONFIDENCIALIDADE AO SIGILO MÉDICO

Não há medicina sem confiança, tampouco há confiança sem confidência, assim como inexiste confidência sem segredo (PORTES, 1954, p. 131). No contexto médico-paciente, a confidencialidade é entendida como a concordância, expressa ou tácita, do médico para não revelar a informação recebida pelo paciente, para ninguém que não esteja diretamente envolvido no cuidado e no tratamento do enfermo (ANNAS, 1989, p. 176). Conforme foi verificado, o estabelecimento do elo

[9] Conselho Geral Médico.

de confiabilidade entre médico e paciente é imprescindível em todas as etapas da relação clínica, pois, caso inexista a confiança, o trato médico poderá ser realmente inoperacional, já que comprometeria a primeira etapa, isto é: a anamnese.

A confidência ocorre quando se mostram palpáveis as expectativas de que o segredo sobre as informações será mantido pelos profissionais, e este dever além de ser ético, é jurídico, pois decorre do direito da personalidade à intimidade, assim como tem base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Ora, se o direito à saúde é um direito fundamental, tanto na Constituição do Brasil quanto conforme a Constituição portuguesa, pode-se, inclusive, afirmar que a confidencialidade é requisito para que o direito à saúde alcance a eficácia social.

Três tipos de argumentos suportam, *prima facie*, as regras destinadas para proteger a confidencialidade, conforme Beauchamp e Childress (1994, p. 422-424):

a) A*rgumentos baseados em consequências*: se os pacientes não pudessem confiar nos médicos para ocultar algumas informações de terceiros, eles relutariam em divulgar informações completas e diretas ou em autorizar um exame completo e uma bateria completa de testes. Sem essas informações, os médicos não seriam capazes de diagnosticar e prognosticar com precisão, tampouco poderiam recomendar o melhor tratamento. Mesmo que os argumentos focados nas consequências claramente estabeleçam a necessidade de alguma regra de confidencialidade, há discordância entre os consequencialistas sobre qual regra de confidencialidade deve ser adotada, e acerca do escopo e do seu peso;

b) *Argumentos de autonomia e privacidade baseados em direitos*: não fundamenta as regras e os direitos de confidencialidade exclusivamente em objetivos ou consequências, mas busca princípios morais ou regras como o respeito à autonomia e à privacidade. O argumento em favor da privacidade pode ser estendido para a confidencialidade, já que as violações costumam ser vistas como violações de privacidade e integridade pessoal. A tese principal aponta que o valor da privacidade dá peso considerável às regras de confidencialidade que a protegem. Essa tese é principalmente moral, apesar de ser embasada também em fontes legais;

c) *Argumentos baseados na fidelidade*: trata-se da fidelidade às promessas implícitas e explícitas, em busca pela ajuda. A obrigação do médico de manter as expectativas razoáveis de privacidade do paciente e a confiança do paciente na

manutenção da confidencialidade é uma maneira de especificar a obrigação geral de fidelidade. A divulgação de informações confidenciais e privadas configura uma falha da fidelidade, e quebra uma dimensão significativa da relação médico-paciente.

Nenhum desses três argumentos suporta regras absolutas de confidencialidade. Quaisquer que sejam suas bases, essas regras são, *prima facie*, não absolutas – tanto na ética, quanto na lei. Mas fornecem, conjuntamente, uma justificativa convincente para uma regra estrita de confidencialidade médica, e ajudam a explicar o porquê de os códigos e juramentos normalmente expressarem obrigações de confidencialidade em termos absolutistas ou quase-absolutistas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 424).

Os diplomas médicos deontológicos, brasileiro e português, elencam as exceções, os casos em que o segredo médico não deverá ser observado, demonstrando que o relativismo do instituto deve ser preservado. No mesmo sentido, as regras de ponderação utilizando a dignidade como norte devem ser tomadas na prática jurídica, para sopesar as hipóteses nas quais o segredo deve ser afastado, observando-se os limites jurídicos, sobretudo aqueles de cunho constitucional. Pode-se considerar ser indiscutível que a importância da confidencialidade é facilmente percebida, ao hipoteticamente afastá-la e verificar as consequências que a sua não aplicação causaria na realidade clínica, assim como é evidente que a fidelidade, a autonomia e a intimidade são intimamente interligadas à confidencialidade.

As teorias apresentadas por Beauchamp e Childress (1994), mais conhecidos como os criadores da bioética principialista, têm grande utilidade se interpretadas de modo crítico e contextual. O fato de alguns diplomas deontológicos exaltarem a confidencialidade a tal ponto de fazê-la aparentar ser absoluta, demonstra apenas a necessidade de dar ênfase à sua importância; e é quase uma alternativa argumentativa desesperada como uma resposta contrária às constantes transgressões que ocorrem na prática clínica, no que tange à intimidade do paciente. É por tal razão que é necessário usar o método hermenêutico da interpretação teleológica e sistemática de tais codificações, para que se abstraia delas o real sentido das suas disposições; e interprete as previsões de segredo médico em consonância com os demais preceitos deontológicos estabelecidos.

Pode-se, pois, afirmar que “o guardar segredo é, certamente, parte de um contrato moral implícito, mas é também uma necessidade operativa, pois a anamnese é, ainda hoje – e não é previsível que venha a ser diferente no futuro – o mais importante passo para o diagnóstico” (ANTUNES, 2009, p. 7). Deste modo, a própria conduta do paciente pode causar a insuficiência de informação clínica; considerando que os riscos são passíveis de afetação por determinados fatores; tanto do seu histórico clínico quanto da sua vida cotidiana, que não sejam conhecidos pelos profissionais da saúde, cuja ciência seja dependente da divulgação por parte do enfermo (MARTINS, 2011, p. 43).

O essencial é que uma pessoa, que não pode se ajudar, tem a necessidade de ir ao médico, como um *doctus*, e vai a ele por razões mais fundamentadas em conhecimento, que na ajuda propriamente dita, e age como se soubesse que o conhecimento do profissional é capaz também de ajudá-la (WEIZSÄCKER, 2009, p. 111). É preciso frisar que o conhecimento é manipulado por seres humanos – à exceção da aplicação da robótica na medicina – e que seria injusto, imoral, antiético e ilegal se tomar como consequência natural do acesso à ajuda clínica a renegação, a transgressão e a disponibilidade dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais do paciente. Por essa razão, é possível buscar uma congruência entre os fins da Medicina e os valores protegidos pelos direitos de cunho humanitário.

A revelação do estado de saúde de uma pessoa é considerada como um atentado à personalidade, pois o segredo profissional é imposto aos médicos e se destina à proteção dos doentes (RIPERT; BOULANGER, 1956, p. 348). Há necessariamente uma cessão, em alguma medida de privacidade, quando se concede aos outros o acesso às histórias pessoais ou aos corpos, mas também em princípio é mantido algum controle sobre as informações geradas, pelo menos em contextos diagnósticos e terapêuticos e em pesquisas clínicas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 418).

A cautela que o hermeneuta jurídico e ético deve ter é no sentido de não confundir essa ligeira abertura da esfera íntima. O controle que é mantido por parte do enfermo é decorrência da titularidade que ele ostenta como pessoa. Os direitos da personalidade permanecem como intransmissíveis, indisponíveis e irrenunciáveis, sendo que o direito ao segredo ou sigilo médico serve para ratificar tal afirmação a ponto de suscitar a possibilidade de sua projeção depois da morte.

Para a construção do conceito de segredo, faz-se necessário o desconhecimento do fato pelas pessoas em geral; interesse do titular em permanecer oculta a informação; fato conhecido no exercício da profissão médica, seja por manifestação do paciente, seja por observação direta do médico (ALAMILLO, 1950, p. 83). Os segredos deixam de existir quando são revelados pelo paciente, ou quando consente que haja a revelação, ou até solicita que o médico os divulgue, acabando por suprimir o destino natural, que é a ocultação. Nestes casos, o segredo profissional é desprovido de conteúdo ou de justificação. (COLOMA, 2002, p. 23). A vontade no sentido de exposição do que naturalmente seria oculto também é merecedora de respeito, à luz da tutela da individualidade e da subjetividade psíquica de cada pessoa.

Além da ocultação e da reserva ou privacidade, como notas principais do segredo, também figura uma outra característica definitiva de todo segredo, o fato de ser um típico conceito de relação. Como o segredo ocasiona a ocultação de algo, deve-se considerar que tal ocultação se realiza em um círculo mais ou menos amplo de pessoas, o que supõe uma limitação à cognoscibilidade dos outros; porque não é possível estruturar ou conceber o segredo em relação a si mesmo, com seu próprio dono, nem traduzir uma qualidade intrínseca do que constitui seu objeto, o segredo se refere a uma comunicação (COLOMA, 2002, p. 23-24). Comunicação esta que tende a ter um conteúdo essencialmente íntimo, especialmente quando a relação ocorre entre o paciente e os médicos e demais profissionais de saúde.

Com o aparecimento da doença, entram em atividade vários processos secundários, pois é criada uma nova situação de vida com a qual o paciente tem que se adaptar, o que pode fazer com que se consuma mais energias, superanto até os processos fisiológicos de defesa. Trata-se de um reajustamento complicado e multidimensional (BALINT, 1998, p. 231). É indiscutível que o desrespeito aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais é capaz de piorar, consideravelmente, esse quadro clínico multidimensional, em especial na parte psíquica, o que remete à afirmação de que a proteção da intimidade, via o direito ao sigilo médico, é imprescindível para que se proteja e honre a confiança e, por consequência, para que seja estabelecida com eficácia a proteção global do enfermo.

Defende-se que as informações coletadas durante suas atividades não pertencem ao profissional, o que faz com que ele não possa delas dispor conforme bem entender. O profissional sujeito ao sigilo é apenas depositário de informações, as quais ele deve proteger de possíveis indiscrições. A informação é secreta de acordo com um duplo critério: sua natureza e devido ao meio como ela é obtida pelo profissional (HOCQUET-BERG; PY, 2006, p.141-142). Em relação a este último fator, é preciso acentuar que devem ser protegidas não somente as informações transmitidas ao profissional, devem ser inseridas na esfera protetiva as informações as quais ele teve acesso de forma derivada, indireta, no exercício do seu labor.

Ademais, além dos fatos para os quais o interessado solicitou o silêncio, existem informações que devido à sua natureza são confidenciais e, como tal, devem ser respeitadas, independentemente de qualquer acordo prévio (HOCQUET-BERG; PY, 2006, p.142). Em outros termos, dada à natureza da prestação de serviço médico, o dever de manutenção do segredo independe de solicitação expressa.

É evidente que, em face da subjetividade presente quando se tenta delimitar quais informações têm natureza secreta, tem-se, *a priori*, uma incerteza. Mas utilizando como parâmetro os valores que são protegidos pelo direito da personalidade à intimidade, e com base na análise mais generalista da confiança – abarcando tanto a confiança no profissional individualizado quanto a confiança em toda a classe científica da qual ele faz parte, chegando a atingir, inclusive, a confiança pública nas intenções da Medicina – é possível afirmar que são secretas, por natureza, as informações que dizem respeito à intimidade do paciente, pois em caso de divulgação seriam capazes de ferir a dignidade do seu titular, bem como comprometer a confiança no profissional podendo chegar até, em maior grau, a formar um obstáculo contra o funcionamento regular da profissão, tornando inoperacional a prática médica.

Se o segredo profissional, em uma acepção geral, já é de suma importância para todas as profissões, o segredo do profissional da saúde, em especial do médico, é realmente imprescindível e a sua tutela deve ser mais aprofundada e incisiva, em face dos grandes riscos que o manejo dos dados contidos no processo clínico potencialmente apresentam para a proteção da individualidade, da intimidade e da dignidade do paciente.

O direito ao segredo destina-se a conservar de modo completamente inacessível ao conhecimento dos outros, certas manifestações, assegurando-o tanto no tocante às correspondências quanto outros documentos, públicos ou privados, que não se enquadrem nesse conceito (CUPIS, 2008, p. 158 e 169). Apesar de ter tido sua gênese na questão clássica da inviolabilidade do domicílio, evoluindo para o sigilo de correspondência e comunicações em geral, o direito de segredo profissional resultou em um direito dotado de autonomia e que fomenta a construção e desenvolvimento da personalidade, pautando-se na dignidade da pessoa humana (PEZZELLA; GHISI, 2015, p. 3-4).

Quando se trata de pesquisas científicas patrocinadas, são conhecidos os problemas como o alto grau de sigilo, conflitos de interesses, manipulação de dados, uso seletivo dos resultados e perda da autonomia em prol da comunidade científica (NAGELL, 2005, p. 45). Quando se trata de sigilo médico, é possível verificar também uma situação de heteronomia e hipersuficiência favorável ao profissional da saúde, de modo que é necessária uma tutela jurídica para contrabalancear essa situação, e garantir o pleno acesso de dados, assim como a total autonomia dos pacientes sobre a revelação externa ou não de cada um deles.

Ao questionar se é realista pensar que as informações dos pacientes permanecerão confidenciais, Annas (1989, p. 178) apresenta uma visão pessimista, pois expressa que a velha regra, segundo a qual no hospital os registros médicos deveriam ser disponíveis a todo mundo, exceto ao paciente, foi substituída pela regra atual que faz com que os registros devam ser disponibilizados para todos, inclusive, os próprios pacientes.

É evidente que essa devassa das informações clínicas resulta, por consequência, na transgressão da intimidade do paciente, e mostra-se diretamente incongruente com os direitos da personalidade e a dignidade do enfermo. Se por um lado a conduta patriarcalista, que se concentrava exclusivamente nos profissionais da saúde o acesso aos dados, e ocultava-os do paciente, mostra-se ineficiente e injustificável à luz dos direitos mais caros da pessoa. Por outro lado, a exposição em massa das informações acaba por ferir o dever de confidencialidade, pois no processo clínico podem estar contidas informações de cunho personalíssimo, aos quais ninguém, nem mesmo os familiares do doente, deve ter acesso.

O ceticismo na eficácia do dever de sigilo médico não deve servir para tolher as iniciativas em prol da sua manutenção, mas sim, para servir de alerta para que, seja pelas vias deontológicas, seja pelas vias estritamente jurídicas, possam ser encontradas alternativas para sopesar a necessidade de comunicação informativa clínica entre os profissionais da saúde e as instituições da mesma área, e a intimidade do paciente. É necessário que tal regulamentação leve em conta a individualidade de cada enfermo, para que se considerem os mais diferentes contextos e anseios deles.

Como a tutela da personalidade assenta mais em razões pessoais do que em razões sociais, as ofensas da personalidade agridem mais o próprio que os outros ou a sociedade, desta feita, não pode ser retirada da própria pessoa, do sujeito, e reservada ao Estado, a principal inciativa e impulso da tutela da personalidade de cada um (VASCONCELOS, 2015, p. 37), pois violaria a individualidade embasada na dignidade. A autonomia privada é necessária para que cada pessoa demarque o âmbito de abrangência do direito à intimidade, conforme as suas especificidades psíquicas e relacionais. Tal assertiva, no entanto, não tem o fito de desestimular a atuação, em sede de Direito Público, para a defesa da intimidade no manejo de informações por profissionais.

É de suma importância que o embasamento do segredo médico transpasse o campo ético e adentre na área jurídica; e ao adentrar na área jurídica, ultrapasse a esfera privada, para utilizar da coercibilidade das regras publicistas e reforçar o dever de respeito à esfera dignidade do paciente, a previsão expressa de que é conduta ilícita a violação ao sigilo profissional. Conduta esta tipificada no artigo 154[10], do Código Penal Brasileiro e no artigo 195[11], do Código Penal Português.

A tutela penal do segredo profissional em todas as especialidades de necessidade pública é essencial, mas é mais imprescindível na vida social a tutela

[10] 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. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

[11] 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 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

do segredo médico (ALAMILLO, 1950, p. 79). Somente a pessoa ou instituição a quem a informação é dada em um relacionamento confidencial pode ser acusada de violar direitos de confidencialidade. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 418). Sendo assim, embora no domínio bioético a confidencialidade seja exaltada desde o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, até o direito à autodeterminação informacional, ela funda deveres de sigilo profissional que concretizam uma obrigação mais genérica, com assento não restrito a deontologia, mas com sede também em Direito Penal (LOUREIRO, 2006a, p. 47).

Ademais, é preciso frisar que o reconhecimento da autonomia do direito ao segredo médico não o desvincula dos seus correlatos, posto que os direitos à proteção de dados e ao segredo profissional geral também se apresentam como meios para que se consiga alcançar os objetivos do direito à intimidade, especialmente quando se analisa as suas aplicabilidades em âmbito hospitalar.

O direito à privacidade determina o rigoroso cumprimento do segredo profissional, em relação aos dados pessoais, biológicos, ou genéticos, assim como o arquivamento escrupuloso do processo clínico individual, mantido em suporte convencional ou informático (NUNES, 2008, p. 308). Desta forma, sob o mesmo viés protetivo dos bens intrínsecos à moralidade do paciente, mostra-se de grande relevo sustentar que a proteção de dados pessoais apresenta uma nova faceta do direito à privacidade, indo além da imposição de abstenção alheia de ingerência, mas, dotando o seu titular de garantia ativa para comandar a gestão e o acesso das suas informações. Verifica-se que a proteção de dados demanda uma conduta ativa do médico e da estrutura hospitalar ou clínica onde atua, para providenciar o suporte necessário para que a ação omissiva, de sigilo médico, seja resguardada.

Por serem direitos decorrentes do mesmo tronco principiológico, por serem subjetivos e compartilharem as mesmas características, mostra-se incontestável a relação intrínseca entre o direito ao segredo médico e os direitos da personalidade à intimidade e o direito à privacidade informativa. Pode-se constatar que tais direitos decorrem do reconhecimento da autonomia da pessoa e do reconhecimento do paciente como pessoa e sujeito de direitos. São direitos que se configuram na prática clínica como decorrência da confidencialidade, tão defendida atualmente no

âmbito deontológico, assim como atestam que a Medicina, no modelo patriarcal, é incongruente com a vigente teoria dos direitos da personalidade.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE EM RESPEITO À INDIVIDUALIDADE

“Haja hoje para tanto ontem
E amanhã para tanto hoje.
Sobretudo isso.”
Paulo Leminski (1996).

3.1 A INDIVIDUALIDADE DO PACIENTE: *PERSONALIDADE, IDENTIDADE E AUTONOMIA*

Há a dificuldade em ser único vivendo em ambientes plurais, remanesce o desafio de se ter identidade quando se vive em comunidade, permanece o problema de ser livre quando os vínculos sociais, afetivos e econômicos prendem a um estado, local ou situação. Ser pessoa na atualidade impende em ser relacional e, nestas relações, o ‘um’ pode figurar como vários, pode ser qualificado de formas diversas.

Se é verdade que cada pessoa é única, e possui sua própria personalidade psíquica, partindo do pressuposto de que seu senso racional é influenciado pelas suas vivências, cumpre questionar se é possível obter uma única verdade jurídica, que seja capaz de ser aplicada universalmente, a todas as pessoas, de forma satisfatória do ponto de vista da eficácia do Direito e, principalmente, dos direitos que têm matriz humanitária. Ao ser questionado se realmente há uma compatibilidade entre o que é justo e o que é legal, principalmente quando se trata de temas relacionados aos direitos destinados à proteção humana, pode-se facilmente responder que nem toda legalidade abarca com exclusividade previsões justas, apesar de ser inquestionável que a busca pela justiça é, ou ao menos deve ser, uma constante na prática do legislador.

Quando são analisados os dilemas que envolvem indivíduos com distintas vivências, com valores diferentes, principalmente quando tais pessoas estão em situação de vulnerabilidade por conta de alguma enfermidade, sujeitadas a uma relação que tradicionalmente foi estabelecida de forma vertical – paternalista – com o profissional da saúde em situação de poder, é possível afirmar que naturalmente será exigido do Direito um esforço maior para identificar as diversas demandas dos

pacientes individualizados, em prol de serem resguardados os interesses e direitos que lhes são mais caros.

Abstrair a realidade plural e regulá-la por meio de um ordenamento único, com vistas a proteger a pessoa individualizada é, sem dúvida, o maior e mais importante papel das Ciências jurídicas.

Mesmo que à primeira vista possa parecer que os acontecimentos da vida, regulamentados pelo Direito, são a única realidade jurídica, a pessoa é a realidade jurídica primária, pois os acontecimentos carecem completamente de sentido se não são realizados pelo homem. Então, a primeira realidade social da qual o Direito toma conta é o homem, na qualidade de membro da sociedade que se pretende organizar (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN,1986, p. 216). É possível asseverar que o centro do Direito é a pessoa, sendo o Direito Civil o seu primeiro foco de irradiação (CUPIS, 1960, p. 59), daí a importância dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa.

Precisamente pelo fato de ser pessoa no sentido ético, o personalismo ético atribui ao homem um valor em si mesmo e uma dignidade (LARENZ, 1978, p. 45). Utiliza-se o termo “pessoa” para indicar o homem como ator no mundo jurídico (TRABUCCHI, 1967a, p. 77). A palavra pessoa no seu sentido comum designa apenas o homem. Na acepção filosófica, consiste no indivíduo humano como portador de qualidades essenciais que o elevam a essa dignidade. No sentido jurídico, assume a ideia de sujeito de direito. A pessoa pode ser considerada como toda entidade que for ponto de referência de direitos e deveres (MARQUES, J., 1958, p. 172-173).

Conforme já se posicionou em pesquisa prévia, por mais que na realidade atual pareça evidente a definição de ‘pessoa’ e a afirmação de que a ordem jurídica é estabelecida visando à tutela do ser humano, essa proclamação do óbvio mostra-se imprescindível quando se percebe que historicamente foram cometidas atrocidades contra os bens mais íntimos pessoais, bem como quando, ao se interpretar de modo profundo os primeiros diplomas que proclamavam os direitos humanos, constata-se que, apesar de terem originado os direitos da personalidade, excluíam do rol de sujeitos os negros e os índios, por exemplo, por não considerá-los pessoas (MENEZES, R., 2018, p. 39-40).

A pessoa-objeto é desprovida de direito à felicidade, é submetida à onipotência do outro eu, deixa de ser pessoa, passa a ser uma coisa para ela

própria e para os outros, naturalmente. É sob essa perspectiva que se questiona como é possível obrigar os outros a amar e a respeitar algo que não se ama nem se respeita (CAMPOS, 2006, p. 140). Nesse cenário, a máxima segundo a qual “é necessário se amar, para poder amar alguém” tem um sentido moral, ético, imperativo e jurídico.

A condição de pessoa é a qualidade que distingue o homem dos demais seres vivos, e faz com que o homem, conforme a sua peculiar natureza e seu destino, possa configurar de forma livre e responsável a sua existência e o seu entorno no marco das possibilidades que se fazem presentes em cada caso, para propor objetivos e impor a si mesmo limites de sua atuação (LARENZ, 1978, p. 44). A partir dessa acepção, pode-se ratificar a intrínseca relação que se estabelece entre o reconhecimento jurídico da pessoa, e a atribuição da sua autonomia, nos limites da liberdade alheia e dos demais direitos dispostos no ordenamento jurídico. Encara-se, assim, o homem para além do seu corpo, de forma mais abrangente que a sua matéria, protege-o em sua essência completa, livre e individualizada.

Vale frisar que o fecundo aprofundamento acerca do que é o sentido da consciência para a pessoa não se cega para o fato de que cada pessoa corresponde a um homem e o suporte corpóreo é a base necessária da existência humana. É o homem, histórica e realisticamente, que é pessoa, mostrando-se injustificável fragmentar e seccionar tais categorias, já que o homem e pessoa são uma realidade só. A referência à pessoa, em vez de homem, apenas varia conforme o ponto de vista, por aquela acentuar a manifestação do espírito que habita cada homem (ASCENSÃO, 2008, p. 11).

Tal raciocínio não quer dizer que não seja possível categorizar os homens conforme determinados grupos nos quais se inserem na sociedade, ou de acordo com o tipo de relação fática ou jurídica em que se encontram, até porque muitas vezes é por meio de tais classificações que se identificam minorias, classes vulneráveis, polos hipossuficientes, sem deixar de considerar todos os integrantes das categorias como pessoas.

Essa entidade é marcada por *status*, qualidade da pessoa, estado do homem relevante em si, valor primário e unidade de direitos e deveres fundamentais,

especialmente pelo *status personae.* Este exprime a posição jurídica unitária e complexa do homem em uma determinada sociedade civil, adquirida desde o momento da sua existência como valor humano que, apesar da sua relação com a concepção de pessoa física, não se identifica com a capacidade que se adquire com o nascimento e se perde com a morte, por ser tradução subjetiva de um valor objetivamente tutelado, indisponível, incontestável e universal - já que todo homem é titular de situações existenciais representadas no *status personae* (PERLINGIERI, 1999, p. 133-135). É justamente na subjetividade do ser que se mostra presente a individualidade e as diferentes personalidades, na acepção psicológica.

A personalidade, na acepção ôntica, conjuga qualidades e relações. São acentuadas as qualidades do ente que determinam ser pessoa deste ou daquele modo, tais qualidades podem ser naturais ou adquiridas, podendo decorrer ou não do exercício da sua liberdade; e considera a pessoa inserida nas relações que passam a integrar o seu conceito (GONÇALVES, D., 2008, p. 67). O conceito de personalidade jurídica não é filosófico ou sequer jusnaturalista, corresponde à noção mais técnica (MENDES, João, 1973, p. 110), no sentido de ser a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres, é um atributo essencial para ser sujeito de direito.

A qualidade da personalidade é anterior à ideia de direitos, a personalidade é a base de todos os direitos (PAIS, 1936, p. 123). A personalidade é um valor fundamental do ordenamento que está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais incide a sua incessantemente mutável exigência de tutela, tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo, mas devem sempre manter o foco na unidade do valor envolvido (PERLINGIERI, 1999, p. 155-156).

É justamente a importância da personalidade que serve de norte para que se faça uma interpretação construtiva e sistemática do ordenamento jurídico, essencialmente nos casos em que houver uma lacuna ou nas hipóteses em que houver uma incerteza sobre a existência ou não de determinado direito subjetivo, ou acerca de qual interesse ou bem protegido pelo direito objetivo. Em caso de dúvida, é preciso decidir pró-pessoa. No conflito entre pessoas, é oportuno proteger aquela que se encontra em maior grau vulnerabilidade.

A personalidade pode ser conceituada como o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa, tanto em si mesma, quanto em função da sua participação na ordem do ser – fundamento metafísico da relatividade constitutiva da realidade pessoal – de forma única e singular (GONÇALVES, D., 2008, p. 68). Desta feita, a personalidade, na qualidade de produto puro da ordem jurídica, é conceito independente da matéria social sobre a qual incide, refere-se ao homem e a outras entidades (MARQUES, J., 1958, p. 173).

A personalidade não pode ser resumida a uma mera qualidade que o ordenamento jurídico pode atribuir de modo arbitrário, é uma exigência da natureza e dignidade do homem que o Direito não tem como não reconhecer (BALLESTEROS, 2000, p. 583). Nesse sentido, ao entender a personalidade como qualidade de ser pessoa, para que sejam a ela atribuídos direitos e obrigações, pode-se, por consequência, concluir que a titularidade de direitos e obrigações é decorrente do fato de ser pessoa, e não a sua causa. Esse pensamento leva a crer que a personalidade das pessoas não é atribuída e não pode ser recusada pelo Direito, mas sim algo que fica fora do alcance de conformação social do legislador (VASCONCELOS, 2015, p.34).

Esse entendimento não esvazia o conceito de personalidade da sua dimensão ética e do seu conteúdo substancial, tem a virtude de defender as pessoas contra os perigos de condicionamento e manipulação, ou mesmo de recusa da personalidade a pessoas individualmente consideradas ou a grupos (VASCONCELOS, 2015, p. 34). Usar do poder de coercitividade do Direito para proteger valores éticos promove a aproximação das Ciências Jurídicas da Ética, dotando esta última de maior probabilidade de conseguir alcançar a efetividade dos seus preceitos, além de contribuir para que na interpretação teleológica das fontes do Direito, acerca da personalidade, não sejam desvirtuados os ideais de justiça para a generalidade das pessoas.

Mesmo que alguns autores defendam que sejam sinônimos os conceitos de personalidade jurídica e capacidade jurídica, a exemplo de Garret (1972, p. 45) na atualidade, pode-se dizer que a distinção entre tais conceitos já está superada. Amaral (2006, p. 47) afirma que se reconhece a personalidade não como uma concessão da ordem jurídica, posto que não é o Direito que torna o ser humano pessoa, o Direito não cria, nem atribui, apenas reconhece a personalidade jurídica

como atributo ínsito da pessoa. O que é regulado pelo Direito é a capacidade, particularmente a capacidade de fato, enquanto a personalidade é um valor fundamental, a capacidade é a medida ou a projeção desse valor.

A título de ilustração, vale ressaltar que no direito alemão, a partir do século XVIII, foram desvanecidas as últimas amarras medievais, e a mudança iniciada pela Reforma e impulsionada pelo Iluminismo e o Direito Natural racionalista dissolve os últimos obstáculos jurídicos do indivíduo. A classificação da pessoa conforme o seu estado desaparece, a classe campesina é liberta, e estado, honra e religião deixam de ser pressuposto para a capacidade jurídica (PLANITZ, 1957, p. 4).

Quando se fala em Direito de personalidade, não significa dizer que a personalidade é, em si própria, um direito (PAIS, 1936, p. 123). A personalidade jurídica é o “reconhecimento pelo Direito de que determinada realidade é susceptível de ser titular de direitos e estar adstrita a obrigações, traduzindo o cerne do tratamento do ser humano como pessoa e não como coisa” (OTERO, 1999, p. 31). A suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações, de situações jurídicas ativas e passivas, decorre da personalidade jurídica, da constatação pelo Direito da qualidade de ser pessoa humana (VASCONCELOS, 2015, p.34).

Como todos os homens são pessoas, a personalidade é igual para todos e acompanha o indivíduo em qualquer condição e estado de sua vida (GASSET, 1972, p. 45). Ao passo que a personalidade na acepção psicológica é irrepetível, atesta a individualidade e as diferenças entre os homens; a personalidade jurídica é una, e garante a universalidade dos direitos da personalidade, de modo que incongruente com as constituições dos Estados Democráticos se mostra qualquer classificação de pessoas que tenha a intenção de segregar grupos para recusar-lhes a titularidade da personalidade.

Portanto, de antemão, é inconstitucional qualquer afirmação que negue a um ser humano, acometido por uma doença, por mais irreversível que seja, o *status* de pessoa. Não se deixa de ser pessoa por em uma relação de prestação de saúde figurar enquanto paciente, assim como o grau da gravidade da enfermidade ou a falta de perspectiva de cura não são critérios para se recusar tal *status* ao indivíduo.

Do mesmo modo, não se pode refutar a um paciente, que foi taxado como terminal pela equipe de saúde responsável por seu tratamento, a personalidade

jurídica. A constatação da sua terminalidade deverá servir como motivo para que se modifique o foco do tratamento, não se persiga mais a cura, mas persista na oferta do máximo de cuidado para suavizar os sintomas da sua doença – que, na maioria das vezes, é multifatorial.

O estado de uma pessoa é múltiplo, e pode ser apreciado sob um triplo ponto de vista: a) Relações de ordem política: relacionadas com a cidadania ou o estado político; b) Relações de ordem privada, estado na família; c) Situação física da pessoa, estado pessoal. As duas primeiras categorias dizem respeito a relação de uma pessoa com uma ou mais outras. As diferentes entidades que entram na última classe são determinadas por uma simples comparação entre uma pessoa e as outras, ou mesmo entre os estados sucessivos dessa pessoa (RIPERT; BOULANGER, 1956, p. 350).

Assevera-se que as duas últimas vertentes têm particular relevo quando se trata das relações entre médico e paciente. Apesar de a situação física, seu estado pessoal, ser a mais diretamente envolvida, por ensejar desafios sobre o respeito à individualidade, autonomia e integridade psíquica, física e moral do enfermo, as relações de ordem privada podem se tornar problemáticas, especialmente quando a vontade autônoma do paciente, expressa na sua ficha clínica, em diretiva antecipada de vontade, ou de forma direta – oral e presente – não coincide com o posicionamento dos seus familiares. Tais fatores evidenciam a constante necessidade de sublinhar o reconhecimento e a proteção da pessoa nos cenários clínicos.

O *status personae* exprime um ser, representa a pessoa. Como situação, exprime a condição global da pessoa conforme o momento histórico do seu desenvolvimento e representa a configuração subjetiva de um valor, os seus necessários e não apenas potenciais conteúdos essenciais. É por isso que não se pode conceber a existência de um *status personae* mais perfeito que um outro (PERLINGIERI, 1999, p. 135). É também justamente sobre esse raciocínio que se funda o dever de respeito à individualidade alheia. Não há um parâmetro para se estabelecer qual a configuração subjetiva da pessoa, o respeito à subjetividade deságua na proteção à identidade, que resulta no reconhecimento de que, em meio a ambientes sociais plurais, deve-se enxergar cada identidade e respeitar as pessoas individualmente.

Pode-se asseverar que é a partir da personalidade que se tem a ideia de identidade, e que a singularidade do ‘ser’ depõe a identidade na qualidade de componente do indivíduo considerado em sua determinação subjetiva de sujeito de direito, e como traço da própria personalidade (CALISSI, 2011, p. 257). Na época do Iluminismo, a identidade era enxergada em um núcleo essencial e não passível às mudanças, circunscrita na individualidade humana. Ao sofrer influências culturais e históricas, passou pela valorização das relações intersubjetivas e, ao ser inserida no meio social, formou a identidade sociológica; com a pós-modernidade, emerge a identidade plástica, fragmentada e desprovida de referências em relação a um núcleo essencial, o que resultou no sujeito em constante construção (HALL, 2011, p. 13).

“Nas relações consigo mesmo, com os outros homens, com a Natureza e com Deus, ou pelo menos com a ideia d’Ele, cada homem é um ser em si mesmo e só igual a si mesmo (...) é portador de uma unidade diferenciada, original” (SOUSA, 1995, p. 244). “A identidade pessoal, singular e única é uma totalidade harmônica e diferenciada, com certa estabilidade no tempo; isto é, com as propriedades de um *continuum* em transformação discreta” (MATOS, 2009, p. 477). Ao mesmo tempo em que a identidade individualiza o sujeito, e possibilita que ele compreenda o seu próprio ‘eu’, o insere em um contexto de pertencimento, expondo a sua singularidade (CALISSI, 2011, p. 246). Reconhecer-se como único não resulta em isolamento, mas em manutenção da sua essência e vontade mesmo em meio à coletividade.

A construção da identidade pessoal é resultado de três processos entrelaçados: a) *a identificação especular ou identificação imagoico-imagética* – o sujeito se identifica à imagem e/ou imago com que o outro o designa; b) i*dentificação idiomórfica* – o indivíduo estabelece a imagem de si próprio, organiza o seu autoconceito e a si próprio atribui valores e poderes; c) *identificação alotriomórfica ou xenomórfica* – identificação com o outro, processa-se por inclusões e assimilações (MATOS, 2009, p. 477-480). Em relação ao paciente em fim de vida, a identificação especular que lhe é atribuída pelos profissionais da saúde, devido à sua vulnerabilidade, pode afetar a sua identificação idiomórfica; e ao ser taxado de

incurável, deve-se ter cuidado para que essa atribuição não o faça ser excluído do rol de pessoas.

A reivindicação individual de respeito pela própria identidade deve passar por momentos inevitáveis de avaliação, controle, adaptação ao desdobramento da ideologia comum que fundamenta o consenso inicial e a persistência do vínculo associativo. Para proteger sua identidade, o indivíduo reivindica para ele mesmo uma lealdade pontual aos princípios do grupo, passando a ser portador ou intérprete da ideologia comum, entretanto, há um risco, uma limitação deste tipo pode ser vista com preocupação, no clima recorrente de medo do abuso do grupo sobre o indivíduo (RESCIGNO, 1981, p.191). É nesse cenário que se faz necessário persistir no reconhecimento das especificidades de cada um, para que não se perca a individualidade em meio à coletividade.

A construção dogmática do direito à identidade, com proteção devidamente reconhecida no ordenamento jurídico, pode negligenciar os antigos discursos ancorados na busca e definição de um direito subjetivo, ou de interesse protegido, ou mesmo apenas uma situação garantida contra os danos de terceiros, e privilegiar a identificação de situações dignas de proteção (RESCIGNO, 1981, p.191).

A identidade apresenta-se como direito subjetivo que compõe um verdadeiro direito fundamental, com aspecto negativo – com a construção de garantia de liberdade de se ter uma identidade própria para a construção ontológica do ‘eu’, no espaço social onde está inserido o outro; e com aspecto positivo – evidenciando a necessidade de políticas públicas de reconhecimento, para evitar que o sujeito seja inserido no campo da subcidadania (CALISSI, 2011, p. 257).

A proteção da ontologia da identidade humana e o seu reflexo lógico ou formal ao nível do seu reconhecimento social, situa o homem como centro autônomo de interesses, reconhecendo o seu modo particular de ser e de se afirmar, impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade (SOUSA, 1995, p. 245). Resulta no direito subjetivo de ser único, ser reconhecido como singular, e poder ser igual em relação à titularidade de direitos universais e *erga omnes*, no limite dos direitos e interesses dos outros.

Em 1975, Soriano (p. 350-351) já atentava para a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a solidariedade social e a personalidade humana. Entretanto, ponderava que a luta pela superação do individualismo não pode esquecer do valor transcendente da pessoa humana. O homem e a vida social são a razão do Direito, já que sem esses fatores o direito não pode cumprir sua função de instrumento de organização justa da convivência (BALLESTEROS, 2000, p. 583). Nesse diapasão, para que se garanta a proteção da pessoa individualmente considerada nas relações privadas, na convivência em sociedade, são imprescindíveis os direitos da personalidade.

É preciso ponderar que a juridicidade da realidade pessoal é muito mais ampla que a estreita figura dos direitos da personalidade, de modo que é profundamente redutor tentar reconduzir tudo o que há de jurídico na realidade social a um poder subjetivado sobre elementos da própria personalidade (GONÇALVES, D., 2008, p. 99). Esse pensamento não menospreza a importância dessa classe de direitos, apenas reconhece a sua insuficiência proposital.

Ora, se por questões de organização científica foi estabelecido que os direitos da personalidade se destinam à pessoa nas relações privadas; e os direitos fundamentais, a exercer o mesmo papel, mas no âmbito público, pode-se frisar que apesar de compartilharem da mesma base principiológica, não são sinônimos, e tampouco esgotam em suas circunscrições a proteção da pessoa e da personalidade. Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos da personalidade, dirigem-se ao ser humano, o encaram além da sua perspectiva física, reconhecem a individualidade de cada um e, com tal reconhecimento, atestam a subjetividade dos seus objetos.

Em alguns sistemas jurídicos, o indivíduo nem sempre tem a personalidade jurídica reconhecida, como é o caso dos sistemas em que há escravidão, nos quais os escravos são considerados coisas. No entanto, em todos os sistemas jurídicos evoluídos, em relação ao indivíduo é reconhecida a personalidade e a sua aptidão para ser sujeito de direitos (LARROUMET, 1995, p. 192). Desta forma, o homem, na qualidade de pessoa, além de destinatário do Direito é o seu sujeito ativo (TRABUCCHI, 1967a, p. 77). Ao mesmo tempo, por tais direitos serem *erga omnes*, a mesma pessoa que é o sujeito ativo dos seus direitos da personalidade, torna-se

sujeito passivo dos direitos, da mesma classe, de todas as demais pessoas com as quais convive.

O respeito pela pessoa, a autoestima, a concepção de que cada um é mero administrador fiduciário da sua pessoa são construídos a partir do reconhecimento de que os outros são iguais ao seu eu. A partir do momento em que o ser humano se redescobre como um mero administrador do eu (CAMPOS, 2006, p. 142-143). Gerir a si mesmo pressupõe liberdade, autonomia sobre si e os direitos subjetivos dos quais se é titular. Em outros termos, pressupõe o direito fundamental à liberdade, disciplinado em âmbito constitucional; direito à autonomia privada, no âmbito do direito civil; obediência ao princípio da autonomia da vontade, no âmbito do direito contratual. Faz-se particularmente imperativo o respeito pela pessoa, por usa autoestima e vontade do paciente submetido aos cuidados de saúde.

A faculdade de ser o seu próprio gestor não surge aleatoriamente, funda-se no personalismo ético que, ao adentrar o Direito, resulta no reconhecimento da pessoa e da personalidade jurídica, com base na dignidade da pessoa humana origina os direitos da personalidade. A realização eficaz de tais direitos demanda respeito por todos e pela implementação de um *lócus* de ação autônoma, para que os indivíduos se desenvolvam, conforme suas identidades, nas acepções físicas e psíquicas.

A liberdade é concretizada em todos os direitos correspondentes aos diversos sujeitos do ordenamento jurídico. Ao ser considerada como ausência de vínculos ou impedimentos, não se resume àqueles direitos que a têm no nome, mas abarca todos os outros direitos subjetivos, nos quais a relação com o bem atribui ao sujeito uma posição de preeminência, realizável por meio do seu arbítrio individual, delineando, no âmbito do direito subjetivo, uma posição de liberdade individual (CUPIS,1960, p. 88). A supressão da autonomia privada como princípio geral do Direito resultaria na total anulação da pessoa e a na sua conversão em puro instrumento da comunidade (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN,1986, p. 378), significaria a substituição da identidade pessoal pelo simples pertencimento às comunidades.

A autonomia ao supor o reconhecimento de que cada ser humano pode atuar de forma autorresponsável, expressa o direito de determinar seu próprio destino vital e pessoal, com respeito aos seus valores e visão de mundo, mesmo que se tenha a plena convicção de que são errôneos e de que são potencialmente prejudiciais a ele.

Conforme a autonomia, desenha-se um espaço do indivíduo em que nada nem ninguém pode imiscuir-se, nem o Estado, nem terceiros, apresentando o argumento antropocêntrico que se desprende da cultura secularizada e liberal contrária às éticas religiosas ou autoritárias, ao culto do monopólio do Estado como força legítima para impor conteúdos morais (CANO, 2016, p. 138).

Entretanto, é preciso sopesar que a autonomia tomada sob a estrita ótica jurídica não deve ser percebida como um direito ou um valor absoluto, ou ser tida como prevalente sobre qualquer outro direito ou bem jurídico. Como os outros direitos, ela apresenta seus limites que, em alguns casos, já são ponderados pelo legislador, ao dar prioridade a outros interesses ou bens jurídicos. Em outros casos, os limites surgem das regras e condições gerais de onde se presta o serviço público sanitário, ou das regulamentações de organização e funcionamento dos centros e serviços (AGUIRRE, 2016, p. 76-77). Na tutela da personalidade, há uma zona que é disponível. Nela cabe o exercício e a defesa no âmbito da autonomia privada, e esta pode e deve ser juridicamente construída como direito subjetivo (VASCONCELOS, 2015, p. 37).

A configuração autônomo-privada das relações jurídicas não é criação do Direito, na verdade, do mesmo modo que o indivíduo não pode ser juiz dos seus próprios assuntos, não pode ser legislador. Isso não significa dizer, no entanto, que a configuração da relação feita ao uso da autonomia não deve ter vigência, pois tal vigência tem fundamento duplo: a autodeterminação e o reconhecimento pelo Ordenamento Jurídico (FLUME, 1998, p. 28), de modo que se pode afirmar que a pessoa é livre sim, nos limites do ordenamento em vigor.

O significado da autonomia privada é duplo: por um lado se apresenta como uma realidade básica e fundamental dentro da ordem jurídica, salientando um aspecto institucional; por outro lado, tem um papel de destaque na mecânica de aplicação do Direito, evidenciando um significado técnico ou um sentido dentro da técnica legal. A autonomia sob o ponto de vista institucional é revestida pelo caráter de princípio geral do Direito, por ser uma das ideias fundamentais que inspira toda a organização do Direito Privado, e origina uma pluralidade de regras e aforismos. Na acepção técnica do princípio da autonomia, como um princípio geral do Direito, caracteriza a aplicação dele na falta de lei e costume, que resulta na liberdade para que as pessoas criem livremente relações jurídicas de todas as classes e

estabeleçam livremente também o regime destas relações, em princípio, quando não haja disposição legal em contrário ou costume (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN,1986, p. 377-378).

A vertente institucional da autonomia privada, na relação médico-paciente, serve de subsídio para a liberdade de agir, de contratar, de escolher tratamento, de emitir diretivas antecipadas de vontade, de nomear procurador de saúde. No sentido técnico, permite que o conteúdo contratual seja fixado com extensão até onde houver espaço delimitado pelas fontes do Direito; permite que haja liberdades inominadas pelas Ciências Jurídicas, a exemplo de um direito à morte digna, de um direito à manutenção de sigilo médico após a morte.

É verdade que a filosofia voluntarista do Código de Napoleão e os juristas liberais do século XIX colocam a essência da personalidade na vontade e não no corpo. Todavia, ao considerarem os insanos e os recém-nascidos, como corpos desprovidos de vontade, mas ponderando que não são menos do que pessoas, permanece o raciocínio de que a vontade não parece estar ligada a um corpo, de modo que não é despropositado postular, em princípio, que o corpo humano faz a pessoa (CARBONNIER, 2004, p. 381).

Ora, se o corpo é o substrato no qual o ser humano vive, é evidente que ao proteger onde se exterioriza a pessoa, acaba-se por tutelar a pessoa considerada em si mesma. A vontade é obra do intelecto, realiza-se no âmbito psíquico e mental humano, e o conceito de autonomia pessoal deve ultrapassar a liberdade de cognição, de expressão, e outras decisões mentais, para abarcar as liberdades físicas, atreladas ao direito de ir e vir.

De modo didático, pode-se dizer que nas relações médico-paciente a *autonomia mental* pode ser verbalizada – em uma recusa ou concordância com um determinado tratamento; ou documentada - por meio dos termos de consentimento livre e esclarecido, ou das diretivas antecipadas de vontade; ao passo que a *autonomia física* assegura a liberdade de permanecer internado ou não, de refutar tratamentos ou fazer parar tratamentos que ultrapassem seus limites corporais de dor. Nas hipóteses em que o nível de discernimento restar comprometido, serão tomadas as decisões com base nos princípios da não maleficência e beneficência, respeitando, sempre que houver, as convicções dos decisores substitutos ou de representantes legais.

Fala-se bastante de autonomia do paciente, mas muitas vezes ela ainda é severamente desconsiderada, desrespeitada e, intencionalmente, menosprezada. Essa conduta ilegal e antiética ocorre por múltiplos fatores, seguem quatro exemplos ilustrativos: a) insegurança jurídica sentida pelos profissionais, devido à falta de positivação expressa sobre determinada liberdade que o enfermo alega ter; b) por paternalismo científico dos profissionais, que acreditam saber o que é melhor para o enfermo, e interpretam o princípio bioético da beneficência de forma literal, sem analisá-lo sistematicamente com o da autonomia; c) privilégio terapêutico, como desdobramento importante do paternalismo – quando o médico não revela informações ao paciente por acreditar que geraria danos psicológicos; d) por motivos econômicos – como quando se intenciona manter um doente interno por mais tempo que o necessário, para garantir um lucro satisfatório com a prestação dos serviços.

Por obviedade, pode-se ressaltar que motivos escusos, ou ao menos paternalistas, são na maioria das vezes mascarados por justificativas aparentemente defensáveis, o que demanda que se avalie na casuística as suas essências e consequências. Contudo, há que se confessar a existência de alguns argumentos comuns, também suscitados para a não observância da autonomia, mas que se pautam na ciência de que essa liberdade não é absoluta; na proteção de terceiros; ou na perseguição de interesses também de grande valia.

Pode-se enumerar como exemplos de tal situação: a) casos de interesse ou risco à saúde de pessoas próximas ao doente – a exemplo de paciente casado contaminado por HIV; b) risco à saúde pública – como o caso de enfermo acometido por gripe A; c) escolhas ilícitas ou antiéticas – a exemplo de requerimento de suicídio assistido ou de amputação de membro sem necessidade médica justificável; d) avaliação médica imprescindível para investigar as condições de trabalho que dizem respeito à saúde dos trabalhadores, a requerimento da Subsecretaria de Inspeção do Trabalho a ser realizada pelos auditores fiscais do trabalho; e) limites no tocante à prescrição de medicamentos, entre outros.

Os médicos e demais profissionais da saúde são livres por serem pessoas e, como tais, são sujeitos dos direitos da personalidade; são titulares do livre exercício das suas profissões, contanto que obedeçam aos diplomas de ética profissional e aos limites à autonomia privada dispostos no Direito em vigor, ainda que não haja previsão positivada especializada; e como partes contratantes, em suas relações

negociais se aplica o princípio da autonomia da vontade. Do mesmo modo, os pacientes que se submetem aos cuidados terapêuticos são livres, tanto enquanto pessoas, assim como no sentido de parte contratante.

Fernando Gomes (2016, p. 94, grifos nossos) expressa que:

> A autonomia profissional e a autorregulação reforçam-se na Confiança. Na confiança de que os médicos trabalham na defesa dos melhores interesses dos doentes e da sociedade, desenvolvendo e reforçando os seus códigos de ética e tendo a vontade e a força suficientes para remover as "maçãs podres". Poderíamos mesmo dizer que **a preservação da autonomia dos profissionais deve ser um Direito dos doentes**.

Tal visão é excessivamente paternalista e otimista, dissociada da realidade. Primeiro, no que tange à suficiência da autorregulação para sanar os maus profissionais, caso fosse verdade, não existiriam tantas demandas – julgadas como procedentes no âmbito de responsabilidade civil e penal. Não se coaduna também com o corporativismo que ocasiona, muitas vezes, a dificuldade de no curso de um processo judicial se encontrar peritos médicos imparciais, que se disponham a apontar as possíveis falhas cometidas por um dos seus colegas de profissão.

Ademais, é preciso frisar que o exercício de duas autonomias em uma relação contratual geralmente resulta em círculos tangentes exteriores, ou seja, não são secantes, não estabelecem uma intersecção; de modo que para a expansão de um exercício libertário, geralmente se requer o recolhimento do mesmo exercício por parte do outro. É por tal razão que contraditória se mostra a afirmação de que liberdade profissional é um direito dos pacientes[12], quando o grande desafio destes é que os profissionais de saúde os respeitem como sujeitos de direito e sigam as determinações da sua vontade. À exceção, pode-se verificar as hipóteses em que as opiniões do contratado e contratante são uníssonas, cenário ideal.

São inapropriadas as condutas dos médicos focadas nas suas respectivas realizações profissionais, utilizando o paciente apenas como um objeto de estudo,

[1212] Paciente é a pessoa sob cuidados em saúde, e usuário é quem usufrui de um sistema de saúde, podendo ser paciente ou não. O paciente tem relação essencialmente pessoal com profissionais de saúde, enquanto o usuário tem relação impessoal com o serviço. Assim, os direitos dos pacientes são os direitos de todos sob os cuidados em saúde, e os direitos dos usuários se relacionam mais ao contato com determinado serviço. São concepções distintas, e cada uma merece reflexões e estudos próprios (ALBUQUERQUE, 2018, p. 327-328).

que na ânsia de buscar a cura para as doenças, melhoria da sua arte e consequente obtenção de reconhecimento, insistem em intervenção ativa, mesmo quando não causam relevante modificação no quadro clínico do enfermo (MENEZES, R., 2015b, p. 81-82). Os profissionais que adotam essas condutas não atendem às finalidades precípuas e atuais da saúde. “O conceito de saúde é social e culturalmente construído; depende, entre outros fatores, da percepção de normalidade presente em uma sociedade, de suas crenças, experiências e preconceitos sobre o processo saúde-doença” (GLOBEKNER, 2011, p. 30).

Por outro lado, deve-se perceber que há um grande risco de segregação das minorias quando se tem como parâmetro a percepção da sociedade no que tange à normalidade, pois um padrão de conduta clínica tido como normal para a maioria das pessoas pode não satisfazer às necessidades e/ou expectativas de outrem. Ao ignorar uma minoria de pacientes, desrespeita-se a identidade, o individualismo, de todos que integram esse rol, além de ser incongruente com um dos preceitos da bioética principialista, a autonomia – que figura ao lado da beneficência, não maleficência e justiça.

Diante desse raciocínio, “a bioética não está apenas voltada para o cenário do conhecimento de ponta, de fronteira, mas também voltada para o habitual, o cotidiano, o dia a dia, na esfera da vida” (HOSSNE, 2005, p. 63). A bioética trata de problemas que apresentam uma grande dimensão social e que acabam por afetar direitos personalíssimos humanitários, que se veem em maior risco nas atitudes relacionais.

O Direito e a Bioética compartilham uma função orientadora, mediadora e prática, ao promoverem o debate deliberativo. Sustentam-se em uma razão justa e flexível que conjuga a generalidade e abstração dos princípios e regras de acordo com a singularidade do caso; razão esta, prática e compassiva, que conjuga convicção com responsabilidade e procede com precaução. Levam a sério os valores, princípios e direitos; sustentam a objetividade de valores em face do emotivismo, pragmatismo e relativismo moral; e constituem o fundo ético comum nas sociedades pluralistas, democráticas e abertas que possuem uma concepção compartilhada da justiça (GIL, 2016, p. 382-383).

Desse modo, ao tratar sobre a importância de perseguir os ideais bioéticos, indiretamente, fala-se dos objetivos do direito humanitário e sublinha o dever de preconizar que os profissionais da saúde reconheçam a 'pessoa' na figura dos seus pacientes, e respeitem todos os direitos decorrentes desse reconhecimento – não os tratando como mero objeto de estudo, no corpo do qual colocam em prática seus conhecimentos científicos.

Ao analisar o pensamento de Foucault, pode-se identificar ao menos três formas sob as quais se sujeitam os homens à objetificação a respeito da ocasião das práticas médicas (RABINOW, 1984, p.7-11):

a) A primeira corresponde ao *status* imposto pelo isolamento e segregação do indivíduo, ao ser recluso em hospital ou clínica e ter diminuída ou extinguida a sua autonomia, já que fica impedido de ter contato com o exterior. Como ocorreu na Idade Média em relação aos leprosos, o confinamento de pobres e deficientes mentais no Hospital Geral de Paris, em 1656.

De diferentes maneiras, usando diversos procedimentos, e com uma eficiência altamente variável em cada caso, neste processo de objetificação e categorização social, os seres humanos recebem uma identidade social e pessoal diferenciada, excludente.

Essencialmente, tais práticas segregadoras são modos de manipulação que combinam a mediação de uma ciência ou pseudo-ciência com a prática da exclusão - geralmente em um sentido espacial, mas sempre em um contexto social.

b) Outra forma de objetificar o sujeito é a classificação científica, que surge dos modos de investigação que tentam se dar o *status* de ciências. Nesse caso, a relação com a dominação é mais oblíqua quando comparada com a primeira, o indivíduo passa a ser definido conforme as adjetivações da sua doença e se compila um dossiê sobre ela;
c) A reconstrução de seu ego, ocasionando mudança de conduta, de pensamentos, modificações no corpo e na alma dos pacientes. Diferentemente das outras duas modalidades, nesta a pessoa enferma é o sujeito ativo, e tais operações ocasionam um processo de autocompreensão que é mediado por uma figura de autoridade externa, psicanalista ou outro profissional.

Enxerga-se uma intersecção entre as três modalidades supradispostas, uma quebra da identidade e da autonomia da pessoa. Na primeira, vê-se que a pessoa deixa de ser individualizada, de ser considerada como unitária e irrepetível, passa a figurar como paciente, como interna, como reclusa, como se fosse apenas mais um número dentre as dezenas, centenas, milhares que se internam nas instituições.

A individualidade vai sendo perdida ainda mais quando a pessoa enferma verifica que ao seu *status* de paciente, foram acrescidos adjetivos, como terminal, oncológico, soropositivo, diabético, epilético, muitas dessas adjetivações, a depender do contexto, podem ser encaradas inclusive como pejorativas, capazes até de não somente desconsiderar a pessoalidade, mas a quebra da identidade pode repercutir em macular a própria honra subjetiva do paciente, ferindo, por consequência a sua dignidade.

Não se pretende, contudo, com tais afirmações, impedir que as ciências da saúde sejam organizadas, já que é inerente ao próprio conceito de conhecimento científico a organização; tampouco se intenciona criticar a classificação das doenças, pois se sabe que operacionalmente é de grande valia. O objetivo é apenas alertar para que não se enxergue o paciente como mero objeto de estudo, que os profissionais da saúde sempre se recordem que os seus conhecimentos serão aplicados em uma pessoa que, como tal, tem uma essência individual, um organismo único que pode reagir de forma diferente, já que a medicina, a enfermagem e as demais ciências correlatas não são exatas.

A depender da maturidade do arcabouço psicológico do paciente, ou do seu grau de sensibilidade aos comandos externos, especialmente provenientes dos médicos, sobre prescrição de medicamentos e tratamentos, aconselhamentos de condutas, pode-se encontrar, conforme a terceira modalidade proposta por Foucault, acerca da objetificação do homem, uma maior ou menor submissão às ordens profissionais, que se forem seguidas em grau exacerbado, podem acabar configurando um poder de dominação até maior que o que acontece nas outras hipóteses. A obediência pode ser decorrente do temor às consequências, dos efeitos colaterais, do abandono da assistência pelo médico etc.

O panorama traçado demonstra, pois, o porquê de ser tão importante se preconizar o respeito à individualidade nas relações clínicas; demonstra os riscos que o paternalismo científico, especialmente o médico, podem causar para a liberdade física e mental do enfermo; atenta para o fato de que há algumas clausuras mentais que podem ser mais poderosas e drásticas – no tocante à conservação da dignidade – que as restrições físicas. O respeito à individualidade do paciente deságua no reconhecimento da sua autonomia e se sedimenta na ratificação de que, como pessoa, o enfermo continua sendo dotado de personalidade e tem titularidade em relação a todos os direitos que desta decorrem.

Pode ser que, para um paciente, a ruptura do sigilo médico, caso seja restrita para os seus familiares, não gere consequências psicológicas ou morais. Há outros que não vão concordar com a partilha dos seus dados personalíssimos, com ninguém, buscam restringir especialmente a difusão para os membros da sua família. Há enfermos para os quais não haverá problema se o sigilo médico perdurar durante a sua existência, enquanto pessoa natural, e for difundido para os herdeiros após a sua morte. Já há outros doentes que podem preferir não contribuir para a anamnese clínica, por pavor de que seus familiares, mesmo após a sua morte, descubram alguma informação que lhe constrange em vida, a exemplo de ser portador de uma doença sexualmente transmissível.

O grau de necessidade de abrangência do sigilo médico depende da subjetividade de cada ser humano e desconsiderar as necessidades de alguns pacientes que possuem pensamento minoritário significa desrespeitar as suas individualidades. Em sede de responsabilidade civil, já foram convertidas muitas injustiças por usar como parâmetro o “homem-médio”, além de catastrófico e perigoso, pode ser inconstitucional e contrário aos direitos de a personalidade buscar um paciente-médio como vetor para estabelecer as regras a serem aplicadas no âmbito da saúde.

3.2 DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO PRELÚDIO DA TEORIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Uma sociedade que desconhecesse o valor da pessoa humana acarretaria a ruína do homem e da sociedade inteira, que se veria transformada em uma grande máquina em que a existência careceria de justificação (SORIANO, 1975, p. 351). Como se viu, o Direito é elaborado pelo homem e para o homem, e o reconhecimento de tal, enquanto destinatário, autor e pessoa, comprova que a iniciativa do Ordenamento Jurídico em proteger cada um de modo individualizado, acaba por também tutelar toda a sociedade, para além das comunidades delineadas e além das barreiras geográficas nacionais.

Já se pôde constatar uma grande evolução no direito positivo em relação à proteção humanitária; já se sedimentou o entendimento de que há casos em que a visão pós-positivista do Direito se mostra mais eficaz para a proteção dos valores primordiais à existência, resultando em uma integração das plurais fontes do Direito aplicáveis aos casos concretos; agora impende se perquirir os motivos e marcos fáticos que impulsionaram a evolução paulatina das previsões legislativas, até se chegar à doutrina dos direitos da personalidade, em sede de Direito Civil.

O reconhecimento da personalidade e da dignidade aplicado ao Direito Civil é base para a construção do direito das pessoas e elemento constitutivo e renovador das demais ordens jurídicas (TOBEÑAS, 1933, p. 45). Mas há que se ressaltar que a pessoa não somente está no centro do Direito Civil, está no cerne do Direito como um todo, garantindo a homogeneidade de objetivos do Ordenamento em vigor nos Estados Democráticos. As atuais codificações cíveis brasileiras e portuguesa, mesmo em uma fase mais apartada do apego ao legalismo, favorecem a interpretação dos direitos da personalidade de modo sistemático, em consonância com os diplomas que também apresentam um viés humanitário; documentos estes, nacionais e internacionais, de direito público e privado.

Os direitos fundamentais, que hoje facilmente são encontrados nas constituições dos países democráticos, têm origem nos anos de 1928 e 1929, com o projeto de Declaração dos Direitos Internacionais do Homem, responsável por iniciar a positivação dos direitos fundamentais no âmbito internacional. A declaração foi

seguida pela Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, e que entrou em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano; seu preâmbulo discorre, de modo expresso, sobre os direitos fundamentais do homem, sobre a dignidade e o valor da pessoa humana.

O fim da Segunda Guerra Mundial ensejou a consagração dos direitos civis e políticos tradicionais, bem como os direitos econômicos e sociais, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, a qual se constituiu numa “síntese entre a concepção liberal ocidental e a concepção socialista” (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 675), e pode ser considerada como a maior prova histórica do um consenso geral dos homens acerca de um sistema valorativo (BOBBIO, 2004, p. 47).

Apesar da utopia inerente a qualquer regulamentação que tenha vistas para uma modificação significativa na dinâmica social, ainda mais em plano internacional, é inegável que qualquer prática do Direito se inicia no campo das ideias, e que a não conformação com o Direito vigente enseja dos operadores do Direito e demais hermeneutas essa constante busca de melhoria, essencialmente para a proteção das pessoas. De modo que por mais críticas que se possam fazer ao contexto social - quase que hipócrita - em que tais diplomas foram cunhados, inegável é o fato de que a iniciativa foi tão louvável a ponto de seguir sendo considerada como base axiológica até a atualidade.

Mesmo que Cury (2005, p. 8) defenda que a mencionada Declaração se trata apenas de um aconselhamento, não consistindo em um conjunto de normas coercitivas, o texto em enfoque tem o mesmo valor jurídico das outras resoluções declarativas de princípios, adotadas pela Assembleia Geral.

O ano de 1966 foi marcado pela aprovação, pela Assembleia Geral da ONU, de dois Pactos internacionais: sendo o primeiro concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais; e o segundo, referente aos direitos civis e políticos. Em seguida, várias outras convenções de caráter protetivo aos direitos do homem foram adotadas pelas Nações Unidas, ou patrocinadas por esta Instituição.

Os direitos humanos visam ao homem em seu cosmopolitismo e em sua universalidade. A primeira ideia sugere que o homem é considerado no futuro sócio-político; a segunda, na transcendência da ordem histórica, isto é, como parte de uma

metafísica válida para a totalidade da humanidade. É por tal razão que os três pilares dos direitos humanos são: igualdade, liberdade e fraternidade, os quais devem ser tomados por invioláveis, sagrados e inalienáveis, especialmente por dizerem respeito ao homem-pessoa; qualquer alteração minaria as qualidades fundamentais da pessoa, o que é proibido em nome da dignidade humana (TZITZIS, 1997, p. 42).

Mostra-se incontestável o fato de que a esfera de abrangência necessária para a efetividade dos direitos se alargou à medida que o trânsito de pessoas e ideias se aprimorou, como decorrência da universalização, da globalização e da concretização do direito à liberdade. Este direito, em uma das suas principais ramificações, implica igualdade de direitos subjetivos pessoais, sendo por esse fator que a característica da universalidade, ao preconizar que todos têm titularidade aos direitos humanos, e que tal defesa ocorre *erga omnes*, é tão importante para que se garanta a proteção aos seres humanos em sua totalidade. O equilíbrio entre a liberdade e a igualdade é obtido por meio da concretização dos direitos ligados ao ideal de fraternidade.

O universalismo reivindicado, em nome do respeito efetivo pelos direitos humanos, pode ser criticado devido à dificuldade de se afirmar que a liberdade e a igualdade de direitos são plenamente realizadas quando, na verdade, os direitos humanos não são respeitados em uma universalidade efetiva. Ademais, mesmo se houvesse uma melhoria repentina e geral, caso os governos de todos os países, sem exceções, passassem a respeitá-los, de fato, ainda assim o universalismo não seria a base dos mesmos. A universalidade dos direitos humanos não se baseia no respeito efetivo de seus princípios por todos os governos em vigor, o que também significa que não pode ser refutada por esse meio também (VANNIER, 1997, p. 121). A base da universalidade converge com a base dos direitos humanos, reside na proteção da pessoa.

Em outros termos, como os direitos humanos são defendidos em escala internacional, a característica da universalidade não deve carecer de ratificação interna nos Estados para poder ser defensável. Deve ser respeitado o poder coercitivo desses direitos transnacionais e as suas abrangências totais em relação a todas as pessoas, independentemente das positivações nacionais, assim como a

possibilidade de cada pessoa defender os direitos humanos contra todos, o que engloba no rol de sujeitos passivos totais, inclusive, os Estados que atentarem contra eles.

Essa afirmação não nega a importância e não se cega para o quão louvável é que a mesma lógica humanitária seja seguida em âmbito interno, em prol da homogeneidade dos sistemas jurídicos. Os direitos fundamentais, bem com os direitos da personalidade, contribuem com a eficácia social dos direitos humanos, o que não se deve permitir é que qualquer interação interna aos Estados tenha o condão de macular e de impedir a universalidade em escala internacional.

Na verdade, o universalismo dos direitos humanos é, de fato, às vezes criticado porque as tiranias e injustiças contradizem as reivindicações de igualdade e liberdade, e a crítica realista dos direitos humanos às vezes tem sido mal compreendida. Em meio ao confronto entre a injustiça e os princípios legais ideais, o verdadeiro papel da crítica realista é poder denunciar as usurpações e hipocrisias dos discursos de complacência dos direitos humanos. É precisamente na definição crítica da universalidade dos direitos humanos que a dificuldade se manifesta. Por um lado, a universalidade dos direitos humanos não pode ser entendida como uma efetividade política empírica, seja seu respeito ou a disseminação de seus temas. Por outro lado, a universalidade não pode ser determinada por uma razão que seja *a priori* exaustiva e idêntica em todo espírito humano (VANNIER, 1997, p. 120-121).

Pode-se, portanto, afirmar que a crítica à universalidade utópica não se direciona à sua construção ideológica, mas sim ataca a falta de perspectiva pragmática, e a hipocrisia de vários Estados em serem signatários dos documentos que preconizam os direitos humanos, mas não se empenham em praticá-los. Os direitos humanos exigem uma conduta negativa dos Estados – para que não interfiram no campo individual-pessoal; mas implica, também, na conduta positiva – promoção dos ideais humanos.

Ademais, por mais iguais que os homens sejam entre si, em termos de categoria, como o espírito humano, a personalidade psicológica é variável. Em meio à tutela da universalidade, não se deve esquecer de defender as individualidades no que tange ao exercício da livre vontade.

Sob esse prisma, é possível se frisar que o homem ao ser integrado ao conceito de pessoa humana universal, tornou-se escravo de um sistema, que é mais realista que prático. Hoje em dia, a pessoa é submetida a uma série de reduções: em primeiro lugar, em suas relações com a sociedade, depois em sua ação externa e, finalmente, em sua realidade natural (ABDELHAMID, 1997, p. 67-68), e nessas reduções, o fato de ser comum adjetivar as pessoas, seccioná-las em classes, faz com que, muitas vezes, se esqueça até da individualidade.

A universalidade dos direitos humanos ao ser interpretada em conjunto com a individualidade permite que se adapte o Direito conforme as especificidades de cada classe de pessoas, para que os direitos humanos protejam as minorias e/ou as classes vulneráveis. Nessa esfera de proteção, devem estar incluídos os vulneráveis por motivos de saúde enquanto pacientes: seja como destinatário final de serviço suplementar de saúde, seja como usuário de sistema público.

Negar a proteção dos pacientes submetidos às relações de cuidados clínicos, pelo sistema internacional cuja incumbência é a de proteger os direitos humanos, e que engloba um sistema regional e um globalizado, resultaria segregar os ditos direitos universais apenas para as pessoas saudáveis, o que comprometeria a universalidade, tanto na acepção utópica quanto na pragmática.

Para que o homem universal exista, deve-se insistir na realização real do ser total. Essa realização requer a prevalência de uma dimensão intelectual do ser humano, isto é, um conhecimento metafísico pelo intelecto puro. O conhecimento metafísico pelo intelecto puro é a expressão da personalidade (o self) na individualidade (o ego), que unifica o ser por meio da multiplicidade indefinida de seus estados individuais. Por isso, a própria essência reside no centro da individualidade humana (o intelecto) (ABDELHAMID, 1997, p. 71).

Sob essa perspectiva, a proteção em âmbito constitucional em congruência com os direitos internacionais humanos, emergem os direitos fundamentais para proteger a pessoa em âmbito constitucional. Eles abarcam no seu rol a igualdade e a liberdade que, caso sejam interpretadas em conjunto, acabam por defender a individualidade e a expressão da personalidade.

Com o advento do constitucionalismo no final do século XVIII, a proteção ao indivíduo, essencialmente devido à contribuição francesa com a Declaração do Homem e do Cidadão, intensificou-se de tal maneira que hoje também passou a ser

encarada como universal. A mesma característica, a universalidade, é verificada nos direitos fundamentais, que ostentam uma correspondência de conteúdos com os direitos humanos internacionais, com uma justificativa bem clara, já que as duas categorias apresentam a mesma finalidade protetiva, convergem as proteções no princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de serem tomados por alguns doutrinadores como sinônimos, já que têm a mesma incumbência de promover a tutela de poderes e esferas de liberdade das pessoas, destinando-se à aplicação prioritária nas relações entre pessoas e Estados, os direitos fundamentais e os direitos humanos se distinguem: estes ligam-se à liberdade e igualdade, e são positivados no plano internacional, independendo de ordenamento jurídico-positivo interno; ao passo que os direitos fundamentais, *a priori,* podem ser compreendidos como direitos humanos positivados no plano interno, apresentam maior materialidade.

Pode-se entender que os direitos humanos são destinados a proteger as especificidades do indivíduo. De maneira geral, tutelam o homem além do seu corpo físico, dão subsídios valorativos para a regulação interna desses direitos nos Estados. Enquanto os direitos fundamentais são nacionais, os direitos humanos, mais genéricos, ultrapassam fronteiras, são transnacionais e ubíquos, encaram o homem contemporâneo de forma mais factível e cosmopolita.

Os direitos fundamentais são “a construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade” (SARLET,2001, p. 1) e, em sua generalidade, consagram três valores constitucionais de suma importância: a democracia social, econômica e cultural; a liberdade; e a democracia política (CATÃO, 2004, p.70). Considerados em sentido estrito, concernem a “um conjunto de normas que cuidam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo de determinado Estado” (CURY, 2005, p. 1).

Aos direitos fundamentais foi atribuída uma relevância única pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tendo em vista que o artigo 5º, o qual denota a intenção do constituinte em destacar tais direitos, compõe-se de setenta e sete incisos e dois parágrafos. São esses elementos que integram a identidade e

continuidade da Carta Magna estando, então, de acordo com o artigo 60, §4º, em posição inatacável por reforma constitucional que tenha a intenção de suprimi-los.

No artigo 5º, localizam-se, além dos direitos fundamentais, as garantias fundamentais que, apesar de terem correlação íntima com os primeiros, não se confundem. Enquanto os direitos são normas declaratórias, bens positivados pela norma jurídica, as garantias são normas assecuratórias, sendo negativas por possuírem vedações a serem cumpridas pelo Estado em face dos cidadãos, e pelo indivíduo particular em face dos seus semelhantes.

As garantias são de especial importância para a dinâmica clínico-hospitalar do paciente, pois, ao representarem limites de ordem pública para as tratativas privadas, buscam garantir que a autonomia da vontade aplicada aos negócios jurídicos não seja interpretada em sentido literal, mas se considere a função social do contrato e a proteção da dignidade humana – esta última como limite máximo e inatacável.

Na vigente Constituição da República Portuguesa, datada de 1976, com última alteração ocorrida em 2005, há também previsão expressa, no seu primeiro artigo[13], que a dignidade da pessoa humana é base na qual se funda o país; a universalidade dos direitos fundamentais é expressa no artigo 12º., n. 1[14]. No artigo seguinte,[15] evidencia-se a proteção da dignidade de modo universal. No artigo 16º,[16] expressa a necessidade de integração dos direitos fundamentais com os direitos

[13] Artigo 1.º Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

[14] Artigo 12.º, 1., Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

[15] Artigo 13.º 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.

[16] Artigo 16.º , 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

humanos internacionais; e dedica a Parte I do seu diploma para a disciplina dos direitos e deveres fundamentais, abarcando no seu rol também a liberdade.

Como instituir que a proteção da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental basilar do constitucionalismo não basta à sua concretização, nem em âmbito privado, muito menos em matéria de direito constitucional; apresentando mais desafios quando se trata de aplicação internacional, verifica-se que a construção dos direitos fundamentais remonta às declarações internacionais de direitos humanos; e que até na atualidade restam desafios contemporâneos, reajustados e transmutados, para garantir a eficácia social dos princípios fundamentais, especialmente daquele que se encontra no núcleo da proteção humana, a dignidade.

Ao contrastar a progressão dos direitos fundamentais com os direitos da personalidade, pode ser verificada uma compatibilidade de ideais, ao mesmo tempo em que se evidencia a necessidade de setorizar e desmembrar a proteção privada da pública, para garantir uma melhor realização dos valores que impõem na sociedade.

Mostra-se justificável tratar de modo especializado os direitos da personalidade nas relações clínicas, por salientar relações jurídicas em que os direitos mais caros dos doentes constantemente correm risco de ser desrespeitados. A autonomia privada do paciente muitas vezes se contrapõe com a liberdade profissional dos médicos e demais membros da equipe de saúde; os direitos da personalidade são mitigados em prol de motivos administrativos e/ou econômicos, como os casos em que se precisa considerar a reserva do possível. A falta de legislação própria especializada e suficiente para tratar dos dilemas, causa insegurança jurídica e desmotiva os profissionais a obedecer às diretivas antecipadas de vontade; entre outros motivos que facilmente podem ser verificados na prática clínica. A proteção em âmbito cível protege, ou pelo menos tem o condão de proteger, o paciente nas relações com os particulares que devem cuidar do seu bem-estar físico e psíquico.

3.3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO BRASIL

Com o viés de garantir a proteção dos valores mais caros das pessoas nas relações com os seus semelhantes, devido à constatação de que o Estado não é mais a principal ameaça contra o homem – como aparentava ser no absolutismo; como decorrência da necessidade de dotar de eficácia social nas relações privadas os preceitos embasados na dignidade, emergem os direitos da personalidade que, no Brasil, só passaram a integrar o Código Civil em 2002. A referida inserção constitui a mais importante inovação advinda da comparação com o código antecessor de 1916.

A dificuldade para haver uma codificação civil nasce da impossibilidade de conciliar os dois princípios contrários que regem qualquer atividade jurídica, a segurança e a adaptabilidade do direito à vida, que são forças contrárias: estabilidade e evolução (TOBEÑAS, 1933, p. 77). Ao mesmo tempo em que se busca uma codificação que seja estável, direta, objetiva, é imperioso que se alcance a tutela dos valores primordiais e atuais para o homem. Caso contrário, não fará sentido a existência da Ordem Jurídica. Foi em prol da evolução para adaptar-se às demandas humanitárias, que se sacrificou a estabilidade do Código Civil de 1916, ao substituí-lo pelo de 2002.

Até o ano de 1857, no Brasil, as normas compunham um emaranhado, desorganizado, não eram aplicadas diretamente, necessitavam do intermédio de doutrinador para tanto, sendo sob essa realidade que se podia constatar a forte influência do Direito Romano, Direito Canônico, Direito Português e do Direito Espanhol. O direito canônico serviu de intermediador entre o direito romano e o direito civil. Em sede de Direito Espanhol, merecem destaque as Ordenações Filipinas por terem buscado afastar a influência do Direito Canônico para reafirmar os princípios do Direito Romano não-cristão, cuja importância foi revalidada pela Lei da Boa Razão, em 1769. Trinta e cinco anos após a independência de Portugal, naquele país, em 1867, passou a vigorar um Direito Civil Português (NEVES, 2003, p. 15-22).

O espírito geral do Código de Napoleão é individualista, liberal, defendido pelos filósofos do século XVIII, a compilação dedicou os artigos 7 ao 515 para tratar sobre as pessoas e consagrou a secularização do direito civil (TERRÉ, 1998, p. 59). A formação dos direitos das pessoas recebeu influência econômica – crescimento e crise econômica; social – desenvolvimento da indústria; política – advento do sufrágio universal; ideológica, entre outros, e essa evolução foi profundamente completada e transformou o sistema de 1804, Código de Napoleão. As inovações foram adotadas, não necessariamente de forma integral pelo Código Civil, sendo seguidas pelo desenvolvimento e retirada do liberalismo e do individualismo (TERRÉ, 1998, p. 68).

Por volta de 1880, com o advento da República Democrática, fez-se presente um movimento mais profundo, que de muitas maneiras foi dirigido contra o Código Civil. Em relação ao direito das pessoas, o individualismo que inspirou o Código de Napoleão foi restaurado em sua pureza primitiva, ou especialmente desenvolvido para novas consequências (CARBONNIER, 2004, p. 132).

Em Portugal, o primeiro Código Civil foi aprovado por Carta de Lei em primeiro de julho de 1867, sendo elaborado por Visconde de Seabra e entrando em vigor no ano subsequente. O atual Código Civil foi aprovado 25 de novembro de 1966, fruto do Decreto-Lei n.º 47344, que entrou em vigor em 1º de junho de 1967, revogando o de 1868, o qual teve sua revisão e fase final presidida pelo professor João de Matos Antunes Varela. Até a atualidade, enfrentou setenta e seis alterações, demonstrando o empenho em se manter condizente com as mudanças sociais.

Verificou-se a partir do começo do século XIX a diversificação evolutiva das instituições jurídico-privadas de Portugal e do Brasil, quando houve grande influência do Código de Napoleão e do seu individualismo jurídico, no Código de 1867, rompendo com as Ordenações Filipinas moldadas na monarquia absoluta. Formou-se um cenário incompatível com a estrutura social, colonial e escravocrata do Brasil na época. O fato de não ter sido elaborado Código Civil brasileiro no século XIX concorreu para a preservação em maior escala da tradição jurídica lusitana (GOMES, O.,1958, p. 16-18).

Ao haver o confronto do Estado, a possível autoconsciência de uma comunidade política é acentuada (SALDANHA, 2003, p. 11), e é a partir dela que decorre a necessidade de se pensar o Direito além da esfera pública. Essa conquista foi obtida de forma paulatina, já que na Constituição do Brasil de 1824 havia apenas uma promessa de garantia dos direitos civis e políticos, os quais deveriam ser concretizados pelo Código Civil e pelo Código Criminal.

A Consolidação das Leis Civis, que serviu como base para o primeiro Código Civil brasileiro, preocupou-se em excluir normas contrárias à Constituição de 1824; propunha um Direito Privado Unificado, para unir Direito Civil e Comercial; fez propositura para que se adotassem dois códigos, um Código Geral – englobando causas jurídicas, pessoas, bens, fatos e efeitos jurídicos – e um Código Civil a tratar de efeitos civis, direitos pessoais e reais.

É sabido que José de Alencar, então ministro da Justiça, foi contrário às ideias de Teixeira de Freitas, e apresentou novo esboço para o diploma, mas é incontestável que no Código de 1916 se verifica a influência de Teixeira de Freitas devido ao excesso de boa-fé (NEVES, 2003, p. 33-35). Boa-fé esta que se fez presente no Código Civil de 2002, e que permanece como um grande desafio a ser efetivado, até a atualidade, devido à sua alta carga de subjetividade.

Após Teixeira de Freitas, outros juristas elaboraram suas proposituras, Nabuco de Araújo, Joaquim Felício. Coelho Rodrigues, Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, mas a história demonstra que muitas ideias compatíveis com a lógica e com o ideal humanitário, por várias vezes foram descartadas por motivos de cunho político, servindo para retardar a evolução de institutos extremamente caros ao progresso social. Vê-se, pois, que não é só na atualidade que a política e motivos escusos, ou ao menos secundários, comprometem a efetividade dos direitos que devem ser mais caros aos seres humanos, por terem o intuito mister de protegê-lo.

O Código Civil brasileiro de 1916 apresentava um grande descompasso entre o direito escrito e a realidade social, e colocou-se, em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando ideias e aspirações correspondentes a uma camada mais ilustrada da população. O pensamento que o inspirou condicionou-se

necessariamente ao sistema social em cujas entranhas foi concebido (GOMES, O., 1958, p. 71-72). Tal fator esclarece o porquê desse código ter um cunho patrimonialista; de ser direcionado para uma realidade predominantemente rural; de não demonstrar uma evolução que só tardiamente foi vislumbrada, a proteção ao pessoalismo; torna evidente seu caráter elitista ao ser despreocupado com os ideais sociais fundados na fraternidade proferida no âmbito das Cartas e Declarações de direitos humanos, bem como demonstra um grande apego às tradições patriarcais e religiosas.

No entanto, o Código Civil brasileiro de 1916 foi de grande importância para a evolução cultural do país, exerceu notável função educativa, pois, apesar do idealismo elitista, os elaboradores do código concorreram para o aperfeiçoamento do direito privado do Brasil, sem sacrificar a tradição pela novidade, e sem cair no servilismo de outras codificações (GOMES, O.,1958, p. 71). É preciso reconhecer que há um valor permanente do Direito Civil, valor este que subsiste além de todas suas possíveis transformações e mudanças, bem como apesar das crises reais ou aparentes. O Direito Civil permanece regulando pilares fundamentais da sociedade, como a pessoa, família e o patrimônio, de existências perenes, mesmo que de outra forma pretendam determinados sistemas filosóficos, sociológicos, jurídicos e, ainda, a legislação positiva (PIDAL, 1969, p. 510), mesmo que dependendo do momento histórico-evolutivo se priorize mais uma vertente que outra, mesmo que o Código de 1916 não tenha se mostrado tão preocupado com personalismo ético, como o seu sucessor.

Os principais valores do Direito Civil tratam das exigências que são essenciais na vida do ser humano em sociedade, e emergem nos diversos setores jurídicos. No que tange às relações entre pessoas singulares, sendo portadoras de valores correspondentes à sua qualidade individual, e também enquanto ser “com os outros” e “para os outros”. O Direito Civil enxerga essa estreita solidariedade em que o outro é elemento constitutivo do ser, em que cada um se refere constantemente aos outros em todos os atos da sua vida (CAMPOS, 2008, p. 75).

Fruto da percepção de que “o direito como ação humana projeta-se sobre o futuro existencial, instável e indemonstrável, a adequação jurídica depende de problemas da vida de coexistência social que surgem, ou que se preveem”

(CASTRO, 1985, p. 1), de modo que impende haver evolução do Direito, principalmente em relação às questões existenciais, conforme as demandas da sociedade em constante transmutação, para que não se sacrifique a eficácia social dos seus institutos.

A mudança que se mostrava mais urgente e necessária no âmbito das relações privadas era a de substituir a priorização da proteção ao patrimônio, pela proteção da pessoa. É bem verdade que urgiam outras modificações, especialmente devido à urbanização da sociedade que antes era predominantemente agrária, mas nenhuma proteção comunitária se torna efetiva sem a tutela do indivíduo isoladamente, sem que fosse considerado o humanismo existencial.

Com base na hominização dos indivíduos, surge a consciência humana voltada para as necessidades concretas e sociais, de forma que a vida social passa a existir a partir do momento em que os homens atribuem um significado à ordem grupal na qual vivem. Nessa acepção, o viver é forma de participar dessa organização (SALDANHA, 2003, p. 9-10). Com essa perspectiva de buscar na prática do Direito conseguir um tratamento humanitário, partindo-se do pressuposto de que se deve buscar a coerência e o máximo de homogeneidade em relação ao previsto nas diversas codificações que coexistem no país, em consonância com os direitos fundamentais estabelecidos no artigo quinto da Constituição Federal de 1988, com o Código Civil de 2002 entrou em vigor a disciplina dos Direitos da Personalidade.

A pessoa tem certos aspectos ou manifestações que são inerentes a ela mesma. São especialmente transcendentes e íntimos, tanto físicos quanto morais, visto que caracterizam os direitos subjetivos nomeados de direitos da personalidade (MUÑOZ, 1986, p. 179-180). Levando em conta que a esfera jurídica é a totalidade do que corresponde a uma pessoa por direito, em um determinado momento, ou seja, que é o conjunto de todos os seus direitos ou bens juridicamente protegidos, na acepção jurídica de pessoa pode-se afirmar que ela é o centro de uma esfera jurídica pertencente a ela própria, de modo que a pessoa não pode ser pensada como absolutamente separada de sua esfera jurídica (LARENZ, 1978, p. 47).

Com base no ofício Diretrizes Fundamentais, foi elaborado o Código Civil de 2002, decorrente da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, por uma comissão designada para tanto, coordenada por Miguel Reale, com relatoria de Ricardo Fiuza. No rol das inovações, a principal é a presença do capítulo intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, categoria da qual o legislador se ocupou pela primeira vez. O capítulo é composto por onze artigos, com posição topográfica de destaque, já que se delineia do artigo 11 ao 21, refletindo parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana.

A teoria dos direitos da personalidade demonstra a convicção da aspiração para obter novas normas protetoras (TUHR, 1998, p. 154). Os direitos de personalidade são de interesse para a sociedade como um todo, uma vez que se trata de determinar a situação de um sujeito de direito em relação a todos (RIPERT; BOULANGER, 1956, p. 349). A positivação desses direitos os torna exigíveis por todas as pessoas e demonstra a sua independência em relação aos direitos patrimoniais – dotados de conotação econômica; além de tornar evidente a supremacia da dignidade da pessoa humana, a qual ostenta o *status* de valor máximo do ordenamento jurídico.

A importância dos direitos da personalidade reside na supremacia do objeto da sua tutela, a pessoa – em sua mais ampla dimensão; somada a todas as características de maior relevância da personalidade jurídica. O artigo 12 do Código Civil assegura tanto a tutela jurisdicional inibitória ou preventiva, quanto a tutela ressarcitória, em prol de estimular e garantir o seu respeito.

A temática dos direitos da personalidade é tricotômica, da mesma forma que é a morfologia do ser humano, e sua compreensão só pode ser alcançada sob a tríade da liberdade, da diversidade e da tolerância que recepciona a alteridade, categoria ontológica relacional do Eu e o Outro, o que faz com que seja necessário ponderar interesses individuais com os sociais (SILVA, N.; SERRA, 2017, p. 41). Em outros termos, deve-se proteger a pessoa individualizada, mas com a consciência das repercussões que seu desenvolvimento pode causar no âmbito social.

Quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, prevalece na doutrina o entendimento de que sejam direitos subjetivos, apesar de receberem um tratamento jurídico privilegiado se confrontados com os outros direitos enquadrados

na mesma categoria. Na verdade, pode-se constatar que a polêmica acerca da natureza jurídica reside não no conceito de *direitos da personalidade*, mas sim nos *direitos subjetivos.* A imprecisão técnica acerca do conceito de direitos subjetivos, que acaba por contaminar a definição de direitos da personalidade, deve-se ao fato de que aqueles formam uma categoria que foi moldada precipuamente para a tutela do direito de propriedade, exercendo o papel de mais uma garantia do indivíduo frente ao Estado, no intuito de ter a circulação econômica preservada.

O Direito subjetivo pode ser compreendido como toda vantagem que um indivíduo pode exercer em decorrência da ordem jurídica (TUHR, 1998, p. 58), um poder para o indivíduo conseguir o reconhecimento social do objeto que pretende, contanto que o motivo que determina o seu ato de vontade seja reconhecido como legítimo por parte do direito objetivo (DUGUIT, 2005, p. 9) e possibilita, então, alguém a agir e exigir de outrem determinado comportamento.

No âmbito de Direito privado, manifesta-se como permissão jurídica, de acordo com a qual se pode fazer ou ter o que não for proibido, assim como também se pode exigir de outrem o cumprimento do dever sob pena de sanção. É de uso exclusivo do seu respectivo titular e é reconhecido e limitado pelo direito objetivo (AMARAL, 2000, p. 183).

As esferas de atuação dos indivíduos como senhorios da própria vontade são demarcadas pela ordem jurídica, ao outorgar-lhes direitos subjetivos, para que se garantam o exercício dos interesses tidos como razoáveis. A estipulação dos direitos subjetivos é feita porque a ordem jurídica considera ser conveniente confiar aos próprios indivíduos o cuidado dos seus bens, seu emprego e proteção. Desta forma, pode-se asseverar que os direitos da personalidade evidenciam um direito subjetivo sobre a própria pessoa. A maior incerteza que existe acerca os direitos da personalidade tem a ver com seu conteúdo e limites, quando não vem expresso na disposição positiva da lei (TUHR, 1998, p. 62, 153-154).

Mesmo que realmente persista a dificuldade na delimitação do conteúdo e dos limites, não se pode esperar que os ordenamentos jurídicos consigam delinear por completo direitos com alta carga de subjetividade, como é o caso dos direitos da personalidade. Ora, se nem o rol de direitos é taxativo, devido às mutações sociais

constantes – mostrando-se inclusive bem pertinente a noção de tutela geral da personalidade[17], presente no ordenamento jurídico português – não se deve ter apego excessivo ao positivismo a ponto de se esperar que o direito positivo objetivo estabeleça de forma direta e completa os limites desses direitos.

O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, por ser reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas, e da Convenção Europeia de 1950; apesar de a preocupação com os direitos humanos se fazer presente desde a Antiguidade, sendo reforçada com a eclosão do Cristianismo (GONÇALVES, D., 2008, p. 153).

Os direitos de personalidade podem ser conceituados como posições jurídicas que o homem tem devido ao simples fato de nascer e viver. São aspectos imediatos da exigência de integração do homem, bem como condições essenciais ao ser e dever ser. Além de revelarem o conteúdo necessário da personalidade, englobam os direitos de exigir de outrem, o respeito da própria personalidade e têm por objeto os bens da personalidade física, moral e jurídica (BELTRÃO, 2013, p. 222). Os direitos da personalidade são “ligados visceralmente à figura da pessoa humana em seu trato consigo própria, com seus pares e com a sociedade em que vive, espelhando, principalmente, os aspectos privados das relações intersubjetivas” (LIMA JÚNIOR, 2017, p. 229). São direitos dotados, portanto, de natureza jurídica subjetiva, apesar de terem como conteúdo os valores e bens essenciais da pessoa humana, incluindo aspectos morais, intelectuais e físicos.

Partindo do pressuposto de que o direito objetivo ou a regra de direito consiste na norma de conduta imposta aos indivíduos que vivem em sociedade, “norma cujo respeito se considera, num momento dado, pela sociedade, como a garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o autor de tal violação” (DUGUIT, 2005, p. 9).

---

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

De outra forma, Vasconcelos (2015, p. 38-39) propõe a dicotomia entre o direito objetivo e o direito subjetivo de personalidade, com naturezas e regimes distintos. O direito objetivo de personalidade constitui na regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, em um contexto em que os princípios e normas jurídicas injuntivas, que regem sobre a tutela da personalidade e que são indisponíveis, apresentam grande importância no Direito – são regras impostas pelo legislador para respeito à dignidade humana. O direito objetivo de personalidade é indisponível. Situa-se no campo da heteronomia, visto que o titular não pode prescindir ou dispor dele.

Na tutela subjetiva da personalidade, não se fala em um dever geral de respeito, mas sim em um direito subjetivo de defender a dignidade própria, a exigir o seu direito, a utilizar os meios juridicamente possíveis, adequados, necessários e lícitos para que se obtenha êxito na defesa. Tratam-se de poderes jurídicos e individuais inerentes à qualidade humana, e com exercício dependente da autonomia privada, por isso são disponíveis, gratuita ou onerosamente; e o titular pode tolerar as ofensas, prescindir da sua defesa. Ao passo que o direito objetivo de personalidade impõe a todos o dever de respeitar a dignidade de cada indivíduo, tem como conteúdo um dever, uma vinculação. O Estado no exercício, ao exercer o seu poder-dever de fazer respeitar a Lei e o Direito, mostra-se o garante dessa vinculação. O direito subjetivo tem o seu conteúdo preenchido por poderes que o seu titular pode exercer direta e livremente, não ficando à mercê da iniciativa e da disponibilidade dos órgãos do Estado (VASCONCELOS, 2015, p.39-40).

De acordo com essa teoria, os direitos à vida, à honra, à privacidade não são direitos subjetivos autônomos, são poderes jurídicos que integram o direito de personalidade do seu titular, são poderes exercidos quando a dignidade do titular é posta em causa, estiver sofrendo ameaças ou ofensas àqueles bens de personalidade (VASCONCELOS, 2015, p.41).

Considerando-se que os direitos subjetivos são ordenados sistematicamente sobre a base das faculdades que aparecem como seu núcleo (TUHR, 1998, p. 65), pode-se comentar que o pensamento expresso por Vasconcelos (2015) é pertinente no que tange à atribuição de alto valor às disposições de direito objetivo concernentes à regulação dos direitos da personalidade, que servem para ordenar as faculdades que têm a dignidade da pessoa humana em seu núcleo. No entanto, a

acepção mais generalista de que certos direitos subjetivos não são autônomos pode suscitar sérias dificuldades para a aplicação deles no plano de eficácia, pois, apesar da sua relevância teórica, não devem prosperar por motivos de ordem prática.

Larroumet (1995, p. 263-266) apresenta uma classificação dos direitos extrapatrimoniais da seguinte maneira: a) direitos da personalidade propriamente ditos – emanam diretamente da personalidade jurídica, reconhecidos às pessoas físicas, de natureza extrapatrimonial, são primordiais, fundamentais, a exemplo do direito à honra; b) os direitos que se relacionam com o estado das pessoas – baseiam-se nos elementos que constituem uma identificação jurídica da pessoa, a exemplo do direito ao nome, que é uma individualização da pessoa; c) liberdades fundamentais – políticas, profissionais, de opinião, entre outras, mais concernentes ao direito público que ao direito privado, por isso que na maioria dos sistemas são garantidas pela constituição. Mostra-se uma classificação relevante do ponto de visto orgânico-científico, mas que não é capaz de reforçar os objetivos perseguidos por tal classe de direitos.

3.4 DA ORIGEM AO CONCEITO ATUAL DO DIREITO À INTIMIDADE

As origens do direito à privacidade antecedem o *Bill of Rights* (datado de 1689), visto que esse direito pode ser encontrado em alguns dos códigos mais antigos, nos mais influentes escritos filosóficos e nas tradições. É possível apontar que na Bíblia já se podia encontrar noções desse direito, ao se falar da vergonha sentida por Adão e Eva, pela violação da privacidade, bem como no caso da violação da privacidade por Noé, em relação à nudez do seu pai (KONVITZ, 1966, p. 272). Apesar de serem notórias as diferenças existentes entre os conhecimentos científicos, os religiosos e os mitológicos, mencioná-los é importante para que ilustrem como a proteção da intimidade é vinculada à ideia de fazer o bem, de individualidade, assim como torna evidente o quão transcendental e interdisciplinar são os valores protegidos por esse direito.

O principal caso precursor sobre o assunto, discutido na Suprema Corte Americana, foi o de *Griswold versus Connecticut*, em que se julgou uma proibição contida na Lei de Comstock (1873), destinada a evitar o uso de métodos

contraceptivos. A lei foi invalidada com base na Constituição do país e no *Bill of Rights*, e o argumento utilizado para tanto foi a alegação de que ela contrariava a privacidade conjugal, tutelando, pois, as práticas íntimas.

Partindo-se do pressuposto de que os direitos são esforços autoritários direcionados para definir e influenciar o relacionamento entre as pessoas, pode-se verificar pelo menos três categorias de reivindicações que existem no conceito legal de privacidade, entendida como a liberdade ou o poder legalmente reconhecido de um indivíduo (grupo, associação, classe) para determinar até que ponto outro (grupo, classe, associação ou governo) pode: a) obter ou fazer uso de suas ideias, escritos, nome, semelhança ou outros indícios de identidade; b) obter ou revelar informações sobre ele ou seus dependentes; c) interferir fisicamente ou de maneiras mais sutis, em seu espaço de vida e suas atividades escolhidas (BEANEY, 1966, p. 253-254). Constata-se que em todas as acepções há na intersecção uma proteção contra ingerência alheia desmensurada ou sem fundamento.

A proteção da intimidade iniciou-se a partir do século XIX, inserta na questão mais ampla da proteção da personalidade, só passou a ser pensada a partir do momento em que a população cresceu, e deixou de ser excentricidade a necessidade de estar só (FERNANDES, Milton, 1977, p. 12-13). Por mais absurda que essa afirmativa pareça na atualidade, se for feito um mínimo de regresso à história, especialmente na época que antecedia a economia de trocas, em que a economia era de subsistência e familiar, é possível verificar a grande dificuldade para analisar a pessoa isoladamente, apartada da sua comunidade. Como estar só não era a regra, é por isso que podia causar estranheza a necessidade de isolamento e, mais ainda, de ser protegido individualmente pelo Direito.

De outro modo, autores como Wagner (1965, p. 365-366) apontam que a origem da proteção da intimidade ocorreu no ano 1348, na Inglaterra, em sede de *common law*, isto é, uma espécie antiga do instituto, anterior àquela do sistema americano. Esse caso concreto, entre *I. de S. e esposa versus W. de S*., foi iniciado com uma abordagem do acusado em uma taverna, na tentativa de comprar um vinho.

O texto rebuscado do julgado remete a duas interpretações: a primeira, segundo a qual houve agressão à esposa de I. de S., que se recusou a efetuar a venda e pediu que parasse de bater à sua porta, de modo que se configuraria a agressão típica dos delitos civis do Direito anglo-saxão; e uma segunda, segundo a qual o juiz considerou que não houve a agressão propriamente dita, tendo desobedecido a inviolabilidade da pessoa e sua tranquilidade moral. Até pela primeira vez, mencionou a violação ao direito à intimidade, que passou a figurar de forma inaugural nos anais judiciais.

No entanto, cumpre destacar que durante os quatro séculos e meio seguintes, o direito à intimidade não foi mencionado pelas Cortes dos Estados Unidos e da Inglaterra, o que dificulta o reconhecimento desse caso como a origem propriamente dita da proteção da intimidade.

Desta forma, não é uníssona, é até minoritária, a opinião de que o caso inglês realmente pode ser tido como o precursor, justamente em razão do julgado dar margem às interpretações dúbias, e estar escrito de forma rebuscada. Carece, pois, de certeza sobre se realmente o que fora decidido tem o mesmo viés da proteção atual, ou se, na verdade, foi abordado mais um caso de agressão típica, e a evolução do pensamento atual induz à interpretação construtiva, demasiadamente comprometida com a acepção atual, e pouco fidedigna do ponto de vista histórico. Por tais motivos, prefere-se apontar como antecedente o caso *Griswold versus Connecticut.*

Na doutrina, o grande marco do início da busca por um conceito de direito à intimidade foi o artigo de autoria de Warren e Brandeis, intitulado *The right to privacy*[18], publicado no volume IV, da revista *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890. São ressaltados como precedentes ao direito à privacidade: a ideia de que o homem e a propriedade devem ser protegidos em suas totalidades; as mudanças econômicas, sociais e políticas que impulsionaram a adequação do sistema da *common law* às demandas por novos direitos; o fato de para o Direito por muito tempo prevaleceu a ideia de que, nos primórdios, ter oferecido proteção

[18] Pode ser traduzido como “o direito à privacidade”.

apenas contra interferências físicas ou liberdade dizia respeito exclusivamente à restrição real (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193).

O reconhecimento da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto surgiu mais tarde. Gradualmente, o escopo desses direitos legais se ampliou, e o direito à vida passou a significar o direito de aproveitar a vida, englobando o direito de ficar sozinho, e o direito à propriedade passou a tratar de bens tangíveis e intangíveis (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193). É esse direito a ser deixado só, e o reconhecimento da existência de bens intangíveis merecedores de proteção que marcaram as primeiras noções do direito à privacidade, fruto do reconhecimento do individualismo.

A importância do resguardo da privacidade é verificada em âmbito do direito brasileiro, no rol de direitos e garantias individuais contidos no art. 5º, X[19] e LX[20], da Constituição Federal; e no plano privado, em âmbito infraconstitucional, é de relevo para a matéria o artigo 21[21], do Código Civil, que dispõe sobre a proteção da vida privada, no capítulo concernente aos direitos da personalidade.

No rol dos direitos pessoais contidos no artigo 26, n. 1, da Constituição da República Portuguesa, figura o direito “à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”. O n. 2 do mesmo artigo explicita que “a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”, ou seja, delega ao legislador infraconstitucional o dever de operacionalizar o direito material da reserva da intimidade. Pode-se afirmar que o direito ao sigilo médico inerente aos pacientes tem previsão implícita nestes dois dispositivos, e que se reconhece que a violação da intimidade repercute na dignidade, princípio basilar da República Portuguesa, conforme disciplina o artigo 1.º, do mesmo Diploma.

---

[19] 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.

[20] Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

[21] Art. 21. 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.

Em sede infraconstitucional, o Código Civil de Portugal, no Artigo 80.º[22], trata do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, e no seu n. 2, explicita que a natureza da extensão dessa reserva varia conforme o caso e a condição das pessoas.

Sobre a interação entre os direitos à privacidade e à intimidade, e os seus papéis na qualidade de direitos da personalidade, constata-se na doutrina distintas classificações. A título de exemplificação, Lôbo (2015, p. 139) entende ser o direito à privacidade gênero, no qual se incluem as espécies: direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem. Em contraposição, Bittar (1995, p. 102) entende ser o direito à intimidade o gênero que engloba o resguardo à privacidade, à imagem, ao segredo, entre outros. Sobre as divergências, Lewicki (2003, p. 31) sintetiza que esses direitos figuram como um conglomerado que abrange interesses diversos interligados à proteção da vida privada. Prefere-se a utilização da classificação de Paulo Lôbo (2015) que, na verdade, trata do rol previsto na Constituição, no Art. 5º, X. Tal posicionamento é devido ao fato de se entender que tais direitos elencados como espécies da privacidade são mais restritos e de forma indireta ou direta, a depender da aplicação, protegem a privacidade, enquanto gênero.

O direito à privacidade é uma afirmação da importância de resguardar certos aspectos da pessoa individual e da sua liberdade, contra conduta intrusiva e não razoável por parte de outros; resulta de uma série de respostas favoráveis às reivindicações resultantes de situações de envolvimento conflitantes no mundo real (BEANEY, 1966, p. 254). Vê-se que esse conceito atual em muito se afasta do sentido da concepção original, de direito a ser deixado só, abarca esferas tangíveis e intangíveis da pessoa, e toma a liberdade em um sentido muito mais amplo que o corporal.

O direito à privacidade é um direito de limitada inacessibilidade física ou informacional, e pode não ser aconselhável pensar que é redutível ao direito de ser livre para fazer algo ou de agir autonomamente (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 407). Em sede de direito norte-americano, pode-se afirmar que há no mínimo dois

[22] Artigo 80.º (Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada) 1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem. 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

sentidos para o termo privacidade. O primeiro descreve um direito constitucional baseado na liberdade de interesses protegidos pela Quarta Emenda, e serve de base para que a Suprema Corte Americana limite a interferência estatal em decisões íntimas e individuais. Mas o sentido mais tradicional é o que se refere ao direito de impedir que o espreitem, espiem ou bisbilhotem, o direito de guardar para si informações sobre si mesmo e sobre sua personalidade, mantendo-as inacessíveis aos outros (ANNAS, 1989, p. 176).

Adaptando essa concepção para o direito brasileiro, pode-se tranquilamente afirmar que a liberdade de interesses também é defendida na Constituição de 1988, e que o segundo desdobramento, do termo privacidade, encontra respaldo no Código Civil de 2002. Em sentido semelhante, pode-se encontrar conformação com o disposto no Ordenamento Jurídico português.

Deste modo, é apropriado dar ao indivíduo uma esfera secreta de vida da qual ele tenha o poder de banir os outros. Assim, a doutrina moderna reconhece-lhe o direito de fazer valer o caráter privado de sua pessoa, o direito de ser deixado em paz: basicamente, uma liberdade (CARBONNIER, 2004, p. 518). A amplitude do conceito de privacidade não comporta uma definição exaustiva, mas diz respeito a uma esfera dentro da qual todos podem esforçar-se para livremente desenvolverem suas respectivas personalidades (KILKELLY, 2013, p. 10). Ora, se a personalidade, tanto na acepção psicológica quanto do ponto de vista jurídico, trata de conceito subjetivo, não se pode exigir uma taxatividade determinante para o conceito de privacidade.

Nas últimas décadas, o direito à privacidade vem experimentado uma “heterogêneses dos fins”, pois o instituto que no início constituía um refúgio do particular contra as invasões do Poder Público, uma liberdade negativa, primeiro concedida e prontamente reconhecida como um direito de todos, foi convertida em uma liberdade positiva, até se apresentar atualmente e paradoxalmente como uma “agressão legítima” do indivíduo ao Estado, sob a reivindicação radical do direito à própria autodeterminação, conhecendo como limite apenas o princípio de não causar danos aos outros (SARTEA, 2016, p. 189). Entretanto, é oportuno ponderar que o direito à privacidade é uma especificação, sendo justificado pelo princípio do respeito à autonomia, mas a privacidade e a autonomia não são termos sinônimos

(BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 407). A delimitação da área de abrangência da privacidade, por ser variável de acordo com as características psicológicas e pessoais de cada um, requer um exercício autônomo, daí se constata a íntima correlação entre os institutos.

Sartea (2016, p. 189-192) defende que o direito à privacidade pode ser tratado como um novo direito, apesar de não ser um dos muitos novos direitos surgidos no contexto da aplicação da técnica à vida humana. Continua afirmando que o direito à privacidade foi convertido em instrumento técnico de transformação causada pelo voluntarismo individualista, que leva a crer que se tem direito a tudo que não for proibido pelo Direito. A metamorfose ocorrida no direito à privacidade faz com que ele se apresente como direito de liberdade positiva, que fica protegido, caso judicialmente o Estado seja obrigado a adaptar suas regras não de acordo com as exigências de uma ordem pública ou de uma moral compartilhadas, mas sim adaptar qualquer manifestação de liberdade dos seus cidadãos, contanto que a liberdade em sua atuação prática não diminua os espaços e as liberdades dos outros.

Apesar de ser incontestavelmente legítima a preocupação do autor, tamanho fatalismo não deve prosperar, posto que os ordenamentos jurídicos estão suficientemente adaptados para demarcar os limites de alcance dos direitos privados e a hierarquização de fontes positivas auxiliam em tal operação.

Kayser (1990, p. 3-4) critica o sentido amplo em que muitas vezes é utilizado o direito à vida privada nas regras jurídicas, e estabelece que é preferível restringi-lo à proteção das pessoas contra dois tipos de violação: a) segredo sobre a vida privada; b) liberdade da vida privada. Considera que o segredo é condição para que haja liberdade nesse contexto.

O valor psicológico protegido pelo direito à privacidade tem múltiplos e diferentes aspectos. Podem ser citados como reflexos desse direito: o direito de permanecer desconhecido, de não ser observado, seguido, solicitado, questionado ou retratado; direito de não ouvir pronunciar seu nome em público, de não ter divulgada a sua biografia, sua genealogia, e o estado de sua fortuna ou suas

dívidas. Mas a referência à vida privada deixa muito claro que a vida pública permanece fora dessa proteção legal (CARBONNIER, 2004, p. 518).

A demarcação de limites entre o que é público e o que é privado começou com o próprio homem e não tem perspectiva de acabar, já que se relaciona com a sua própria natureza. O homem passa por processos de transcendência constantemente e, com isso, descobre em si novas dimensões, novas alturas e novas profundidades, chegando a alcançar eminências nunca antes sonhadas, e humilhações inéditas (KONVITZ, 1966, p. 274-275), como as que surgiram após a chegada da internet e as causadas pela revolução biotecnológica.

A espécie direito à intimidade, do gênero de direito à privacidade, concerne a acontecimentos, fatos e situações que a pessoa pretende manter sob seu domínio exclusivo, incluindo-se sob a sua tutela os dados e documentos cuja revelação seja capaz de causar constrangimento (LÔBO, 2015, p. 140). O direito à intimidade pode ser conceituado como o poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam o seu círculo íntimo, pessoal e familiar, para excluir intromissões de estranhos e para evitar que se dê publicidade a quem o interessado não desejar (ALBALADEJO, 2002, p. 494-495).

No contexto da atualidade, pode-se dizer que o direito à intimidade busca preservar de modo inatacável todas as informações que o seu titular julgar serem íntimas, e decorre, como foi demonstrado, do direito fundamental de liberdade, na vertente da liberdade de livre arbítrio sobre si, de liberdade psíquica. Do mesmo modo que são diversas as formas de percepção do mundo social, diversas são as personalidades, as pessoas, e o conceito de intimidade persiste sendo subjetivo.

O direito à intimidade é um dos que mais desafia a prática judicial, porque requer que, no caso concreto, se demonstre não só a importância de ter se mantido o sigilo ou a não exposição de determinado fator, mas demanda que reste demonstrado que, de alguma forma, uma ação ou omissão feriu a personalidade e, por consequência, a dignidade do titular do direito. A grande dimensão da subjetividade, por outro lado, não deve ser suscitada para negar tal direito, mas para acentuar o nível de cautela que precisa ser destinar a ele no âmbito da eficácia.

3.5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DO DIREITO À INTIMIDADE

Em contexto de prosa, Eça de Queirós (1925, *on-line*) já alertava que "pode esquivar-se ao reconhecimento quem salva um homem - não quem salva um princípio!". Adaptando-se o pensamento literário ao Direito, pode-se aproveitar a frase transcrita para acentuar a necessidade sempre presente de resguardo dos princípios, que servem como base na qual as regras jurídicas são construídas. As regras que envolvem os direitos constitucionais fundamentais e os direitos da personalidade são sedimentadas nos princípios fundamentais, especialmente naquele que é o núcleo mais importante do constitucionalismo democrático e humanitário, a dignidade da pessoa humana.

Por mais que pareça exageradamente debatida na doutrina e nas demais fontes do Direito, por mais que até a sua definição já tenha se insertado no senso comum, a dignidade da pessoa humana permanece como relevante objeto de discussão, e especialmente devido à subjetividade que permeia sua essência, ela continua a desfiar uma conceituação científica, reta e objetiva. A dignidade figura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme preceitua o artigo inaugural[23] da Constituição Federal de 1988; e consta também no primeiro artigo da Constituição portuguesa.

A promoção e defesa da personalidade ocorre principalmente por meio dos princípios e direitos fundamentais, destacando-se na perseguição de tal fim, além do princípio da dignidade, os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, bem como os direitos à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra e ao sigilo.

Em relação ao direito à intimidade, de modo intuitivo já se pode inferir que ele protege indiretamente a dignidade; e em uma análise sistemática jurídica, se tem a certeza daquilo que a intuição já apontava: ora, se o direito da personalidade em questão pretende tornar intangível a esfera íntima da pessoa, e se no mais íntimo está a dignidade - enquanto atributo mais intrínseco do valor da pessoa - ao tutelar a intimidade, protege-se o valor mais caro do constitucionalismo brasileiro e

[23] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (....) III - a dignidade da pessoa humana.

português. Tal raciocínio confirma o que já fora constatado previamente, a existência de compatibilidade de ideais entre os direitos dos direitos fundamentais e os direitos da personalidade, e uma correspondência de titulares - as pessoas -, o que contribui para homogeneidade do Direito.

Com base no conceito segundo o qual a Constituição é “conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido por um poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto – o que confere supremacia a essas normas e princípios” (SILVA, José, 2009, p. 27), pode-se asseverar que os princípios constitucionais não são mais uma fonte supletiva de interpretação, a eles atribui-se a função de realização teleológica do ordenamento jurídico (NEGREIROS, T., 1998, p. 280). O tema dos princípios fundamentais vem se fortalecendo como meio de superação do positivismo e legalismo, e como instrumento utilizável para que haja uma politização da aplicação do Direito (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN,1986, p. 153).

De modo que os princípios fundamentais são espécies de normas, e como tais, são dotadas de imperatividade, são de obediência inescapável; fazem com que o hermeneuta e aplicador das Ciências Jurídica de modo contínuo tenha que se ater ao objetivo precípuo de proteção da pessoa humana e de todos os valores correlacionados a ela. Servem de instrumento para que se busque uma atualização das regras jurídicas, por meio da progressividade do método de interpretação histórico, em prol de garantir a efetividade dos seus preceitos e, consequentemente, contribuem para que o Direito realmente seja utilizado como instrumento de justiça, por meio da politização que apregoa.

Sabendo que o Direito deve servir precipuamente para a proteção da pessoa, é possível asseverar que não há justiça que seja realizada caso se utilize o ser humano como objeto desrespeitando, assim, a sua dignidade. Esse pensamento expressa a forte carga humanista ostentada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que apresenta uma *dimensão interna*, inviolável do indivíduo, intrínseca a ele mesmo, que busca resguardar o próprio valor de ser pessoa; e uma *dimensão externa*, programática, que faz com que esse princípio busque ser realizado, ter efetividade jurídica, servindo de fundamento para o estabelecimento de direitos,

responsabilidades e deveres, ultrapassando, pois, o viés da moralidade para a exigibilidade imperativa inerente ao Direito.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio da ordem jurídica, apresenta também um cunho político, social, econômico e cultural (SILVA, José, 2009, p. 38), todos os direitos derivam dela, já que é a base de toda Lei Fundamental e de toda regulação acerca dos direitos humanos. De modo que admitir esse princípio implica aceitar previamente a existência tanto de uma juridicidade, quanto de uma normatividade pré-estatais, antecedentes à Constituição a fim de garantir que todo direito positivado na lei se baseie nesse princípio (CASTAÑEDA, 1996, p. 103-104).

Mas o princípio da dignidade da pessoa não é exclusivamente condição de fundamento dos direitos, também é produzido a fim de contribuir para a definição e o reconhecimento de outros, mesmo que carentes de uma eficaz e completa proteção, servindo para a descoberta de novos espaços jusfundamentais (RAMÍREZ, 2018, p. 38-39); a exemplo do que se convencionou chamar de novos direitos, como o direito à privacidade genética, direito à proteção dos dados clínicos salvos em meio eletrônicos, entre outros.

A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável sobre a própria vida e carrega consigo a pretensão de respeito pelos outros. Tem proteção tanto em relação a um indivíduo específico, quanto no tocante à espécie humana em conjunto (MATEO, 1987, p. 120-121). Os positivistas costumam criticar a concepção metafísica e a perspectiva da lei teológica natural acerca da dignidade, pois puramente afirmar que são propriedades do ser mais profundo do homem implica investigar o mistério insondável da pessoa, resultando em apenas respostas dogmáticas, embasadas na fé transcendente, cujos argumentos são frequentemente fortes (TZITZIS, 1997, p. 55).

O emprego da dignidade, categoria moral, é revelado como algo supérfluo quando ela só é utilizada como mero reforço argumentativo pelos operadores do Direito, em suas decisões, sem atribuí-la eficácia resolutiva alguma. Quando a dignidade contribui com o reconhecimento pleno dos direitos de prestação, habitualmente carentes de garantia efetiva; ou quando se apresenta como ajuda para se identificar novos espaços de liberdade, tem sua utilidade evidente

(RAMÍREZ, 2018, p. 48). É justamente a acepção da dignidade associada à liberdade que se mostra essencial para a problemática em pauta nesta pesquisa.

Na visão metafísica e jusnaturalista, ao tomar a dignidade humana como o fundamento absoluto do homem, conclui-se que ela não deve ser suscetível às nuances hierárquicas. Os proponentes desta concepção admitem que, porque o homem nasce homem, ele é provido de dignidade. Existe, portanto, *ipso facto* no indivíduo; constitui o fundamento dos direitos humanos e os torna fortes, especialmente quando considerados em seu caráter absoluto e abstrato. De um certo ponto de vista, é uma coisa boa, isto permite, em particular, denunciar a tortura e outros comportamentos desumanos exercidos contra pessoas cuja culpa deve ser oposta aos regimes ditatoriais. No entanto, seu apelo de direitos não é muito preciso (TZITZIS, 1997, p. 55).

É conveniente salientar que, sendo a dignidade um conceito envolto em controvérsia, há a necessidade de apresentar uma proposta de conteúdo normativo para ela. A miríade de visões religiosas, filosóficas ou políticas, opostas entre si, torna complexa a busca pelo consenso e resulta na insegurança jurídica (SERRASQUEIRO, 2018, p. 426).

É fato que a dignidade da pessoa humana continua a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, ratificando a sua qualificação como valor fundamental da ordem jurídica, para um expressivo número de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito. Da acepção jusnaturalista remanesce, indubitavelmente, a constatação de uma ordem estatal - e constitucional - que consagra a ideia da dignidade e parte do pressuposto de que devido à sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, o homem é titular de direitos que devem ser reconhecidos e considerados *erga omnes*. Foi também recepcionada uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, em especial a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, que na sua manifestação jurídica consiste em uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social (SARLET, 2015, p. 259).

Vê-se, pois, que as divergências e as confusões teóricas, ora pouco científicas, ora mais criteriosas, apresentam nos seus cernes, ao menos, alguma ideia que serve até na atualidade para ser utilizada na qualidade de argumento para a proteção da pessoa. Algumas mais utópicas, outras mais práticas, mas todas as ideias salvam algum resquício de utilidade e são importantes do ponto de vista histórico.

Longe de se encontrar um consenso sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, mas de modo prático e didático, é possível afirmar, com base em Jorge Miranda (1999, p. 484-485), que tal princípio:

a) Faz menção a todas e cada uma das pessoas, é a dignidade da pessoa individual e concreta;

b) Diz respeito à pessoa em si, tanto sendo homem quanto mulher;

c) Como cada pessoa vive em relação comunitária, é oportuno que aconteça o reconhecimento de igual dignidade de cada pessoa em relação às demais;

d) Apesar de cada pessoa viver em comunidade, a dignidade que a pessoa possui é dela mesma, e não da situação em si;

e) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter, o que faz com que a liberdade prevaleça sobre a propriedade;

f) A busca por qualidade de vida só é justificada pela dignidade;

g) A proteção da dignidade das pessoas ultrapassa a barreira da aplicação interna e postula uma visão universalista de atribuição dos direitos;

h) A dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.

Em relação a este último aspecto, de autodeterminação, a dignidade deve ser entendida em consonância com a liberdade que cabe a cada ser humano ocupar na sua irrepetível diversidade, é a possibilidade de realizar seu projeto de vida, protegido pela comunidade política, partindo-se do pressuposto de que na vida está o núcleo originário de sua liberdade (RIDOLA, 2014, p. 115-116).

A correlação entre intimidade, dignidade e liberdade é verificada com mais clareza na teoria da ‘fórmula do objeto’. Nesse sentindo, baseando-se na obra Günter Dürig, datada de 1956, Nuno Oliveira (2011, p. 29) destaca a importância da ‘fórmula do objeto’ para a reconstrução jurídico-constitucional da dignidade. De acordo com essa teoria, a dignidade como categoria axiológica faz com que a

pessoa seja elevada acima do mundo da natureza, para integrar o mundo da liberdade. Considerando que o mundo da natureza é o mundo dos objetos – utilizados como instrumento; e o mundo da liberdade é o mundo dos sujeitos – que são um fim em si, a dignidade é atingida quando uma pessoa concreta é reduzida à condição de objeto, de simples meio, de elemento substituível.

A dignidade implícita na fórmula do objeto apresenta uma dupla função: argumento para ampliar e argumento para limitar a liberdade individual (OLIVEIRA, N., 2011, p. 30). Em relação à primeira função, como um dos desdobramentos do direito fundamental à liberdade é a autonomia privada, e como sob a égide da dignidade deve observar a individualidade, primeiro é possível afirmar que as ações autônomas dos indivíduos devem ser respeitadas e as atitudes particulares ou de representantes estatais que tolherem, de modo injustificável, a autonomia, maculam a dignidade.

Em segundo lugar, ao considerar a diversidade entre as pessoas, ou a individualidade de cada um, passa a ser imperativa a percepção e aceitação de que os espaços e modos de liberdade de cada pessoa podem ser diferentes dos demais, que a forma como a autonomia deve ser exercida para que não afronte a dignidade é variável conforme as experiências e convicções psicológicas de cada um. Ampliar a liberdade de cada um, como decorrência de uma das funções da dignidade, muitas vezes implica a especificação, na sedimentação de tal direito, para que tenha mais efetividade na prática da sua realização.

No âmbito das relações clínicas, é preciso que se respeite a autonomia do paciente, que se preconize a adoção do consentimento informado livre e esclarecido, bem com sejam respeitadas as suas declarações de vontade, inclusive os testamentos vitais. Já no tocante à individualidade dos enfermos, mister é que se destine um tratamento adequado às necessidades individuais, o que significa respeitar a adoção de alguma alternativa de tratamento menos usual, mas dentro dos limites éticos, por critério de escolha do paciente.

Entretanto, a principal ocorrência em relação à individualidade, está no poder suscitar necessidades de uma minoria, a exemplo de manutenção do sigilo médico em relação aos seus familiares, mesmo após a morte do enfermo, posto que o grau de abrangência de intimidade que cada paciente precisa é variável, justamente

devido à individualidade. Tal acepção amplia e adapta a liberdade da pessoa, para que proteja a sua dignidade, mesmo em situações tidas como incomuns para a maioria dos que compõem aquela comunidade.

No contexto em análise, é justa a demarcação de esferas privadas, especialmente das intangíveis, assim como é legítimo que se utilize a dignidade como mais um argumento para a defesa do direito à intimidade, mesmo sabendo que esse direito, por si só, expresso no ordenamento jurídico, já tem força coercitiva. A dinâmica social atua na constante atualização dessas esferas de ingerência alheia nos assuntos privados, e a especificação dos âmbitos de relações jurídicas.

É óbvio que o paciente é pessoa e, como tal, possui dignidade, sendo titular dos direitos da personalidade, sobretudo da intimidade. Esses pressupostos, suficientemente sedimentados na doutrina brasileira e portuguesa, precisam ser ratificados toda vez que uma situação inusitada para a prática médica se faz presente, e que desafia o exercício de liberdade do paciente; ou quando a esfera de abrangência do sigilo médico demarcada pelo enfermo é maior que o que a equipe clínica julga ser o habitual.

O princípio da dignidade é vinculado à criação ou ao descobrimento de novos e emergentes espaços de liberdade, que merecem a máxima proteção jurídica, é por isso que constantemente ele seja invocado como fonte de novos direitos, quando, na verdade, ele apenas atua na coesão dos direitos reconhecidos no sistema (RAMÍREZ, 2018, p. 43-44). Desse modo, poder-se-ia reconhecer nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português a existência de liberdades específicas, de sedimentações e adaptações do direito à intimidade, em especial nas relações clínicas, mesmo que inexista positivação expressa específica. Não há insegurança jurídica na previsão genérica dos direitos da personalidade, tanto é verdade que, de modo mais avançado em relação ao brasileiro, o Código Civil português expressa no artigo 70 uma tutela geral da personalidade.

O fato é que a intimidade é direito positivado tanto no Código Civil brasileiro quanto no português, além de ser *erga omnes*, fatores que não devem ser descaracterizados quando da aplicação em contexto médico, sob pena de a conduta ser passível de responsabilização cível e ética. Cupis (1960, p. 84) evidencia, ao falar sobre a intimidade, que com a consagração dos direitos da personalidade, não

se pode negar os argumentos de direito positivo para a sua tutela, sendo desnecessário fundamentá-lo exclusivamente em axiomas morais ou sociológicos.

Do mesmo modo que o homem precisa das zonas de privacidade, que são reconhecidos por disposições constitucionais expressas, também as garantias constitucionais geram subgarantias, já que o processo de transcendência não pode ser arbitrariamente contido (KONVITZ, 1966, p. 277). Essas especificações, por exemplo, podem ser construídas pelo legislador – na maioria das vezes em sede infraconstitucional; ou pelos juízes e advogados que, quando se deparam com um caso concreto inédito ou, pelo menos inusitado, enxergam a necessidade de uma subgarantia não expressamente prevista em lei; e pelos doutrinadores quando encontram um problema jurídico sem solução.

Conforme foi visto, a ‘fórmula do objeto’ faz com que a dignidade também possa ser utilizada como argumento para limitar a liberdade individual. Serrasqueiro (2018, p. 426) chama atenção para o fato de a dignidade ter a potencialidade de ser um argumento utilizado por lados opostos em uma discussão, como um “finalizador de discussão”. Esse argumento retórico, quando se acusa o adversário de violar a dignidade, é inultrapassável devido ao valor intrínseco do princípio, fazendo com que muitas discussões sobre direitos fundamentais se encerrem de forma ilegítima, sem realmente haver um combate. É por tal razão que Novais (2016, p. 68) defende que a dignidade deve ser suscitada apenas em caso de insuficiência ou ausência de outros direitos ou princípios fundamentais.

Tal proposição não quer dizer que nos direitos fundamentais não esteja implícita a dignidade. Conforme já se mencionou, os direitos humanos internacionais, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade compartilham o mesmo núcleo, a dignidade da pessoa humana. A grande e pertinente crítica que se faz sobre o atual uso desse axioma diz respeito a suscitá-lo, aleatoriamente e despropositadamente, em especial quando há regra do direito positivo que trata da matéria, sem ser necessário recolher o valor abstrato que está implícito nela.

O uso adequado da dignidade humana na aplicação do Direito contribui e é imprescindível para a eficácia social dos direitos humanos, nacionais e internacionais; não perpassa por tal utilização qualquer argumento jusnaturalista ou metafísico. Ademais, a sua amplidão resulta no fato de quando houver outros

princípios fundamentais aplicáveis ao caso, ser preferível primeiro fazer o uso deles, para de forma subsidiária se suscitar a dignidade.

Em síntese, a dignidade da pessoa humana está no âmago de todos os direitos da personalidade, especialmente no da intimidade. A intrínseca relação entre o respeito à autonomia privada e demarcação dos espaços de privacidade evidenciam a importância de perceber a individualidade das pessoas, para compreender que a margem de privacidade necessária é variável do mesmo modo que variadas são as personalidades psíquicas. A tutela da intimidade é requisito *sine qua non* para a proteção da dignidade – especialmente no tocante à proteção da dignidade do paciente – e ao tutelá-la, protege-se indiretamente a integridade moral e psíquica da pessoa.

4 A TITULARIDADE E O ACESSO AO PROCESSO CLÍNICO POR TERCEIROS E SUAS LIMITAÇÕES

"Ver diferente é a condição necessária para continuar a ver."

Gaston Bachelard (1996).

4.1 MARCOS REGULATÓRIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS DA SAÚDE E DO SIGILO MÉDICO NO BRASIL E EM PORTUGAL

A globalização, a mundialização e a revolução cibernética praticamente impedem que um avanço biotecnológico ocorrido em um país se torne desconhecido por outro; na maioria das vezes, chega até a ser exigido pela população global que essa evolução se torne acessível em escala mundial. A mutabilidade constante exige do Direito a adaptação por meio da progressividade do método hermenêutico histórico, para que os direitos humanos relacionados à saúde sejam protegidos internacionalmente, bem como haja a ponderação entre benefícios e malefícios causados pelas mudanças na área da biotecnologia, farmacêutica e procedimental.

Em meio aos principais efeitos adversos oriundos do paradoxo entre progresso científico e proteção dos direitos humanos, estão a vulnerabilidade do sigilo médico e a fragilidade da proteção de dados pessoais relacionados à saúde, colocando em risco a dignidade, a integridade moral e a intimidade humanas. A título exemplificativo, pode-se tomar a importância da manipulação genética para a evolução das ciências relacionadas à vida, em especial a Medicina, que apresenta como contraponto a alta sensibilidade dos dados genéticos.

A abertura de uma ordem jurídica interna ao direito internacional em matéria de direitos humanos, faz com que o Estado não se feche sobre si mesmo, e atenda a essa normatividade internacional, em desenvolvimento permanente; apesar de se saber que as normas internacionais concernentes ao direito à saúde estabelecem metas para os Estados, que são livres quanto aos meios de concretização (VENTURA, 2005, p. 67-68). Os direitos humanos representam o mínimo de conteúdo que deve ser uníssono, em que pese a autonomia estatal, mas urgem de especificação e de avaliação constante de eficácia quando se trata de aplicabilidade às relações clínicas e hospitalares.

A ausência de cautela com as implicações que envolvem os direitos humanos das políticas de saúde não é surpreendente, já que há a carência de formação na doutrina de direitos humanos por parte dos profissionais da saúde pública; e mesmo aqueles que são familiarizados com as doutrinas, podem não ter as habilidades e os conhecimentos necessários para avaliar uma política da perspectiva de direitos humanos (GOSTIN; MANN, 1994, p. 59)

Considerando-se o mínimo ético e jurídico para que ocorra a proteção universal dos direitos humanos em plano de direito internacional, podem ser enumeradas como as principais bases normativas internacionais sobre a confidencialidade da informação:

a) ONU: Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948;
b) ONU: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966;
c) UNESCO: Declaração Universal sobre o Genoma Humano, 1997;
d) UNESCO: Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, 2004;
e) UNESCO: Declaração sobre Normas Universais em Bioética, 2005;
f) Conselho da Europa: Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem: 1978;
g) Conselho da Europa: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, 1997;
h) Conselho da Europa: Convenção para a Proteção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal, 2001;
i) Conselho da Europa: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000;
j) Conselho da Europa: Diretiva 95/46/CV, que foi revogada pelo atual do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

Tomando como objeto a realidade do Brasil e de Portugal, seguindo a perspectiva de estudo comparativo, far-se-á uma compilação dos principais marcos regulatórios para a proteção de dados pessoais, que impliquem e sirvam de base para a tutela dos dados da saúde, especialmente daqueles expressos no processo clínico.

4.1.1 Regulação da proteção de dados pessoais e sensíveis da saúde no Brasil

Apesar de nos últimos anos o Brasil ter evoluído no que concerne a proteção de dados de natureza pessoal, de saúde e genéticos, é notório que em comparação com Portugal ainda se encontra em patamar embrionário, pois as normativas éticas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina, que apenas têm força de *soft law*, são mais completas e detalhadas que a legislação *strictu sensu*, coercitiva.

O neurocirurgião Fernando Gomes (2016, p. 94) profere que a autonomia profissional e autorregulação regidas pela Deontologia são as formas mais relevantes para defender os bens jurídicos vida, privacidade e autodeterminação. Trata-se de uma opinião que desconsidera a necessidade do poder coercitivo inerente ao Direito, e que transcende a mera recomendação na esteira da ética e moral, assim como, devido à importância crucial dos bens tutelados via proteção do sigilo médico, não deve prosperar.

Antes da aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, datada de 2018, podia ser asseverado, sem incertezas, que o segredo médico, em si, não era tratado expressamente na legislação pátria; embora tenha sido plenamente defensável à luz de direitos generalistas e que seguem a vertente principiológica dos direitos humanos.

Essa realidade resultava, e ainda resulta, na constante suscitação de normas éticas, destinadas aos médicos – nem sequer a toda a equipe de saúde – para tratar da matéria em Direito. No Brasil, há o seguinte contrassenso: as normativas éticas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina, que apenas têm força de *soft law*, são mais completas e detalhadas, a priori, que a legislação *strictu sensu*, coercitiva. Verificar-se-á, mais adiante, se a LGPD foi causou a modificação desse cenário.

A principal disciplina contida na Constituição Federal de 1988, capaz de proteger os dados, é a que dá base axiológica e pragmática para justificar o direito ao sigilo médico, são os princípios e os direitos fundamentais. No âmbito constitucional, a questão do sigilo é aplicada em vários contextos, mas nenhum que de modo expresso aborde o segredo médico. A título de exemplificação, pode-se mencionar o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, previsto no Art. 5º, XII.

Afora a proteção normativa no corpo do Código Civil, sobre os direitos da personalidade, pode-se apontar o Código Penal de 1940, como uma fonte legislativa importante, pois tipifica os atos de divulgação de segredo e de violação do segredo profissional, nos artigos 153[24] e 154[25]. Ora, como o sigilo médico e dos demais profissionais da saúde diz respeito aos dados e às informações no exercício dos seus trabalhos, os dispositivos aplicam-se, por obviedade, a tal classe de profissionais.

Contudo, mister é atentar para o fato de que o sigilo aplicado ao trabalho na área da saúde demanda um cuidado especial, já que o processo clínico abarca dados sensíveis, cuja violação tem grande probabilidade de resultar em lesão aos direitos da personalidade e à dignidade que figura em seus cernes. Não se pode comparar a capacidade lesiva de violação de informações obtidas na prática profissional médico àquela, por exemplo, apresentada no campo de vendas.

A fonte legislativa que em tese poderia ter cuidado da proteção de dados de forma mais afirmativa, mas não o fez, é a Lei 12.965/14, o Marco Civil da Internet. Tal necessidade tampouco foi suprida pelo decreto que o regulamentou, Decreto 8.771/ 15. Esse marco apenas menciona a proteção de dados pessoais como um dos princípios para o uso da internet[26]; assegura aos usuários o não repasse de dados a terceiros e a necessidade de consentimento expresso sobre a armazenagem de dados[27]; entre outros. Vê-se que a abordagem é superficial em relação à temática, pois tem o foco no uso da internet, nada menciona acerca dos dados sensíveis, tampouco disciplina a proteção a ser destinada processos clínicos armazenados eletronicamente.

Tendo em vista que “a proteção dos dados pessoais tem sido compreendida como o direito de o indivíduo autodeterminar as suas informações pessoais: *autodeterminação informacional”* (BIONI, 2020, p. XXVII). Destaca-se que a Lei

[24] Art. 153 - Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem (...).
[25] 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 (...).
[26] Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei.
[27] Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais (...); IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais.

13.709 de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, é a que mais se aproxima de um regramento mais aprofundado sobre o tema. Teve redação alterada pela Lei 13.853, de 08 de julho de 2019 e entrou em vigor em 18 de setembro de 2020.

Para verificar se a LGPD regula expressamente o sigilo médico, ou se, ao menos, as suas disposições contribuem para a proteção dos dados pessoais dos pacientes, seguem os principais aspectos detectados em seu corpo legislativo:

a) A lei tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.[28] Verifica-se uma consonância entre os seus propósitos e os objetivos indiretos do dever de sigilo médico;
b) Apresenta como fundamentos, entre outros, o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade[29] - convergindo com as bases do segredo médico;
c) Aplica-se às operações de tratamento feitas por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado[30] – nesse rol se encontram os profissionais e as instituições de saúde, sujeitos passivos do dever de sigilo;
d) Contribui para dirimir divergências conceituais acerca da classificação dos dados, o que serve para melhorar a identificação deles por parte dos profissionais da saúde que fazem os registros nos processos clínicos, ou lidam com dados previamente expressados:

---

[28] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

[29] Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa (...); IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem(...); VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

[30] Art. 3º Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que:
I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (...);

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
> I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;
> III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (...).

e) Expressa a possibilidade de tratamento de dados pessoais[31] e de dados pessoais sensíveis[32] para a tutela da saúde, e tem o cuidado de restringir esse procedimento a profissionais e serviços de saúde e autoridade sanitária – evidenciando a preocupação com a privacidade do paciente;
f) Em relação aos dados pessoais sensíveis da saúde, proíbe que os controladores compartilhem ou comuniquem esse conteúdo, com fito de proveito econômico, à exceção de casos de assistência de saúde[33]. Proíbe, também, o uso de dados pelos serviços de saúde suplementar, como critério discriminatório na contratação[34] - demonstra o interesse precípuo no bem-estar do paciente e a vertente da Medicina com foco na pessoa, e não na doença; e obediência à boa-fé objetiva; em detrimento de práticas mercantilistas; coadunando, pois, com os fundamentos do segredo médico;
g) Trata da questão de o interesse particular do titular dos dados ter que ceder, em certas hipóteses, ao interesse público em realizar estudos em saúde pública [35] -

[31] Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (...);
[32] Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: (...) f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (...).
[33] Art. 11, § 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde (...).
[34] Art. 11, § 5º É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários.
[35] Art. 13. Na realização de estudos em saúde pública, os órgãos de pesquisa poderão ter acesso a bases de dados pessoais, que serão tratados exclusivamente dentro do órgão e estritamente para a finalidade de realização de estudos e pesquisas e mantidos em ambiente controlado e seguro, conforme práticas de segurança previstas em regulamento específico e que incluam, sempre que possível, a anonimização ou pseudonimização dos dados, bem como considerem os devidos padrões éticos relacionados a estudos e pesquisas.

como o direito de sigilo médico não é absoluto, dita relativização, contanto que obedeça aos requisitos legislativos, mostra-se justificada.

Verifica-se que a LGPD brasileira dá destaque ao tratamento específico dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis da saúde, não se contentando com a proteção geral e mais abstrata que a proporcionada pelo Código Civil. Como se depreende da própria nomenclatura, a LGPD é igualmente generalista, o que faz com que as regulamentações específicas, eventuais normativas setoriais, devam se submeter aos seus princípios gerais.

O dever de proteção de dados pessoais é mais amplo que o dever específico de sigilo médico, de modo que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD[36], por ter competências de fiscalizar os direitos de exercício e os deveres de guarda e manutenção de dados, também fiscalizará o sigilo médico.

Em que pese ter deixado de tratar expressamente do sigilo médico, ao destinar vários dispositivos à tutela dos dados de saúde, acabou por contribuir para a sua observância; dotando de maior coercibilidade o dever deontológico de sigilo em relação aos dados dos processos clínicos. É verdade que as normativas de cunho ético, deontológico, principalmente aquelas enunciadas pelo Conselho Federal de Medicina, continuam sendo mais específicas, mas o esforço da LGPD é considerável, no sentido de favorecer a eficácia social dos direitos de privacidade em âmbito clínico e hospitalar. A nova lei dá ênfase à sua base axiológica, a qual é atrelada à dignidade da pessoa humana, e tem propósitos coincidentes com aqueles que motivam a defesa de sigilo médico.

O ceticismo que ainda persiste - dada a tradição paternalista da Medicina, que tanto se combate à luz da autonomia do paciente – na eficácia do dever de sigilo médico, não deve servir para tolher as iniciativas em prol da sua manutenção. Deve alertar para que, seja pelas vias deontológicas, seja pelas vias estritamente jurídicas, se busque alternativas para sopesar a necessidade de comunicação informativa clínica, entre os profissionais da saúde e as instituições da mesma área, e a intimidade e demais direitos da privacidade do paciente.

[36] Art. 55-A. Fica criada, sem aumento de despesa, a Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD), órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República.

É necessário que no âmbito de aplicação da LGPD se leve em conta a individualidade de cada enfermo, para que considere os mais diferentes contextos e anseios deles, inclusive em relação às necessidades individuais de extensão do sigilo; só assim, a universalidade dos direitos da personalidade, especialmente da intimidade, será respeitada.

Uma grande crítica que merece ser feita à normatização ética brasileira, diz respeito à inexistência de uma codificação direcionada para a equipe de saúde completa, conforme há na Argentina, no Brasil o mais destacado é o Código de Ética Médico (MENEZES, R., 2015b, p. 91,103-104), somado a vários códigos esparsos para cada especialidade profissional que atua na área da saúde, o que pode prejudicar a homogeneidade de prática e de ponderação ética.

Durante a vigência do Código de Ética Médica anterior, aprovado pela Resolução 1.931 de 2009, que vigorou a partir de 2010, sobre a temática da proteção de dados da saúde merecia destaque a Resolução n° 1.997/2012, do CFM, que alterava a redação do artigo 77 do então Código de Ética. O mencionado artigo dispunha, em sua letra original que era vedado ao médico “prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal”.

Com a alteração, foi suprimida a ressalva no tocante ao expresso consentimento do representante, por se passar a entender que da forma como estava previsto havia uma impropriedade legal. Nesses termos, no corpo da Resolução 1.997, na exposição de motivos do CFM (2012, *on-line*), encontra-se que:

> Com efeito, o CFM acredita que o conteúdo do prontuário médico só poderá ser revelado a terceiros se houver a autorização do paciente, conforme estabelece o artigo 5º da Resolução CFM nº 1.605/2000, ou se houver a anuência do Conselho Regional de Medicina da jurisdição, *ex vi* do artigo 8º do mesmo diploma, bem como autorização judicial. Frise-se que no caso de investigação criminal o CFM defende o posicionamento de que o conteúdo dos prontuários médicos seja disponibilizado à Justiça para perícia judicial.

O fim de um processo de quase três anos de discussões e análises, conduzido pelo CFM, resultou na publicação da Resolução nº 2.217/2018, e com ela, a revisão do Código de Ética Médica, que passou a vigorar a partir de 30 de abril de

2019, incorporando abordagens pertinentes às mudanças do mundo contemporâneo (CFM, 2019, p. 7). Essa necessidade de adaptação deveu-se ao fato de ter havido um acúmulo, em curto espaço de tempo, de avanços técnico-científicos ocorridos tanto no âmbito da arte e da ciência médica, propriamente ditas, quanto das relações humanas, profissionais e sociais. Não é um código somente de princípios, contém também direitos e deveres dos médicos, obrigatoriamente resolutivo, por terem o CFM e os Conselhos Regionais de Medicina o dever institucional de fiscalizar a ética no exercício da medicina (PORTO; FERREIRA, 2018, p. 479-480).

Dedica vários artigos à proteção dos dados previstos no prontuário médico, a exemplo dos artigos 87, 88, 90 e 91; acerca do segredo médico destina vários dispositivos: Cap. I – XI, XXV; Cap. VII – art. 54; Cap. IX – art. 73-79; Cap. X – art. 85, 89 e 90; Cap. XII – art. 110. Merecem atenção especial para os fins desta pesquisa os transcritos abaixo (CFM, 2019, grifos nossos):

a) Cap I - XI – “O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, **com exceção dos casos previstos em lei”**;
b) Cap. IX - É vedado ao médico:

> Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. **Permanece** essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente **tenha falecido**;

c) Cap. IX - É vedado ao médico:

> Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que estes tenham capacidade de discernimento, inclusive a seus pais ou representantes legais, **salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente;**

d) Cap. IX - É vedado ao médico: Art. 77. “Prestar informações a **empresas seguradoras** sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, **além das contidas na declaração de óbito**, salvo por expresso consentimento do seu representante legal”;
e) Cap. X - É vedado ao médico: Art. 85. “Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade”.

Afora o Código de Ética e as resoluções que se destinam a ele especificamente, merecem destaque as resoluções do CFM que abordam o segredo médico:

a) Resolução 2.057 de 2013, que consolida as diversas resoluções da área da Psiquiatria e reitera os princípios universais de proteção ao ser humano, à defesa do ato médico privativo de psiquiatras e aos critérios mínimos de segurança. Ela preconiza, no artigo 6º o dever de sigilo profissional de “todas as pessoas com doença mental sob a sua responsabilidade profissional, exceto nas situações previstas em lei ou no Código de Ética Médica”;
b) Resolução 2.264, de 2019, que define e disciplina a telepatologia como forma de prestação de serviços de anatomopatologia mediados por tecnologias. Disciplina no artigo 2 que os serviços de telepatologia devem obedecer a guarda, manuseio, integridade, veracidade, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional das informações.

4.1.2 Regulação da proteção de dados pessoais e sensíveis da saúde em Portugal

Em Portugal, o primeiro Código Penal, datado de 1852, contemplava duas tipificações referentes à violação de segredo profissional: a) por advogado ou procurador judicial – art .289, n. 1 – em relação a segredo obtido no exercício do seu ministério; b) por empregado público – art. 290, revelação de segredos ou entregar papéis indevidamente. Para a presente problemática, é interessante o disposto no primeiro parágrafo do artigo 290, o qual preceitua ampliar sua aplicação a todas as profissões que façam dos seus exercentes depositários de segredos.

O Decreto-Lei n. 32.171, datado de 29 de julho de 1942, no art. 7, previa pena de prisão ao médico que violasse o segredo; O Decreto-Lei n. 40.651 de 1956, aprovou o Estatuto da Ordem dos Médicos, contendo capítulo específico sobre segredo profissional e atestados médicos:

a) O artigo 89 impõe segredo a todos os médicos, e ressalta a interesse moral e social sobre o tema;

b) O artigo 90 trata da abrangência do sigilo médico, expressando que atinge fatos fornecidos pelo doente, pelos tutores ou familiares, fatos oriundos da observação clínica, independentemente de serem de conhecimento do paciente ou de outras pessoas, e fatos comunicados por outro colega igualmente obrigado a segredo. Ressalta que independe de ter sido requisitado ou não o serviço, assim como é irrelevante para o dever o fato de ser remunerado, e que se estende a todas as categorias de doentes;
c) No artigo 91 elenca os casos de escusas ao segredo médico;
d) No artigo 92 expressa que não é justificativa violar o segredo médico para fins de cobrança judicial de honorários;
e) O artigo 93 compatibiliza o segredo médico com as necessidades de medidas de defesa sanitária;
f) O artigo 95 expressa que o médico que for intimado para servir como testemunha, em caso que envolva o seu cliente, não deve violar o segredo médico e poderá recusar o depoimento.

O Decreto-Lei n. 48357 de 1968, Estatuto Hospitalar, disciplinou no artigo 57, n. 1, o dever de segredo de ofício por parte de todo o pessoal hospitalar, nos mesmos termos que vigorarem para o pessoal médico; e no n. 2 explicitou que o pessoal dos serviços administrativos deve guardar também o dever do segredo de ofício próprio dos assuntos com que trabalha.

O Decreto-Lei n. 282 de 1977 estabeleceu o Estatuto da Ordem dos Médicos, o qual passou por reformas, e tem alteração mais recente datada de Lei n.º 117/2015, de 31/08, e estabelece em seu artigo 3.º, n.1, alínea g, que é atribuição da Ordem exercer o poder disciplinar, e especifica no seu artigo 68.º, que este poder disciplinar se destina àqueles que exerçam legalmente a profissão de médico em Portugal. Vê-se que não menciona diretamente as sanções à quebra de sigilo, mas esclarece que terá competência para disciplinar tais casos.

O Decreto-Lei n. 400 de 1982 aprovou o Código Penal de 1983, e revogou expressamente o artigo 7 do Decreto-Lei n. 32.171, conforme consta no artigo 6, n. 2, suprimindo a tipificação expressa e específica da violação do sigilo médico, mas previu, de modo mais genérico, no artigo 184, a violação do segredo profissional, com pena de até um ano e multa até 120 dias. O artigo 185 que haveria a exclusão

da ilicitude da violação do sigilo se ocorresse para o cumprimento de um dever jurídico sensivelmente superior ou visasse um interesse legítimo público ou privado.

Ainda em Portugal, a Lei de Bases da Saúde, Lei n. 48 de 1990, disciplinou em sua Base XIV, Estatuto dos utentes, alínea d, que disciplinou que se deve rigorosamente respeitar a confidencialidade sobre os dados pessoais dos doentes. Está em trâmite proposta de Lei n.º 171/XIII, para alterar a Lei de Bases[37], em tal propositura, consta na Base 23, n. 2, que devido à relevante função social que desempenham os profissionais da saúde, estão sujeitos a deveres éticos e deontológicos e explicita o dever de guardar sigilo profissional sobre a informação de que tomem conhecimento no exercício da sua atividade; e na Base 2, n. 1, expressa que no rol dos direitos e deveres das pessoas, constam a confidencialidade e a privacidade.

O Decreto Regulamentar n. 63 de 1994, artigo 41, n.1 estabelece a necessidade de haver registro de todos os doentes atendidos que garanta a confidencialidade dos processos clínicos; e em seu n. 2, estabelece o conteúdo que deve constar no processo clínico.

O Decreto-Lei n. 48 de 1995 revogou os artigos 184 e 185, alterou vários dispositivos do Código Penal, e passou a expressar que o crime de violação de segredo comete aquele que o divulgar informação alheia, que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, sem consentimento do interessado, e estabelece pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias. Quanto ao aproveitamento indevido do segredo relativo à atividade comercial, industrial, profissional ou artística alheia, provocando prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, passou a disciplinar no artigo 196, pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

A Lei 67 de 1998, Lei da Proteção de Dados Pessoais, transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados – utilizou a versão da normativa internacional antes da atual versão, datada de 27 de

[37] Foi aprovada em Conselho de Ministros, em 13 de dezembro de 2018 e submetida para apreciação e votação da Assembleia da República.

abril de 2016. Em relação à problemática, merecem destaque os seguintes dispositivos:

a) O artigo 7, sobre tratamento de dados sensíveis, em seu n. 4, explicita que é permitido o tratamento dos dados referentes à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos, quando for necessário para efeitos de medicina preventiva, de diagnóstico médico, de prestação de cuidados ou tratamentos médicos ou de gestão de serviços de saúde, contanto que seja feito por um profissional de saúde obrigado a sigilo ou por outra pessoa sujeita igualmente a segredo profissional;
b) O artigo 17, concernente ao sigilo profissional, não específica que se aplica a profissionais de saúde, mas implicitamente pode afirmar que se aplica também aos mesmos;
c) No artigo 11, concernente ao direito de acesso, em seu n. 5, explicita que o direito de acesso à informação relativa a dados da saúde, incluindo os dados genéticos, deve ser exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados;
d) No artigo 47, encontra-se a disciplina por violação do dever de sigilo profissional, e prevê que quando este ato ocorrer sem justa causa e sem o devido consentimento, deverá haver punição com prisão até dois anos ou multa até 240 dias; que a pena é agravada de metade dos seus limites se o agente que o cometer for funcionário público ou equiparado; tiver o feito pela intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo; ou puser em perigo a reputação, a honra e consideração ou a intimidade da vida privada de outrem; estabelece que a negligência deverá ser punível com prisão até seis meses ou multa até 120 dias.

A Lei n. 12 de 2005 apresenta no rol dos seus objetos de abordagem, a definição do conceito de informação de saúde e de informação genética e a previsão circulação de informação e a intervenção sobre o genoma humano no sistema de saúde. Merecem destaque os seguintes excertos contendo definições:

a) Artigo 2.º: “(...) a informação de saúde abrange todo o tipo de informação directa ou indirectamente ligada à saúde, presente ou futura, de uma pessoa, quer se encontre com vida ou tenha falecido, e a sua história clínica e familiar”;

b) Artigo 5.º, n. 1: “Para os efeitos desta lei, a informação médica é a informação de saúde destinada a ser utilizada em prestações de cuidados ou tratamentos de saúde”;
c) Artigo 5.º, n. 2: “Entende-se por «processo clínico» qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação de saúde sobre doentes ou seus familiares”;
d) Artigo 6.º, n. 1: “A informação genética é a informação de saúde que verse as características hereditárias de uma ou de várias pessoas, aparentadas entre si ou com características comuns daquele tipo (...)”;
e) Artigo 7.º, n. 1: “Entende-se por «base de dados genéticos» qualquer registo, informatizado ou não, que contenha informação genética sobre um conjunto de pessoas ou famílias”. Ademais, cumpre ressaltar que a lei reafirma o dever de sigilo: artigo 4.º, n. 1; artigo 5.º, n. 4 e n. 5, artigo 6.º, n. 7. Reafirma o dever e a importância da proteção de dados: artigo 4.º, n. 1 e n. 2; a artigo 6.º, n. 6; artigo 7.º, n. 2; artigo 13.º, n. 3; a artigo 17.º, na integram especialmente no n. 9; artigo 22.º, n. 2.

A Lei n. 52/2012, Lei de Bases da Saúde dos Cuidados Paliativos, na Base V, n. 1, f), expressa que é direito dos doentes a garantia à privacidade e à confidencialidade dos dados pessoais.

No âmbito da ética aplicada, o Regulamento n. 14 de 2009 aprovou o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, o qual expressa em seu preâmbulo que o respeito pela vida humana e pela sua dignidade essencial, o dever de segredo médico e o dever de solidariedade são princípios éticos, fundamentais e imutáveis; além de também ressaltar em seu corpo o dever de sigilo em relação aos dados de saúde. O Código Deontológico do Enfermeiro, Inserido no Estatuto da Ordem dos Enfermeiros, e republicado como anexo pela Lei n.º 111/2009, de 16 de setembro, indiretamente protege os dados do paciente, ao tratar do dever de sigilo, ao estabelecer em seu artigo 85.º, que:

> O enfermeiro, obrigado a guardar segredo profissional sobre o que toma conhecimento no exercício da sua profissão, assume o dever de: a) Considerar confidencial toda a informação acerca do destinatário de cuidados e da família, qualquer que seja a fonte; b) Partilhar a informação pertinente só com aqueles que estão implicados no plano terapêutico, usando como critérios orientadores o bem-estar, a segurança física, emocional e social do indivíduo e

> família, assim como os seus direitos; c) Divulgar informação confidencial acerca do indivíduo e família só nas situações previstas na lei, devendo, para tal efeito, recorrer a aconselhamento deontológico e jurídico; d) Manter o anonimato da pessoa sempre que o seu caso for usado em situações de ensino, investigação ou controlo da qualidade de cuidados.

Sabe-se que assim como a lei é criada não só dentro de um único fórum, mas em muitos centros diferentes, não parte de um processo monocêntrico, mas é policêntrico, e é objeto de troca dinâmica entre diferentes centros e níveis, a formação do consenso ético perpassa por processos semelhantes, envolvendo a interação de fóruns e atores (FABER, 2005, p. 43). Nesse aspecto, considerando o fato de Portugal integrar a União Europeia, é mister atentar para o seu regulamento específico e internacional acerca da matéria, já que busca um consenso a ser aplicado nos países por ela englobados, especialmente no que toca o conceito de dados pessoais a serem protegidos.

A União Europeia conceitua ‘dados pessoais’ de duas formas distintas, uma delas está contida no artigo 4, n. 1, do Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados:

> «Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

Ao passo que, tal como disposto no *site* oficial da União Europeia (s/d, *on-line*, grifos no original), há a disposição nos seguintes termos:

> Dados pessoais são informação relativa a uma **pessoa viva, identificada ou identificável**. Também constituem dados pessoais o conjunto de informações distintas que podem levar à identificação de uma determinada pessoa. Dados pessoais que tenham sido descaracterizados, codificados ou **pseudonimizados**, mas que possam ser utilizados para reidentificar uma pessoa, continuam a ser dados pessoais e são abrangidos pelo âmbito de aplicação do RGPD.

Da análise comparativa das duas definições, vê-se que foi acrescentado o adjetivo ‘viva’ ao vocábulo pessoa. Por acreditar que a morte não retira a pessoalidade dos dados que remanescem no trato social dos vivos, constata-se a inadequação de tal adjetivação, preferindo-se o qualitativo ‘singular’ presente no conceito do Regulamento (UE) 2016/679.

Vê-se, pois, que a discussão em tela, apesar de presente e atual, vem desafiando os legisladores e os elaboradores de diretivas deontológicas há muito tempo, e seus desafios se transmutam e multiplicam com o avanço da tecnologia. No que tange à proteção de dados, a informatização do processo clínico mostra-se um exemplo de mudança que, ao mesmo tempo em que é benéfica para a celeridade do tratamento, torna mais vulnerável o dever de proteção de segredo por parte dos profissionais e das instituições envolvidas.

4.2 TITULARIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO PROCESSO CLÍNICO

O uso filosófico de categorias socialmente subdeterminadas tem o efeito de evacuar as relações sociais do campo de discussão e do próprio horizonte do pensável. Na filosofia ética, a abstração e a indeterminação do sujeito são postas a serviço de uma invisibilização das relações sociais (CHANAYO, 2008, p. 387-388), é por tal razão que é necessário se determinar exatamente qual o sujeito cujas relações sociais ora se estuda, o paciente em fim de vida, que não pode ser invisível para o Direito.

Essa premissa que à primeira vista é dotada de obviedade, mostra-se importantíssima, merecendo ser frisada e relembrada, já que não raras são as vezes em que o paciente, especialmente o terminal, é desqualificado como sujeito de direitos, na prática dos profissionais da saúde e no juízo dos seus familiares. Essa situação mostra mais gravidade quando não se respeita o fato de que essas pessoas são sujeitas dos direitos projetados sobre o substrato das suas personalidades ainda existentes.

Leme (2012, p. 21-22) expõe que, como o termo paciente sustenta uma ideia de ser passivo, e é utilizado na prática da medicina com ênfase no doente, pode ser

preferível substituí-lo pelo termo agente, partindo-se do pressuposto de que todas as dinâmicas referentes ao estado saudável requerem uma participação ativa. Em sentido contrário, aqui defende-se que não é necessário ocorrer a substituição de um vocábulo já tão difundido e socialmente aceito, basta haver a sedimentação e a divulgação do fato de o paciente ser pessoa, de ser sujeito de direitos da personalidade.

Os sujeitos de direito, tidos como os portadores de faculdades contidas no Direito Subjetivo e sujeitos de deveres ao portador da vinculação originada pelos mandatos jurídicos (LEHMANN, 1956, p. 121), são aqueles que têm poder de vontade reconhecido e garantido pela ordem jurídica, no âmbito do mesmo direito. Não é necessariamente quem goza do bem jurídico, mas é quem tem o poder de dominá-lo com a sua vontade (TUHR, 1998, p. 69).

A pessoa é um ser que pode ter direitos e deveres, prescindido de que eventualmente os tenha na realidade. O conceito de sujeito de direito é um conceito de relação, só se aplica realmente quando ao sujeito competem direitos, mas é possível designar como sujeito de direitos aquele que, mesmo somente em potencial, pode reunir os requisitos para ser designado como tal (OERTMANN, 1933, p. 50).

Em regra, todos os indivíduos, todos os seres humanos, são sujeitos de direito, essa afirmação não representa a conclusão de que necessariamente todo indivíduo é proprietário, credor, devedor. Apenas significa que ele pode eventualmente exercer diversas prerrogativas ou assumir obrigações. Deste modo, a qualidade de ser sujeito de direito é uma possibilidade de ter direitos subjetivos, ou inversamente, de ter certas obrigações, perante outros indivíduos (STARCK, 1972, p. 68).

Sob essa acepção, defende-se o fato de que, ainda em determinado estágio de avanço de doença, um paciente não se veja apto para expressar a sua vontade, os seus atos expressos nas diretivas antecipadas de vontade devem ser considerados, uma vez que ele continua sendo sujeito dos direitos da personalidade. Ora, se essa qualidade de sujeito de direitos remanesce na terminalidade, ainda mais evidente ela é presente nas hipóteses em que o indivíduo, apesar de constar em uma relação jurídica como paciente, não adentrou o período último da sua vida.

Nota-se também uma resistência quanto à eficácia social do reconhecimento do paciente como sujeito de direitos quando a sua autonomia requer que o sigilo médico atinja uma esfera de abrangência maior que aquela que é usualmente demarcada pelos profissionais de saúde. Por muitas vezes, a individualidade inerente às pessoas é desrespeitada, baseando-se em parâmetros que não raramente negam os vulneráveis. Contudo, merece ser feito o contraponto no sentido de que na maioria das vezes a relutância dos profissionais médicos e afins em obedecer a vontade plena do enfermo encontra razão em certa insegurança jurídica para respaldá-los plenamente, já que o paternalismo ainda é muito presente no senso comum.

Sabendo que a titularidade é a qualidade do sujeito sendo o beneficiário de uma situação jurídica ativa, de um direito, nesse caso, é possível que o sujeito careça de possibilidade de agir no âmbito dessa situação (CORDEIRO, 2011a, p. 15 e 18). Desta feita, a titularidade pode ser considerada o nexo de pertença efetiva de um direito a certa pessoa e, em sentido lato, pode ser utilizada para deveres ou obrigações. Entretanto, essa última acepção é vulgar, já que não se fala em titularidade de um dever, mas na adstrição a um dever (MENDES, João, 1973, p. 136-137). Sob esse prisma, a titularidade é a conexão que existe entre um direito e o seu sujeito, pode-se afirmar que entre o direito e o seu portador há um nexo de titularidade imediata, cumprindo salientar a existência de direitos com titularidade mediata, que se caracterizam assim por sua titularidade ser inerente à titularidade de um outro direito (MARQUES, J., 1958, p. 36-37).

Ao tratar acerca dos direitos da personalidade, necessariamente se tange a questão da titularidade personalíssima de tais direitos, e do seu propósito central, a proteção da pessoa. Ao compreender que a personalidade jurídica representa o reconhecimento pela ordem jurídica, que as pessoas são titulares de direitos e suscetíveis às obrigações, constata-se que a partir do nascimento com vida, as pessoas são titulares dos direitos da personalidade, mas que a lei põe a salvo os direitos do nascituro.

Em outros termos, pode-se asseverar que, no caso dos direitos da personalidade, a partir do nascimento com vida se estabelece uma titularidade imediata que, de tão imediata, antecipa sua proteção para o nascituro. Em

acréscimo, tal como será comprovado na pesquisa proposta, ainda que haja a extinção da personalidade jurídica com a morte, há certos direitos dessa classe que remanescem sendo projetados além da morte dos seus titulares.

Ora, se os direitos da personalidade são tão importantes a ponto de merecerem tutela antes do nascimento com vida e após a morte, pode-se sublinhar ser irrefutável que o paciente vivo é pessoa e, como tal, é dotado de personalidade, pois o fato de estar acometido por algum comprometimento do seu equilíbrio homeostático não o descaracteriza como titular dos direitos humanitários resguardados em sede cível.

Ainda que em relação a um determinado paciente o processo de morte já tenha sido iniciado, mesmo que apresente um quadro clínico irreversível, e seja classificado como terminal, continuará sendo considerado como pessoa, sendo exigível em relação a ele o respeito à sua individualidade, à sua autonomia, especialmente em relação ao sigilo sobre suas informações pessoais.

O preconceito que uma parte da doutrina apresenta em relação à qualificação “terminal”, mostra-se totalmente ultrapassada, pois pauta-se uma acepção de terminalidade desvencilhada dos cuidados paliativos. A alcunha de terminal aplicada ao paciente tem o fito de destinar um maior cuidado clínico e jurídico a ele, ressaltando que o seu grau de vulnerabilidade se encontra sobressaltado.

É, em especial, no tocante ao enfermo terminal que merece ser ressaltado que a personalidade jurídica ainda nele existe, e que enquanto possa exprimir a sua vontade, a sua autonomia deve ser estendida às liberalidades relacionadas ao processo clínico, inclusive no que tange o sigilo do seu conteúdo – mesmo que a esfera de tutela do segredo pretendido seja mais ampla que a comumente requerida.

Conforme o nível de intimidade entre o direito e o sujeito, a titularidade pode ser classificada como cindível ou incindível. É considerada titularidade cindível quando pode cessar por vontade do seu respectivo titular, ou seja, quando o direito é renunciável e transmissível, ocasionando ou uma perda relativa – direito subsiste na titularidade de outra pessoa, ou absoluta – o direito se extingue. Quando se trata de direito irrenunciável, inalienável e não passível de integrarem a herança, fala-se

que há titularidade incindível, como os são os direitos meramente pessoais, como os direitos da personalidade (MARQUES, J., 1958, p. 37).

Como os principais direitos resguardados pelo dever de sigilo médico são direitos da personalidade e, como tais, são irrenunciáveis, por consequência, a titularidade desses direitos é incindível e dota de igual qualificação a titularidade dos dados pessoais previstos no processo clínico.

De acordo com o que ficou delineado no primeiro capítulo desta tese, um dos motivos para se preferir os termos ‘processo clínico’ ou ‘história clínica’ para designar a biografia de saúde do paciente, em detrimento do popular ‘prontuário médico’, deve-se ao fato deste último poder remeter a uma falsa ideia de que a documentação em questão é de propriedade do médico quando, na verdade, apesar de existirem algumas informações subjetivas, de titularidade do médico, em regra a sua titularidade da pertence ao paciente, justamente por conter dados concernentes aos direitos da personalidade.

O dever de informação do médico que, na atualidade, é tão sedimentado e praticamente indiscutível, não o era quando prevalecia na relação médico-paciente o paternalismo. Essa postura adotada pelos médicos que guiados pelo princípio bioético da beneficência – dever de produzir o máximo de benefício -, fazia com que os pacientes apenas tivessem acesso aos seus dados e informações de saúde se assim o dispusesse o profissional de saúde, o qual muitas vezes era usado no princípio da não-maleficência para justificar que iria manter o sigilo em relação ao próprio titular dos dados por receio de que o conhecimento pudesse lhe causar algum mal.

Apesar de ser verdade que a história clínica nas mãos do paciente corre o risco de que ele faça interpretações errôneas dos comentários nela expostos, seja por não conhecer a matéria, ou por considerar os comentários ofensivos, seja ainda por está diretamente comprometido com ele (DÍAZ, 2017, p. 591). Nos projetos de cuidado, o maior interessado é o paciente, por isto ele deve se sentir responsável e ser um agente atuante e participativo nas decisões que concernem a sua saúde (BETTINELLI; POMATTI; BAGATINI, 2006, p. 183-184). É nessa acepção que o consentimento informado é um direito do paciente, e que se faz imprescindível se

delimitar qual parte do conteúdo compõe as informações subjetivas dos médicos, exceções à concessão plena de acesso à história clínica pelo enfermo.

Faz-se necessária a constante expansão de consciência e a escolha de atitudes coerentes para que se mantenha a saúde, já que há uma íntima relação entre a ignorância e a doença, o que faz com que os que sabem tenham a responsabilidade de informar e iluminar o caminho e a vida daqueles que ignoram (LEME, 2012, p. 49). Não são contidos no rol de informações subjetivas concernentes aos médicos os dados específicos sobre a doença e a sua evolução, pois apesar de serem escritas pelos profissionais, são dados objetivos, aos quais o doente tem o direito de ter acesso, para que, inclusive, se concretize o consentimento informado sobre as manobras clínicas.

É justamente nesse sentido que se mostra a importância de diferenciar os dados interligados à personalidade do paciente, que constitui a maioria do conteúdo do processo clínico, daqueles que são subjetivos e de titularidade dos profissionais da saúde, por decorrerem das suas interpretações, impressões, desprovidas de objetividade.

A título exemplificativo, pode-se mencionar que se enquadram no rol das informações subjetivas do profissional da saúde os dados provenientes das constatações pessoais em relação aos achados no exame físico, como os provenientes da ausculta cardíaca e pulmonar, que direcionarão as possibilidades de diagnóstico e de terapia.

Fica ainda mais evidente a subjetividade de determinados conteúdos do processo clínico ao se tomar como exemplo as anotações feitas por médicos psiquiatras durante consultas dialogadas com os pacientes. Nestes casos, a depender da patologia psíquica de cada enfermo, o compartilhamento do conteúdo com o doente poderia inviabilizar a continuidade e romper o vínculo de confiança que é imprescindível para o tratamento.

Pode-se também entender que essas informações subjetivas além de englobar anotações clínicas pessoais e terminologias vão desde os detalhes técnicos mais rigorosos até outros que não são muitos, porém são úteis, mas que podem vir a incomodar o paciente (DÍAZ, 2017, p. 591).

Devido à impossibilidade de se atribuir um regime de copropriedade dos dados clínicos subjetivos, Rui Nunes (2014, p. 213) indica que o ideal seria se vislumbrar algumas alternativas, como um registro clínico autônomo das notas e interpretações subjetivas do médico ou de outro profissional da saúde, para que se garanta a total independência do ato médico e a consequente responsabilização cabal pelo desfecho clínico verificado.

No entanto, cumpre frisar que ainda que houvesse essa dicotomia de processos, remanesceriam certas inseguranças acerca de como se confirmaria se as informações restritas ao paciente seriam mesmo subjetivas; se os registros clínicos autônomos destinados para o enfermo estivessem incompletos; e especialmente na era do processo clínico eletrônico sobraria o debate controverso sobre o porquê de uma pluralidade de profissionais, ainda que de instituições de saúde diferentes, teriam acesso a determinado processo, e o paciente interessado seria privado desse possibilidade.

A proteção às informações subjetivas do médico não pode conduzir à extensão indevida do direito de reserva do médico, para impedir o conhecimento pelo paciente de determinados dados que influenciaram substancialmente o diagnóstico e o tratamento; tampouco pode produzir uma interpretação ampla das anotações subjetivas, pois não pode se referir a dados objetivos da patologia ou evolução dos pacientes (SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, 2006, p. 25), já que estes últimos são dados pessoais, de titularidade dos paciente, conforme já se verificou.

Dando continuidade à relação titularidade do processo clínico, há algumas bases legislativas e documentais brasileiras e portuguesas que podem ser apontadas por tratarem, ao menos indiretamente, da problemática. No Brasil, a LGPD expressa no Art. 5º, V, que titular é “pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento”; ou seja, ratifica a preocupação centrada na pessoa sobre a qual os dados tratam. O Código de Ética Médica estabelece que o médico ou a instituição têm dever de guarda do prontuário, mas que não podem negar ao paciente uma cópia do documento[38], coadunando o

[38] Código de Ética Médica: Artigo 87, § 2º “O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente”; Artigo 88 estabelece que é vedado ao médico “negar ao paciente ou, na sua impossibilidade, a seu representante legal, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer

pensamento de que se deve privar de uma postura excessivamente paternalista, e reconhecer o paciente como agente dotado de autonomia.

Seguindo a linha de raciocínio segundo a qual os interesses do paciente merecem destaque, em sede de recurso especial, n. 540048[39], sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a jurisprudência do STJ posicionou-se em favor do acesso aos documentos clínicos por parte do paciente, ao expressar que:

> Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. De acordo com o Código de Ética Médica, **os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição**. - **A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa**, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão **de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência**, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL. STJ, 2003, *on-line*).

No que concerne a Portugal, merece destaque a Lei n.º 12/2005 que expressa que as instituições de saúde são depositárias dos processos clínicos, já que a titularidade é do paciente; que este pode ter acesso a todo o conteúdo; que o médico habilitado deve garantir esse acesso; restringe a utilização de dados de saúde pelas instituições; ratifica que as informações genéticas são de titularidade do paciente, e sujeitas ao sigilo médico[40]. Verifica-se que esse pensamento se coaduna

---

cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros."

[39] Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. - De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. - A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL. STJ, 2003, *on-line*).

[40] Portugal: Lei n.º 12/2005: Artigo 3.º (...)

n. 1: "A informação de saúde, incluindo os dados clínicos registados, resultados de análises e outros exames subsidiários, intervenções e diagnósticos, é propriedade da pessoa, sendo as unidades do sistema de saúde os depositários da informação (...)';

n.2: "O titular da informação de saúde tem o direito de, querendo, tomar conhecimento de todo o processo clínico que lhe diga respeito, salvo circunstâncias excepcionais devidamente justificadas (...);

com toda a base teórica de titularidade dos direitos da personalidade, já que centraliza no enfermo o principal interesse merecedor de tutela.

Já o Código Deontológico Médico de 2009, do mesmo país, destaca que o médico é o autor, logo, detentor da propriedade intelectual das informações que expressa no processo clínico. No entanto, ressalva a necessidade de se tutelar os direitos dos pacientes e da instituição de saúde; sublinha o direito de acesso do enfermo à história clínica; e expressa que, caso o profissional tenha interesse em fazer alguma publicação envolvendo esse conteúdo sensível, deve garantir o anonimato do doente, exceto em caso de autorização expressa[41].

Há sérias preocupações consequentes da primeira afirmativa, com posição topográfica no Artigo 100.º, n.3, do Código Deontológico, posto que ao colocar o médico em primeiro plano, dá-se prioridade a direitos intelectuais em detrimento aos direitos da personalidade do enfermo vulnerável. Dentre os direitos da propriedade intelectual, o que mais se aproxima de alguma espécie, no contexto, são os conhecimentos científicos exteriorizados e protegidos por direitos autorais.

À luz da tecnicidade, não seria possível atribuir titularidade de direitos autorais aos escritos na história clínica. O mais correto seria afirmar que os médicos seriam autores das pesquisas, caso eles as desenvolvam, cujos dados contidos no

---

n.3: "O acesso à informação de saúde por parte do seu titular, ou de terceiros com o seu consentimento, é feito através de médico, com habilitação própria, escolhido pelo titular da informação";

Artigo 4.º, n.3: "- A informação de saúde só pode ser utilizada pelo sistema de saúde nas condições expressas em autorização escrita do seu titular ou de quem o represente";

Artigo 6.º, n.7: "A utilização de informação genética é um acto entre o seu titular e o médico, que é sujeito às regras deontológicas de sigilo profissional dos médicos e dos restantes profissionais de saúde";

[41] Portugal: Código Deontológico dos Médicos,

Artigo 100.º, n. 3: "O médico é o detentor da propriedade intelectual dos registos que elabora, sem prejuízo dos legítimos interesses dos doentes e da instituição a qual eventualmente preste os serviços clínicos a que correspondem tais registos";

n.4: "O doente tem direito a conhecer a informação registada no seu processo clínico, a qual lhe será transmitida, se requerida, pelo próprio médico assistente ou, no caso de instituição de saúde, por médico designado pelo doente para este efeito";

Artigo 102.º: "O médico pode servir-se do processo clínico para as suas publicações, mas deve proceder de modo a que não seja possível a identificação dos doentes, a menos que autorizado a tal pelos próprios doentes".

processo clínico, devidamente anonimizados, sirvam de fonte. Falar em direitos autorais quando estão suscetíveis dados pessoais de natureza muito mais sensível, apresenta uma potencialidade de desvirtuar os propósitos da proteção do processo clínico.

A Lei n. 3 de 2005, da Comunidade Autônoma de Extremadura, no artigo 32, item 4, alínea d, expressa que as informações subjetivas do médico se referem às impressões dos profissionais de saúde, baseadas em suas exclusivas percepções e que, em qualquer caso, carecem de importância para o conhecimento verdadeiro e atualizado do estado de saúde do paciente, sem o qual elas podem ser consideradas um diagnóstico.

Sánchez-Caro e Abellán (2006, p. 26) criticam esse conceito, pois entendem que poderia levar a concluir que as informações subjetivas se tratavam de meras impressões, ou seja, menções fúteis, que não deveriam se quer estar presente na história clínica. Reconhecem que cabem critérios diferentes na definição e no alcance das anotações subjetivas, mas defendem que se tratam das reflexões e impressões transcritas pelos profissionais de saúde nos documentos sobre a anamnese e evolução clínica dos pacientes, e que se destinam aos demais profissionais envolvidos na assistência. Devido à plausibilidade que lhe é inerente, tal posicionamento merece prosperar.

Uma ressalva importante acerca da matéria pode ser encontrada no corpo legislativo espanhol, na Lei n. 41 de 2002 que, além de ressaltar o direito de reserva aos profissionais participantes às suas anotações subjetivas, no artigo 18, item 3, estabelece que o acesso à história clínica por parte do paciente não pode ocorrer em prejuízo da confidencialidade de terceiras pessoas, que tenham contribuído com dados no interesse terapêutico do paciente. Pode-se citar como exemplo o caso em que a mãe do enfermo tenha revelado durante a entrevista clínica, na qualidade de acompanhante, e em sala reservada, situações constrangedoras que o paciente viveu na adolescência e que podem estar contribuindo com o agravamento clínico dele no presente.

Ademais, há que se atentar para o fato de que a informação contida no registro pode ser adequadamente caracterizada como a propriedade do paciente. Entretanto, a regra geral é que o proprietário do papel no qual o registro médico está

escrito é o proprietário do registro. Provedores têm registros de custódia e têm fortes interesses neles, mas o paciente tem um interesse ainda maior. Os interesses do paciente são fortes o suficiente para dar ao paciente um acesso legal e às informações contidas nos registros e a uma cópia completa dos registros médicos em si (ANNAS, 1989, p. 163).

Essa verdade é comprovada, inclusive, no fato de se asseverar que à luz da boa-fé objetiva dos contratos, há que se entender que tacitamente os custos pelos papéis ou pelo contrato para o armazenamento eletrônico de dados estão inclusos ao pagar pelos serviços de saúde suplementar. No que tangem aos serviços públicos, igualmente é preciso ponderar que, ao providenciar a assistência para os pacientes, estão incluídas no rol de despesas públicas destinadas aos enfermos as compras de suportes para armazenamento de dados integrantes do processo clínico, não havendo que se imiscuir na titularidade do paciente em relação aos seus dados sensíveis de saúde sob essa alegação patrimonialista.

Em síntese, já que a titularidade é a qualidade do sujeito quando se encontra como beneficiário de um direito, podendo ser sujeito ativo nas relações em que os direitos não sejam obedecidos, pode-se dizer que a titularidade dos direitos da personalidade, assim como a titularidade do processo clínico, é imediata, incindível e cabível ao paciente sobre o qual os dados sensíveis abordam. Devendo-se, porém, excetuar o conteúdo estritamente condizente aos dados subjetivos de titularidade dos profissionais da saúde.

4.3 ACESSO DE TERCEIROS AO PROCESSO CLÍNICO E LIMITAÇÕES

“A verdade é o sol do mundo moral” (PRAÇA, 1872, p. 316), porém há verdades que só devem dizer respeito às pessoas relacionadas ao seu conteúdo, caso contrário será rompido o véu que guarda a moralidade individual dos sujeitos envolvidos. Além das informações estritamente clínicas, que por si só já são capazes de causar constrangimento e dor psíquica em caso de revelação. É preciso atentar para o fato de que na história clínica podem existir segredos que envolvam terceiros, informações sobre o cônjuge do paciente, sobre familiares, sobre relações

e preferências sexuais, acerca de possíveis relacionamentos abusivos com ascendente ou descendente, entre outros conteúdos sensíveis.

Sabendo da característica dos direitos da personalidade, comprovou-se que a titularidade do processo clínico, em regra, é do paciente, já que apresenta conteúdo sensível, o qual se fosse divulgado suscitaria riscos de discriminação injusta, e consequente transgressão dos direitos relacionados à intimidade. Essa percepção é coerente com a lógica de se colocar o paciente no cerne de proteção, como agente autônomo, já que o modelo paternalista de medicina se mostrou - na maioria dos casos - ineficiente para os fins pretendidos.

É certo que quando uma pessoa integra uma relação jurídica clínica não raras são as vezes em que os direitos dela são contrapostos com os de outra, o que torna tal vínculo dotado de alta complexidade. Munõz (1986, p. 158) assevera que na estrutura da relação jurídica, os sujeitos são as pessoas titulares da relação, sujeitos ativos, que têm direitos, e sujeitos passivos, os que têm deveres, sendo que frequentemente cada sujeito conflui direitos e deveres.

É verdade que há uma certa cessão de privacidade quando se concede aos outros o acesso às histórias pessoais ou aos corpos, mas também, em princípio, se mantém algum controle sobre as informações geradas, pelo menos em contextos diagnósticos e terapêuticos e em pesquisas clínicas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 418). Esse controle é resultado do reconhecimento da pessoa como sujeito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, consequentemente, da liberdade geral de ação, o qual é um direito com carga positiva e negativa:

> A primeira característica se observa porque, ao se defender que o indivíduo é ser livre, atribui-se a ele a faculdade de gerenciar seus desígnios, até o ponto em que sua expressão de independência não interfira na dos demais, e contanto que não seja obstruída a obediência aos preceitos legais. A carga negativa se evidencia na imposição de abstenção de interferência de terceiros nas ações autônomas pessoais. Quanto aos terceiros, incluem-se os médicos e a equipe de saúde, que se devem abster de invadir a esfera individual do paciente submetido aos seus cuidados (MENEZES, R., 2017, p. 36).

Na gestão dos seus desígnios está inserida a autonomia para ampliar ou restringir o acesso de terceiros aos seus dados pessoais insertos nos processos clínicos.

Dado o destaque do segredo no rol de deveres inerentes aos médicos, em face da titularidade do processo clínico caber ao paciente, mas tendo em vista a relatividade destas duas premissas, impende-se que seja delimitado exatamente quem são os terceiros que deverão ter acesso ao processo clínico.

Na história, já se chegou a defender que o segredo médico deveria ser regido unicamente pela consciência, e que ele estava acima das leis injustas; não dependia de uma assembleia legislativa ou tampouco de um colega médico eminente (SURBLED, 1940, p. 180), mas é bem verdade que essa concepção já foi superada.

As pessoas vistas de modo individual na sua dimensão humana e irrepetível têm interesse nos bens que lhes podem ser úteis, de que carecem para a satisfação das suas necessidades e para a realização dos fins que pretendem concretizar. Como é comum haver a colisão dos interesses de uma pessoa, com o de outrem, cabe ao Direito regular esses conflitos (VASCONCELOS, 2002b, p. 149).

Desta forma, aplicando-se à questão em tela, é no Direito que prioritariamente deve-se buscar dirimir as situações de incerteza sobre se a equipe clínica e as instituições devem conceder acesso à história clínica para terceiros. Essa cautela estritamente jurídica é importante inclusive para dotar as suas decisões de segurança jurídica; apesar de também se confessar a grande contribuição que as previsões deontológicas apresentam nessa acepção e que, muitas vezes, servem de inspiração para as evoluções legislativas.

As relações familiares e a disciplina que elas exprimem não eximem o juízo de valor acerca de uma confrontação com os valores fundamentais do sistema vigente, com a sua ordem pública. Deste modo, o controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares, por iniciativa dos familiares e de terceiros, justifica-se na medida em que for realizado para garantir os direitos fundamentais (PERLINGIERI, 1999, p. 248-249).

Como a família é a primeira comunidade na qual o indivíduo é inserido, sabendo-se que as famílias são compostas por vínculos de conjugalidade, de sangue e legais, faz parte do senso comum a ideia de que os familiares devem ter acesso ao processo clínico – especialmente aqueles que compõem a família nuclear. Há uma premissa suplementar - não uníssona - no sentido de que na

hipótese de não haver pessoas vinculadas por parentesco ao paciente, os amigos mais próximos farão as vezes.

Entende-se que estes vínculos afetivos, oriundos da autonomia privada, constituem uma comunidade escolhida, a do círculo de amizade, podendo até ser mais próxima que a familiar; mas essa concepção por vezes é contraposta por aqueles mais tradicionalistas, que defendem que em caso de ausência de família, o acesso deve ser restrito às instituições e autoridades estatais.

Vê-se, pois, que a ideia de proximidade da família é muito mais aceita, em termos quantitativos, que a de terceiros não-familiares. Isso ocorre por ser na família o indivíduo primeiro "se apercebe da sua incompletude radical e se humaniza no intercâmbio constante com os outros. Completando-se. Ninguém existe sem os outros. Na família, cada um descobre que o eu é os outros, os outros fazem parte do eu" (CAMPOS, 2004, p. 41). Em outros termos, é na família que a tendência gregarista humana primeiro se realiza, até por uma questão de sobrevivência. No entanto, tal fato não quer dizer que uma eventual curiosidade por parte dos membros que compõem a entidade familiar se sobreponha aos direitos da personalidade do enfermo, inclusive ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Faz-se necessário atentar para a profunda transformação ocorrida na estrutura familiar nas últimas décadas, que obriga a se repensar o papel das pessoas próximas e da família na atenção ao doente em fim de vida. Os fatores de urbanização, reconhecimento de novas famílias e de famílias recombinadas, o sistema social e econômico responsável por afastar as pessoas da sua família de origem e isola gerações devido à busca por trabalho em outras localidades, a soberania do indivíduo, o envelhecimento da sociedade, transformam a dinâmica social e familiar, bem como os problemas em fim de vida, ocasionando uma mudança radical no papel das pessoas próximas (PEREIRA, André, 2012, p. 162). Daí a cautela que deve se ter ao flexibilizar o sigilo médico para atender a um pleito de um familiar.

Ao se voltar ao dogma putativo da ética biomédica, verifica-se que o fato de muitas pessoas viverem em famílias solicita a compreensão acerca de quais

circunstâncias justificam a interferência nas ações de um agente individual. Primeiro, deve-se notar que a família é frequentemente o círculo em que ocorre o 'dano aos outros' no contexto dos cuidados de saúde e segundo, que a família (outros membros da família) é muitas vezes a melhor colocada para julgar se tal dano ocorrerá. qual será sua magnitude. Este é o caso não apenas quando a família é colocada em risco de contrair uma doença transmissível, mas também quando a decisão impõe uma carga de cuidado à família, estresse emocional ou grandes custos econômicos (HOLM, 2006, p. 58). É por tais razões que qualquer restrição de acesso ao processo clínico por parte de familiares, especialmente após a morte do paciente, necessita ser muito bem delimitada e juridicamente embasada.

Em relação ao paciente vivo, que não tenha adentrado na terminalidade, a regra é que vigorará a sua titularidade em relação aos dados pessoais contidos no processo clínico, e o seu respectivo direito ao sigilo médico. Na hipótese de o paciente ter a intenção de compartilhar as suas informações de saúde com outrem, familiar ou não, bastará fazê-lo sob o gozo da sua liberdade, sem necessidade de intermédio de profissional clínico ou de instituição especializada. Caso o titular do processo clínico não esteja na posse dos documentos, pode emitir consentimento ou procuração para que um terceiro, no interesse do enfermo, alcance o acesso informacional.

Se o paciente passar por períodos em que não consiga expressar a sua autonomia, o mais aconselhável é utilizar as disposições legais que preveem a participação de representantes legais, ou de procuradores para cuidados de saúde. No primeiro caso, os representantes costumam ser os familiares, mas não se trata de uma obrigatoriedade. Em relação à segunda alternativa, obedece-se ao regramento do mandato disciplinado no artigo 653 e seguintes do Código Civil Brasileiro[42][43], fazendo-se as adaptações necessárias à luz da bioética para o objeto

[42] Código Civil/2002, art. 653: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.
[43] Cumpre salientar que no Código Civil, a partir do 861, há disciplina de contrato afim ao de mandato, o de gestão de negócios. Ele não se aplica ao caso, uma vez que se destina a fins patrimoniais, e a delegação de poder que ocorre no contexto abordado, relaciona-se a fins existenciais; ademais a gestão de negócio refere-se à vontade presumível, e no caso de mandato, a presunção de vontade é apenas subsidiária, já que se estimula a prática das diretivas antecipadas de vontade. Por tais razões, é sedimentado na Bioética o termo mandato duradouro.

específico do mandato, já que tem alta carga subjetiva e lida com direitos pautados na dignidade da pessoa humana.

A Lei Geral de Proteção de Dados, no artigo 18, § 3º, explica que os direitos do titular dos dados pessoais podem ser exercidos por representante legalmente constituído. O Código de Ética Médica brasileiro, no artigo 88, expressa que é vedado ao médico "negar ao paciente ou, na sua impossibilidade, a seu representante legal, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão (...)".

Em Portugal, a Lei 12/2005 estabelece no artigo 3.º, n. 3, a possibilidade de terceiros terem acesso à informação de saúde, mediante consentimento do titular; o artigo 4.º, n. 2, que "as unidades do sistema de saúde devem impedir o acesso indevido de terceiros aos processos clínicos e aos sistemas informáticos que contenham informação de saúde (...)". O Código Deontológico da Ordem do Médicos, no artigo 50.º, o qual trata sobre a revelação de diagnóstico e prognóstico, explicita no n. 4 que "o diagnóstico e prognóstico só podem ser dados a conhecer a terceiros, nomeadamente familiares, com o consentimento expresso do doente, a menos que este seja menor ou cognitivamente incompetente (...)".

Constata-se que nas previsões luso-brasileiras acima transcritas o acesso de terceiros não é controverso, uma vez que ocorre como extensão da vontade do próprio paciente, e não em interesse próprio; ou seja, não desafia o regime de titularidade aplicado aos direitos da personalidade e ao processo clínico. Há também a questão do segredo partilhado, quando à luz da busca pelo interesse do doente, as informações são partilhadas entre diversos profissionais, procedimento que também não desabonam os direitos do enfermo.

Nas hipóteses em que o conteúdo da história clínica possa ser de interesse direto de alguma outra pessoa, familiar ou não, faz-se necessária a ponderação na casuística, para que se faça a devida valoração dos interesses em conflito. Há que considerar fatores como: se um interesse é patrimonial e o outro é pessoal, a *priori* este último deve ser priorizado, caso prevaleçam os interesses igualmente pessoais, é preciso usar a proporcionalidade e utilizar a dignidade como o principal axioma norteador, para fixar os limites dos interesses contrapostos.

No tocante ao paciente que adentra a terminalidade e que intenciona manter o sigilo sobre os seus dados quando advier, eventualmente, um estado de inconsciência ou alguma impossibilidade de se expressar, ou ainda até a morte, as diretivas antecipadas de vontade mostram-se alternativas importantíssimas para a manutenção do sigilo com base no respeito à autonomia informacional e de consentir do paciente, e quando se projeta após a morte, embasa-se na teoria da pós-eficácia.

Levando em consideração que o pensamento é capaz de ter uma atuação no mundo de forma espantosa e graças às ferramentas culturais que o acompanham, especialmente a escrita, pode-se afirmar que o pensamento pode ultrapassar os limites do espaço e do tempo (BONINO, 2007, p. 158).

Quando as ideias com as quais se pretende ultrapassar os limites do tempo dizem respeito à sua própria vida, saúde, aos fatos e cuidados que devem suceder a sua morte; quando o limite de tempo que se pretende que seja ultrapassado é a sua vida; quando o limite de espaço que se quer transpassar é o leito no qual está internado, ou qualquer outro lugar em que faça a transição da vida para a morte, de grande valia é a elaboração das diretivas de vontade, principalmente do testamento vital que, por meio da escrita, tem ou pelo menos devem ter, o poder de romper barreiras do paternalismo clínico, da limitação de tempo e de espaço.

Ora, se até os próprios códigos deontológicos mais atuais costumam prever que o sigilo médico deve ser mantido ainda que o paciente tenha falecido, conforme se verifica no artigo 73 do atual Código de Ética Médica brasileiro, poder-se-ia questionar o porquê de ainda remanescer alguma controvérsia a despeito. Contudo, quando se constata que há casos em que o titular dos direitos da personalidade se pronuncia em vida que tem a intenção de que o corpo clínico e as instituições de saúde mantenham segredo sobre o processo clínico quando a morte do paciente chegar, especialmente em relação aos seus herdeiros, demais familiares e até de amigos, ou seja, das pessoas do seu círculo social próximo, forma-se questão polêmica, com alta carga insegurança jurídica.

Tomando-se como exemplo o caso de um paciente que seja solteiro[44], portador do HIV[45], que com a baixa da imunidade desenvolveu encefalite por citomegalovírus[46], doença com rápida deterioração do quadro clínico, com expectativa de sobrevida para ele de dois meses, já que seu organismo refutou todos os tratamentos pretéritos efetuados pelos médicos. Como a causa inicial da sua doença residiu na infecção pelo HIV, vírus contraído por relação sexual, o paciente teme veemente que após a sua morte os seus familiares adeptos de uma determinada religião radical e que preze pelo celibato, tomem ciência do quadro clínico e acredita que caso a revelação ocorra, a última memória que reste dele seja uma decepção à luz dos valores morais/religiosos da família.

A revelação do diagnóstico de HIV/AIDS para terceiros resulta, para o portador da doença, em um momento crítico, devido ao fato de o momento da relação dessa notícia vir acompanhada por situações de estigma e discriminação, processos de desvalorização do ser humano e que produzem iniquidades sociais. Como viver livre de estigma e de discriminação é um direito individual de cada pessoa, deve ser respeitado pela equipe que atende o portador do vírus, configurando dever da equipe de saúde, em conjunto com o paciente, considerar os diferentes aspectos éticos, sociais, morais, legais e de comunicação, no momento da avaliação da revelação do diagnóstico (FERNANDES, Márcia et al., 2015, p. 115).

Mesmo que se tenha constatado uma visão demasiadamente preconceituosa dos familiares acerca da liberdade sexual, verifica-se que para a consciência do paciente o seu quadro clínico é vexatório, e sob a égide do respeito à individualidade, merece ter seus direitos da personalidade preservados.

É sabido que o segredo médico se contrapõe ao acesso por familiares, inclusive cônjuges e companheiros. No entanto, caso no exemplo supra exposto, o paciente fosse casado ou mantivesse uma união estável, e silenciasse, o enfermo cometeria o crime de contágio venéreo, tipificado no artigo 130 do Código Penal brasileiro.

---

[44] Portanto, não caberia notificação compulsória ao cônjuge.
[45] A AIDS, sigla em inglês para a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), é uma doença do sistema imunológico humano resultante da infecção pelo vírus HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana - da sigla em inglês).
[46] Inflamação do encéfalo causada pelo citomegalovírus (CMV).

Desse modo, não é esperado do médico a compactuação com a conduta criminosa, fato que exige que o segredo profissional seja preterido em relação ao direito à saúde e à vida do cônjuge ou companheiro. Conclusão semelhante se chegaria caso a doença da qual foi acometido o paciente fosse de origem genética ou hereditária, pois os familiares envolvidos teriam direito de saber, especialmente a prole do doente.

Sob esse prisma, em Portugal, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, acertadamente, afirmou que o fato de duas pessoas estarem vinculadas entre si, inclusive devido à uma relação conjugal, não acarreta impedimento de proteção em face da outra, de certos dados pessoais; e que do mesmo jeito se sucede quando esteja em causa algum direito da personalidade, mesmo depois da morte do seu titular (SILVEIRA, 2004, p. 868).

Em relação ao acesso de informações entre profissionais, apesar de ser pressuposto um consentimento implícito para transmissão entre profissionais da saúde, deve-se entender que esse consentimento se restringe apenas à informação pertinente, indispensável ao exercício do profissional em causa, de modo que o pessoal administrativo de um estabelecimento hospitalar não deve ter acesso ao processo clínico, exceto caso integrem uma equipe médica que cuide do doente. Mesmo assim, só deve conhecer as informações pertinentes à sua função. Trata-se do princípio da confidência necessária (MENEZES, S., 2013, p. 125).

Em síntese, pode-se dizer que os terceiros podem ter acesso às informações nos casos de consentimento do doente ou presumido; de estado de necessidade; de autorização legal; e prossecução de interesses legítimos; mas que independentemente da hipótese, não há uma resposta uníssona acerca de quem são as pessoas que integrarão o rol de terceiros aptos a tomar ciência do conteúdo sensível da história clínica do paciente. As circunstâncias dos casos concretos e a devida ponderação dos interesses em pauta guiarão qual a ponderação mais adequada conforme o Direito, buscando-se, ao máximo, compatibilizar com as normativas bioéticas e deontológicas.

O segredo médico protege valores ou interesses supraindividuais, institucionais ou comunitários, em prol da funcionalidade e eficácia do sistema de saúde; ao mesmo tempo em que protege interesses individuais-pessoais, que

pertencem à esfera de reserva, de privacidade/intimidade e de autodeterminação informacional do indivíduo, bem como abarca interesses dos próprios médicos como grupo profissional, da ordem corporativa (ANDRADE, Manuel da C., 2008, p. 179). É sob esse prisma que a autodeterminação informacional inclui tanto o controle de dados quanto a não difusão, e o direito de não tratamento de dados sensíveis sem o consentimento (PEREIRA, André; BARBOSA, C., 2011, p. 58-59). Defender a autodeterminação informacional é plenamente coerente com a proteção da titularidade e da eficácia dos direitos da personalidade dos pacientes.

5 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CLÍNICAS E A PROTEÇÃO DO SIGILO

"Há evidências que sugerem que até a geração do milênio
está se cansando do processamento de informações
e está se voltando ao significado e aos valores humanos".
Amit Goswami (2018).

5.1 DAS BASES MORAIS AO ESTABELECIMENTO DA BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL

A discussão acerca do entrelace entre Direito e Moral, envolvendo suas diferenças e semelhanças, é tão antiga quanto ainda hoje o é aplicável e relevante na atualidade, especialmente nos cenários em que se questiona se o Direito posto está condizente com a ideia de Justiça.

Sob esse prisma, Benayas (1976, p. 242-243) afirma que tomar o Direito e a Moral como matérias distintas, alegando que o primeiro regula atos externos, tem sanção externa, e que a Moral regula atos internos, não suscetível de sanção, é um erro. Primeiro porque parte do conhecimento equivocado de que a Moral e a Ética são modelos ou regras de comportamento. Pauta-se também na crença de que existe uma só moral, a que aciona a própria consciência, puritana, kantiana[47], sem atentar para o fato de que essa Moral nem sempre se fez presente na História, a não ser nos casos de concepções transcendentes da Moral, como Moral ou Ética Social, em que a virtude não reside na própria perfeição, mas na relação e na salvação com os demais.

Apesar de concordar com o argumento segundo o qual não há uma Moral uníssona, não se comunga da opinião de que Direito e Moral são a mesma disciplina. É verdade que há sim sanções para atos contrários à moralidade, mas são de cunho igualmente moral, desprovidas de coercibilidade, não são executáveis por meio de processo judicial, a não ser que o valor moral violado tenha sido

[47] De Immanuel Kant.

abrangido pelo Ordenamento Jurídico. É por tal razão que os princípios, inclusive os do Direito Privado, têm grande importância para garantir a eficácia jurídica dos valores fundados na Moral e Ética Sociais. Eles dotam a análise sistemática do Direito de certa maleabilidade para a correta aplicação nos casos concretos, assim como remetem para a verificação teleológica dos preceitos estabelecidos em regras jurídicas.

O correto é se falar que entre Direito e Moral há conexão e não confusão (RUBIO, 1984, p. 114). É justamente por esse motivo que é plenamente plausível afirmar que, apesar de haver indubitavelmente um forte conteúdo de carga moral no princípio da boa-fé objetiva, tal fator não desnatura a sua característica atual como norma integrante do direito positivo vigente – conforme restará comprovado a seguir. Essa conexão entre Direito e Moral é especialmente necessária para análise dos contratos entre médico, hospital, clínica e paciente, nos quais a boa-fé objetiva tem particular importância.

A aplicação do princípio da boa-fé faz penetrar na ordem jurídica um elemento natural, extrajurídico, que passa a integrar a regra jurídica (MOZOS, 1965, p. 15). Por tal razão, a boa-fé é realidade jurídica, não podendo ser reconduzida à Moral ou ao Direito Natural (CORDEIRO, 2015, p. 1298).

Qualquer ação humana capaz de gerar consequências na vida dos indivíduos e da comunidade em que vivem, tem que ser sujeita a um julgamento moral, até para que o homem possa proteger a si mesmo do mal, e possa julgar se as ações dos outros estão corretas (CALLAHAN, 2009, p. 17). O domínio da boa-fé localiza-se entre a Ética e o Direito, pois é esperado que o Direito tenha o interesse de julgar se um comportamento é bom ou mau (ROMAIN, 2000, p. 106). O princípio da boa-fé é baseado na busca por uma convivência próspera e pacífica entre as pessoas em comunidade (LARENZ, 1978, p. 58).

O Direito é instrumento para que se busque soluções pacíficas e justas, então, no seu íntimo há motivações de conteúdo humano, que não podem deixar de pertencer à ordem de liberdade e responsabilidade. Há no Direito algo que diz respeito à conduta, ao comportamento e às atitudes com relação aos demais (BENAYAS, 1976, p. 242-243). O fato de haver origem de cunho moral e ético no

estabelecimento da boa-fé, não compromete a coercibilidade de tal norma jurídica, apenas evidencia o conteúdo valorativo que tal previsão positivada ostenta.

No Direito Romano, havia a ideia de *bona fides*, poder-confiar na palavra dada, e tais eram especialmente importantes para o comércio – para a compra e venda, mandato, sociedade, prestação de serviços, empreitada e locação (CHIUSI, 2007, p. 21). Desta feita, a atividade criadora dos magistrados romanos, que no início ficava restrita ao *ius gentium*, depois foi estendida às relações entre os *cives,* por meio do *ius honorarium*; e atribuía grande valor ao comportamento ético das partes, especialmente nas *actiones ex fide bona*. Nelas, o arbítrio do *iudex* ampliava-se para considerar na sentença a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, na celebração do negócio jurídico (SILVA, C., 2008, p. 32).

A *fides* podia indicar, em sentido amplo, a confiança, mas também era compreendida como colaboração e auxílio mútuo na relação entre iguais, como amparo ou proteção, nas relações entre desiguais. Podia ser entendida como lealdade e respeito à palavra dada, como fundamento da justiça e da virtude cívica; como liame que une os membros da sociedade e, por fim, como instrumento técnico-jurídico, na qualidade de valor ético fundante (MARTINS-COSTA, 2018, p. 40-41). Apesar de a *fides* romana ser a base conceitual da boa-fé, justamente devido ao fato de apresentar prismas semânticos diversificados, ela é incapaz de precisar a noção desse instituto (CORDEIRO, 2015, p. 1283).

As noções essenciais e os princípios fundamentais da atividade jurídica dos particulares estão formulados na dogmática do Direito Civil, primeiro por ter sido a primeira regulamentação dos interesses particulares. Um outro motivo é que os demais ramos do Direito Privado se formaram devido à especialização de interesses; razão pela qual estão adstritos à regulamentação de atividades decorrentes do exercício de profissões, enquanto o Direito Civil é destinado aos indivíduos considerados na generalidade de sua atividade, de forma mais abstrata (GOMES, O., 1971, p. 37). É preciso sopesar que:

> O Direito é uma vivência [...] existe porque corresponde ao modo justo de agir, dentro de uma comunidade. A Ciência jurídica civil é aberta, interna e externamente. Ela reconhece problemas novos, integrando no seu seio as lacunas que surjam. Questões inicialmente não problemáticas assumem exigências dogmáticas novas, à medida que o progresso social e jurídico o requeira (CORDEIRO, 2019, p. 12).

Coadunando com essa perspectiva de insuficiência ou ineficiência da atualização dogmática do Direito, como ciência aberta, pode-se destacar o pensamento de Romain (2000, p. 106), segundo o qual a força da boa-fé ao mesmo tempo em que é evidente, também pode ser considerada indeterminada.

De acordo com a criação do Direito, a boa-fé não opera como um conceito comum, não apresenta uma definição lapidar. Ela traduz uma natureza juscultural – criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos. Apresenta também uma cientificidade do Direito – por corresponder à possibilidade efetiva de com a boa-fé resolver questões concretas, com auxílio doutrinário e jurisprudencial. Ademais, ela demonstra um modo de decidir de certa ordem sociojurídica – essa sua integração em uma ordem sociojurídica requer síntese dos elementos colhidos e o isolamento das traves materiais que informam o todo (CORDEIRO, 2015, p. 17-18).

A aplicação do Direito não se restringe à realização de uma figura lógica e acabada, de um juízo analítico. Sendo assim, o fato de a boa-fé e os bons costumes não serem conceitos com moldes acabados, provoca o juiz para a tarefa extraordinária de realizá-los em cada caso jurídico (WIEACKER, 1977, p. 37 e 39).

Como não se pode considerar de boa-fé os atos contrários aos bons costumes, há quem afirme que a distinção entre esses dois conceitos, quando muito, é gradativa. No conceito de bons costumes está inserido o elemento sociológico, no qual constam os valores morais tidos como necessários à convivência. Enquanto eles dizem respeito a esses valores indispensáveis ao convívio social, a boa-fé concerne à conduta concreta dos figurantes na relação jurídica. Quem convenciona não cumprir um contrato, atenta contra os bons costumes; quem não indica circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação viola o dever de cooperação com a outra parte, mas não infringe os bons costumes (SILVA, C., 2008, p. 34-35).

Menezes de Cordeiro (2015, p. 18-19) afirma que no Código Civil português a boa-fé tem uma presença múltipla que não constitui um dado exclusivo sobre o seu sentido e natureza, com várias menções, envolvendo terminologias distintas. No mesmo sentido, pode-se dizer que no Direito Brasileiro remanesce também a pluralidade de acepções e de aplicações da boa-fé.

A boa-fé subjetiva concerne ao estado psicológico reconhecido à pessoa e é requisito presente no suporte fático de certas normas jurídicas, para a produção de efeitos jurídicos. Trata-se da ausência de conhecimento acerca de determinado fato, ou meramente à falta de intenção de prejudicar outrem (MIRAGEM, 2016, p. 145); é o antônimo de má-fé.

No âmbito contratual, faz-se presente uma acepção de boa-fé que em muito difere da subjetiva: a boa-fé objetiva. Mesmo que conserve o núcleo de moralidade que, de certa forma, a boa-fé subjetiva apresenta, tem incumbências mais pragmáticas. É bem verdade que as obrigações de cunho jurídico, em geral, têm uma vertente ética e sociológica, assim como é indubitável a importância da evolução do pensamento moral e ético, até se chegar à regulamentação jurídica da boa-fé objetiva. Entretanto, essas constatações não devem resultar em uma aplicação incerta e difusa dela. A sua característica de coercibilidade juspositiva deve ser não somente reconhecida, mas exaltada na prática.

Ora é entendida como princípio, ora como cláusula geral aberta, há ainda os doutrinadores que a tratam como padrão ou regra geral de conduta. O que é indiscutível é que a boa-fé objetiva tem grande valia para a conservação teleológica dos interesses tutelados em sede de Direito Civil, guardando grande consonância com o constitucionalismo humanitário; e demanda um esforço teórico para traçar um mínimo de conteúdo fixo, para que nas relações jurídicas obrigacionais, especialmente naquelas decorrentes de vínculo contratual, seja palpável a sua exigibilidade – e esse esforço hermenêutico não é tarefa fácil.

A boa-fé objetiva desenvolve-se no campo dos direitos das obrigações e na teoria geral do negócio jurídico, com o seu dever de fidelidade. Ao ser situada no mesmo plano do uso da lei, adquire função dispositiva, de natureza objetiva; e não fica embasada na vontade das partes, mas sim na adequação dessa vontade ao princípio que serve de inspiração e fundamento para o vínculo negocial (MOZOS, 1965, p. 45-46).

A boa-fé objetiva é uma figura jurídica milenar, é considerada no perfil jurídico que lhe foi conferido no século XX, pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir da década de 1900 (RODRIGUES JÚNIOR, 2019, *ebook*). Ela se desenvolveu no

ambiente germânico com raízes próprias, a partir das ideias de crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada; à medida que foi alargada, teve seu sentido diluído (CORDEIRO, 2015, p. 1285), o que justifica as suas remanescentes dificuldades conceituais.

Diferentemente do Código Civil alemão, no qual a boa-fé foi consagrada em artigo expresso, como regra geral, o Código Civil brasileiro não tem previsão semelhante (SILVA, C., 2008, p. 33). De modo mais abrangente, o dever de o contratante observar a boa-fé objetiva foi incorporado de modo expresso no Brasil no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, art. 4º., III[48] e 51, IV; posteriormente, em 2002, passou a ser previsto no artigo 422[49] do Código Civil brasileiro[50]; e também é igualmente estabelecido no artigo 227º [51] do Código Civil português. Esse dever impõe às partes contratuais um comportamento moralmente louvável, leal, correto e probo; esquivando-se de agir de modo contraditório e de exercer um abuso de direito.

Em outros termos, visa que a conduta dos contratantes seja condizente com a razoável confiança que a outra parte depositou e com as expectativas sociais de honestidade; com dever de honra, retidão, diligência, ausência de dolo, com cooperação e consideração com o próximo. Vê-se que, em seu cerne, a boa-fé objetiva apresenta conceitos pouco determinados, dotados de subjetividade, que desafiam uma delimitação mínima para uma precisa aplicação; para que se compreenda que a boa-fé objetiva pode assumir diferentes propósitos, e conservar o mesmo cerne valorativo.

---

[48] Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

[49] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

[50] Conforme esclarece Gomes (2007, p. 44, grifos do autor): O primeiro dispositivo legal a prever a boa-fé no direito brasileiro foi o art. 131, inciso I, do Código Comercial de 1850 *("A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras*"). A doutrina, entretanto, entendeu que a boa-fé nele aludida era subjetiva e não procurou desenvolver a regra contida no artigo, o qual permaneceu praticamente sem aplicação por parte dos tribunais.

[51] Art. 227º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar a outra parte.

As cláusulas gerais dispostas no Código Civil de 2002 representaram um voto de confiança no Poder Judiciário, pois autorizam o intérprete a perseguir o avanço que a literalidade da aplicação do Código de 1916 não garantiu. Deste modo, por meio das cláusulas-gerais o Legislativo confere ao Poder Judiciário uma esfera mais ampla de ação, fundada na lei, porém mais flexível (SCHREIBER, 2013, p. 144); aliás, não só ao Poder Judiciário, e sim, a todos os outros hermeneutas que se depararem com a necessidade de interpretação do Código em vigor.

Rizzardo (2019, *ebook*) propõe uma diferenciação entre probidade e boa-fé expressa que “a probidade envolve a justiça, o equilíbrio, a comutatividade das prestações, enquanto a boa-fé exige a transparência e clareza das cláusulas”. No entanto, a maioria da doutrina trata a probidade como um dos desdobramentos da própria boa-fé objetiva; considerando que esta última é mais ampla.

A boa-fé é princípio com entidade própria no campo do Direito, não se resume ao princípio ético, é princípio jurídico. Desta forma, faz-se necessário que constitua uma realidade viva no âmbito jurídico, que ultrapasse o ponto de vista teórico, e seja visto como um princípio prático na vida jurídica (DURAN, 1988. p. 65). Sabendo-se que a Ciência do Direito presenciou os progressos mais recentes, “como a dogmatização do próprio sistema, por meio da boa-fé, a correção judicial dos contratos injustos ou a revisão da doutrina da impossibilidade têm, no civilismo, o seu ponto de partida e uma guarida segura” (CORDEIRO, 2019, p. 12), cumpre compreender as diferentes acepções em que a boa-fé é tomada.

Wieacker (1977, p. 12) explicita que a boa-fé é uma norma jurídica completa, que se eleva à categoria de princípio geral do direito, já que todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica têm o dever de apresentar bom comportamento com boa-fé nas relações recíprocas.

Rubio (1984, p. 101-102), em sede de direito espanhol, toma a boa-fé objetiva como um princípio geral, e não apenas um *standard* jurídico, por possuir normatividade. Sendo uma norma, mesmo que não tenha sua estrutura formal-técnica bem desenvolvida, impõe certas formas de conduta, já que dela derivam obrigações e consequências jurídicas.

Judith Martins-Costa (2018, p. 516, grifos da autora) explica que a boa-fé objetiva “é norma de conduta na relação obrigacional (norma de direcionamento de condutas), cânone hermenêutico, fonte integrativa e critério (*standard*) corretivo de comportamentos, no momento do exercício jurídico, e corretivo do conteúdo contratual”. Acrescenta que:

> Em todas as situações em que invocável o princípio da boa-fé objetiva, também opera o *postulado fático-normativo da materialidade das situações subjacentes*, com o que hão de ser entrecruzados os critérios de aplicação com as específicas funções ensejadas pelo caso concreto, considerada, ainda, a fase da relação obrigacional concretamente examinada; consequentemente, a determinação da cláusula geral da boa-fé objetiva não há de ser procedida ao modo da aplicação de um princípio geral, mas há de ser procedida em vista da concreta *fattispecie* contratual e das circunstâncias de direito e de fato que a circundam (MARTINS-COSTA, 2018, p. 516-517, grifos da autora).

Cláudia Lima Marques (2016, p. 221-222) atesta também, na mesma direção, que a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo genérico, independente da má-fé subjetiva. É um patamar geral de atuação. Significa uma atuação “refletida”, pensando no outro, na outra parte contratante para que ela seja respeitada, para que seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis e seus direitos sejam considerados, ocasionando uma atuação leal, sem abuso, obstrução e sem causar lesão ou desvantagem excessiva; com cooperação para atingir o bom fim das obrigações, qual seja, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes pactuantes.

Menezes de Cordeiro (2015, p. 1290 e 1299) indica que a boa-fé traduz no caso concreto a projeção de dados materiais que têm relevância para o sistema jurídico, e que deve ser analisada conforme a confiança e a materialidade da regulação jurídica. Como regra de conduta, a boa-fé assegura deveres de proteção, de informação e de lealdade, que nela se pautam, chegando a ultrapassar os valores próprios da contratação. Esses dão corpo à materialidade das situações em jogo, ao ensejar a proteção da confiança e introduzir vetores gerais do sistema nas situações singulares; para que o juiz controle os conteúdos contratuais.

Orlando Gomes trata da boa-fé como princípio contratual (2007, p. 43, grifos do autor), nos seguintes termos:

> O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. Fala-se na existência de *condições subentendidas.* Admitem-se, enfim, que as partes aceitaram essas consequências, que realmente rejeitariam se as tivessem previsto. No caso, pois, a interpretação não se resume a simples apuração da intenção das partes.

A boa-fé objetiva é critério de reciprocidade que deve ser observado nas relações jurídicas entre sujeitos do mesmo grau, com mesma dignidade moral (MOZOS, 1965, p. 47-48), especialmente por se relacionar com o princípio do respeito mútuo, o qual pode ser considerado um dos princípios fundadores da Ordem Ética e vem apresentando importante papel na Ordem Jurídica. O princípio do respeito mútuo comanda a boa-fé e é uma resposta à exigência de coerência racional ou razoável, na medida em que impõe que se trate os outros, da maneira que se espera ser tratado (ROMAIN, 2000, p. 108-110).

Desta feita, de forma definitiva, pode-se afirmar que é indiscutível a carga moral que ostenta a boa-fé objetiva. Da estreita relação entre Moral e Ética, é possível enxergar uma intersecção de preocupações no tocante à garantia de uma convivência pacífica em sociedade, a qual se compatibiliza com os preceitos emanados pelo princípio jurídico da boa-fé. Pode-se dizer, também, que nos códigos civis em análise, nomeadamente o brasileiro e português, a boa-fé objetiva figura como uma das cláusulas gerais do Direito, com conteúdo de padrão geral de conduta e como um princípio.

Fazendo-se, então, uma análise sob a ótica pós-positivista do Direito, em uma perspectiva em que se busca dotar de maior flexibilidade o corpo normativo, mas, ainda assim, manter a segurança jurídica de seus preceitos, as cláusulas e os princípios gerais mostram-se de grande importância para a manutenção da eficácia social do Direito. Justamente por possuírem um conteúdo aberto e indeterminado, são capazes de combater a rigidez normativa, mantendo a constante adaptação às mudanças sociais, e permitindo que se faça uso da progressividade do método hermenêutico histórico para manter os dispositivos legais em permanente atualização.

Dentre as múltiplas funções principiológicas, que ultrapassam o recorte da presente pesquisa, tomando-se o princípio como norma finalística[52], pode-se dizer que a análise do caso concreto pelo hermeneuta, principalmente pelo juiz, deve-se destinar à apreciação das condutas das partes, no sentido de verificar se os atos se aproximam da realização pretendida pela norma da boa-fé objetiva. O comportamento juridicamente válido, não repelido pela norma, é aquele que atender aos objetivos de lealdade e retidão preconizados por ela, para que garanta a concretização dos efeitos jurídicos originalmente pretendidos.

A boa-fé objetiva, como uma cláusula geral, apresenta em seu núcleo um padrão de conduta, bem como requer a aplicação casuística, a variar conforme o tipo de contrato e a fase do processo obrigacional. Cria um sistema que se retroalimenta, pois é verificado o valor da boa-fé objetiva no caso concreto e analisa se ela foi obedecida. Em caso positivo de obediência, o caso concreto passa a configurar uma das hipóteses, um dos desdobramentos possíveis da boa-fé objetiva; a exemplo do *duty to mitigate the loss*[53]*, venire contra factum proprium*[54]*, suppressio*[55]*, surrectio*[56] e *tu quoque*[57] - que são questões concretas que partem da aplicação dessa cláusula geral.

Rodrigues Júnior (2019, *ebook*) afirma que, em grande medida, tanto a boa-fé quanto as suas figuras parcelares, supra referidas, atuaram para suprir deficiências ou insuficiências do sistema de responsabilidade delitual alemão, já que tal sistema só conhece a proteção aquiliana quando se violam direitos absolutos. De modo que houve uma natural tendência a explorar as possibilidades da responsabilidade contratual e nisso a boa-fé terminou por ser determinante.

---

[52] [...] Nesse sentido, as regras consistiriam em normas de conduta, e os princípios em normas finalísticas (ou de tarefas). Fins, como já afirmado, consistem em estados (ou bens abstratos) desejados. Normas finalísticas estabelecem a *realização* (não os fins propriamente) de estados desejados - fins - como *devidos.* O fim é conteúdo imediato das normas finalísticas. O conteúdo mediato consiste nas condutas a serem tomadas para a realização dos fins devidos. Normas finalísticas estabelecem, pois, tarefas (atividades necessárias) que conduzam a fins devidos. Essas normas, contudo, também possuem a conduta humana como conteúdo indireto (ÁVILA, 1999, p. 167).

[53] Dever inerente ao credor, para mitigar as perdas.

[54] Proibição de comportamento contraditório.

[55] Perda da exigibilidade de um direito devido à inércia prolongada do credor.

[56] Surgimento de um direito ou obrigação exigível decorrente da continuada e sucessiva prática de certos atos e ações.

[57] Vedação a beneficiar próprio de sujeito por violação de norma jurídica.

O caráter relacional do Direito, em seu aspecto mais evidente, mostra-se no âmbito dos negócios jurídicos. Eles têm como finalidade a aquisição, modificação ou extinção de direitos. Desta forma, principalmente nos contratos, espécie mais comum de negócio jurídico; e, em especial, nos contratos de prestação de serviço médico, o princípio da boa-fé objetiva mostra-se essencial para o constante resgate dos valores éticos buscados pela Medicina, desde os seus primórdios, e tão necessários para a proteção dos pacientes vulneráveis.

Nesse cenário, Medicina, Ética, Moral, Direito, atuam em consonância, em uma sinfonia em prol da proteção das expectativas legítimas das partes contratantes, criando os chamados deveres anexos, ou seja, deveres laterais ao objeto precípuo do contrato, decorrentes da observância à boa-fé objetiva. A Medicina, a Enfermagem, as biotecnologias, não são as únicas ciências que se transmutam, as Ciências Jurídicas têm o dever e o desafio de serem constantemente modificadas para regulamentar as mudanças que as demais áreas do conhecimento causam no fluxo social. Sendo assim, as cláusulas e princípios gerais são essenciais.

A recíproca inerência, metodológica e conteudística, verificada na relação que ocorre entre as ideias de boa-fé e o Direito, é determinante para que a investigação sobre o assunto seja ampliada, para que não se restrinja ao exame do princípio em bases estritamente civilistas, pois o seu conteúdo deve ser determinado com os valores e princípios constitucionais (NEGREIROS, T., 1998, p. 275-276). Essas cláusulas gerais demonstram a impregnação dos valores assentados nos direitos fundamentais, em toda a ordem jurídica, comprovando que os direitos fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e sobre as relações jurídicas dos cidadãos entre si (KRELL, 1999, p. 250).

Tal acepção evidencia a necessidade de pensar o Direito como sistema, em que os preceitos de ordem constitucional permeiam as relações privadas para garantir que os direitos fundamentais, a exemplo da liberdade e da igualdade, e que o princípio da dignidade humana, realmente tenham eficácia social. Em acréscimo, torna nítida a percepção de que o exercício de direitos é relacional, que não é

absoluto, visto que o indivíduo vai encontrar no direito do outro o limite para a prática do seu direito.

Nessa averiguação de limites, a moralidade juspositivada na boa-fé objetiva mostra-se um relevante vetor interpretativo dos contratos médicos, bem como gera padrões de conduta mais objetivos para os profissionais, cada vez mais se apartando da força incompleta dos preceitos deontológicos que atuam como *soft law*. Acaba por recepcionar o dever deontológico de sigilo médico, como dever anexo, decorrente da boa-fé objetiva, dotando de juridicidade um preceito originalmente ético, assim como reveste de coercibilidade o dever de consentimento livre e esclarecido, dentre outros eminentemente deontológicos na origem.

São objetivos dos deveres de informação e de lealdade dar corpo à materialidade das situações em jogo, proteger a confiança e introduzir em situações singulares, vetores gerais do sistema. Nessa acepção, o juiz habilita-se a controlar os conteúdos dos contratos (CORDEIRO, 1984b, p. 1291). Desta feita, essa fiscalização evidencia que a boa-fé objetiva, ao ser recepcionada pelo Ordenamento Jurídico como princípio geral do direito privado e como cláusula geral, dota de coercibilidade a ética e a moralidade nos negócios jurídicos – os quais são particularmente imprescindíveis nos contratos de saúde.

Sob esse prisma, de modo mais completo, pode-se entender que a boa-fé objetiva serve para suprir, integrar e corrigir o negócio jurídico (MOZOS, 1965, p. 45-46). As funções da boa-fé objetiva, basicamente são resumidas em: fonte autônoma de deveres jurídicos; limite ao exercício de direitos subjetivos; e critério de intepretação e integração dos negócios jurídicos (MIRAGEM, 2016, p. 145). Nos contratos clínicos, deve ser o primeiro padrão geral de conduta com o qual os profissionais e as instituições de saúde devem se preocupar, requerendo constante atualização para que não perca sua eficácia social ao longo das mudanças sociais.

Essa constante revisitação do conteúdo da boa-fé objetiva é especialmente necessária para a ponderação da prática clínica, pois, em face da permanente atualização das ciências médicas devido à interferência das biotecnologias, não se pode compatibilizar uma normatização estática sobre qual procedimento ou atitude por parte dos profissionais deve ser considerado louvável ou não. Por exemplo, os desafios da manutenção do sigilo médico em tempos de processo clínico eletrônico,

em atendimento pluridimensional e multiespecializado, são muito específicos e impensáveis em um passado não tão distante.

Não se pode, então, exigir do sistema positivo uma previsão tão específica de regras a ponto de disciplinar diretamente todos os conflitos inerentes à relação médico-paciente, especialmente todos os dilemas que os direitos de liberdade se contrapõem, quando a autonomia do enfermo colide com o direito de livre exercício profissional, ou com as convicções dos familiares dos enfermos, fator que serve para contribuir para o realce que precisa ser destinado aos princípios e às cláusulas gerais.

Por fim, conclui-se que a boa-fé objetiva abarca no âmbito jurídico os principais valores deontológicos da prática das ciências médicas, e contribui para a conservação dos valores morais nas relações clínicas e hospitalares, inclusive daqueles objetos da tutela do sigilo médico.

5.2 A CONFIANÇA COMO ELEMENTO DA BOA-FÉ OBJETIVA PARA A PROTEÇÃO DO SIGILO MÉDICO

Como Surbled (1940, p. 180) afirma, “violar um único ponto do segredo é acabar com a sua existência: a nossa dignidade e a nossa honra ficam aviltadas e com ela desaparece a fé e a confiança dos doentes; é o fim da medicina”. Em referência ao Juramento de Hipócrates, pode-se afirmar que pelo menos há vinte e cinco séculos a humanidade espera que os médicos cumpram o juramento que fazem ao adentrar a profissão, para que não seja traída a confiança do doente (RUEFF, 2009, p. 65-66).

Percebe-se que não é de hoje que se impera a necessidade de ratificar que a prestação da Medicina e das ciências a ela correlatas só realmente persegue a beneficência se for realizada em uma relação contratual horizontal, à luz da boa-fé objetiva, diretamente incompatível com a prática de concentração de poder excessivo em um dos polos contratuais e com descaso em relação à opinião do enfermo.

Sob essa perspectiva, constata-se que “a natureza fiduciária da relação com o doente não assenta apenas no respeito pela autodeterminação pessoal; repousa, igualmente, na promessa implícita de fidelidade e na sua natureza contratual” (NUNES, 1998, p. 33).

As relações obrigacionais são obrigações jurídicas de uma pessoa perante outra, e podem resultar de diferentes acontecimentos vitais, dentre os quais se destacam: o tráfico jurídico e os danos imputáveis. Tráfico jurídico é a troca de bens, prestações, de coisas e de serviços produzida de acordo com as normas jurídicas e entre pessoas que, a priori, são equiparadas entre si e, fundamentalmente, são efetivadas com a conclusão de contratos. Ao passo que os danos imputáveis são aqueles prejuízos em sentido amplo, compreendendo tanto os danos corporais ou da saúde quanto os ataques à propriedade ou outros danos patrimoniais (LARENZ, 1958.p. 13-14).

Nas relações obrigacionais contratuais, quando em um polo figura o paciente e, em outro, os profissionais e as instituições de saúde, a prestação de serviços pode ser efetuada de modo esporádico ou continuado. Quando se trata de paciente com doença crônica e/ou em fim de vida, os usos do tráfico dessa relação estendida têm especial importância, pois emolduram a confiança a ser estabelecida, e fundamentam as expectativas que são criadas, protegidas pelos deveres anexos.

O ordenamento jurídico não é um mero resultado da lógica, por possuir conceitos e regras que são meios para a melhor regulação das relações da vida e do tráfico. No tráfico, não é sempre possível ao indivíduo fazer uma investigação sobre a essência das coisas, deve se ater à sua aparência externa e confiar nela, pois a segurança do tráfico ficaria comprometida caso não se protegesse a confiança (LEHMANN,1956, p. 203-204). É nessa acepção que, conforme foi comprovado, a boa-fé objetiva atua protegendo o sigilo médico.

De acordo com o que se verificou no primeiro capítulo, a confiança é essencial para a formação da relação entre médico e paciente, bem como torna operacional a prática da Medicina. Sendo um preceito deontológico, concretiza a legitimidade das expectativas de que o segredo clínico será mantido. É devido ao estabelecimento de vínculo de confiança que ocorre a confidência na entrevista

clínica, tão imprescindível para a anamnese. A partir do primeiro contato entre profissional e paciente, mostram-se palpáveis as expectativas de que o segredo médico será mantido. Este dever, além de ser ético, é jurídico, pois decorre do direito da personalidade à intimidade, sendo baseado no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ora, se o direito à saúde é um direito fundamental, tanto na Constituição do Brasil quanto conforme a Constituição portuguesa, pode-se afirmar que a confidencialidade é requisito para que o direito à saúde alcance a eficácia social. A boa-fé objetiva contribui para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade relacionados à privacidade, e dos direitos fundamentais à saúde, à vida e à liberdade.

Pode-se, pois, afirmar que a coercibilidade da exigência da proteção da confiança para além do âmbito de ética aplicada, é obtida com fundamento na boa-fé objetiva. Desta feita, a confiança que consta no cerne do conceito da boa-fé objetiva tem um caráter distinto da confiança como princípio bioético. No âmbito da responsabilidade civil, ela não é apenas uma recomendação, não é uma abstração tão intangível a ponto de não se precisar quando é respeitada. A confiança é objeto e fundamento da boa-fé objetiva, e contém a coercitividade que é inerente a ela.

É certo que a confiança tem um lugar na ordem moral, mas não se pode pretender encontrar nesse âmbito fórmulas concretas de compor litígios (CORDEIRO, 2015, p. 1241-242). Esse é o primordial fator característico de diferenciação do princípio da confiança como conteúdo da boa-fé juridicamente protegido, e a confiança como conteúdo valorativo protegido, via deontologia, por meio do dever de sigilo médico.

Desta feita, o princípio da confiança é o conteúdo material da boa-fé, e sua evolução histórica e doutrinária foi conturbada a tal ponto que veio a se aproximar do próprio conceito de boa-fé; seu regime jurídico tende para a preservação da posição do confiante, ou no dever de indenizar. Na verdade, “a aproximação entre confiança e boa-fé constitui um passo da Ciência Jurídica que não mais se pode perder. Mas ele só se torna produtivo quando, à confiança, se empreste um alcance material que ela, por seu turno, comunique à boa fé” (CORDEIRO, 2015, p. 1241; 1249; 1298-

1299). Mostra-se, então, uma preocupação em tornar a confiança tangível e eficaz, afastando-a da mera abstração sem aplicação.

Menezes de Cordeiro (2015, p. 1234) esclarece que a confiança exprime a situação na qual uma pessoa acaba por aderir a certas representações, em termos de atividade ou de crença, que acreditem ser efetivas; de forma que o princípio da confiança representa o reconhecimento e a tutela dessas representações. O autor antemão rejeita a amplidão da acepção de “aparência” contida no direito alemão, para reduzir o seu objeto às aparências que tenham repercussões humanas, embora elas não sejam necessárias para provocar a adesão às representações que são o cerne da boa-fé. Mostra-se um posicionamento consoante com Lehmann (1956, p. 203-204), segundo o qual em sede de boa-fé, deve-se levar em conta que a confiança na aparência jurídica não deve ser protegida como uma certeza cega, necessita de um fundamento objetivo.

Tendo em vista que a liberdade não é pensável sem vinculação, posto que a liberdade de um sempre tem que ser conciliada com a de outro, e que a igualdade jurídica é necessariamente sempre referencial, encontrando os seus limites nos direitos dos outros sujeitos de direito (CANARIS, 2006, p. 40). No âmbito de responsabilidade civil, o respeito à confiança encontra-se no rol de limites do exercício da liberdade dos contratantes e, em caso de inobservância, é passível de responsabilização.

A reciprocidade de aplicação do princípio da boa-fé e o binômio liberdade-responsabilidade figuram ainda mais como palpáveis e constantes nas relações clínicas, pois, como se viu, é indispensável que se estabeleça um vínculo pautado na confiança para que a prestação do serviço de saúde seja eficaz. Ao mesmo tempo que quanto maior for a grau de informações prestadas no uso da liberdade do paciente, maior será a responsabilidade pela manutenção da confidencialidade por parte dos profissionais. O objetivo precípuo da responsabilidade civil nesse contexto é inibir as práticas atentatórias contra a confiança, eventuais reparações ou conversões em perdas e danos são desdobramentos possíveis, mas não ideais.

No tocante à igualdade jurídica, considerada no contexto da imposição de limites para o exercício de direitos subjetivos, Wieacker (1977, p. 20) explicita que o direito subjetivo deve ser exercido conforme a confiança e a consideração

depositada pela a outra parte no titular, dentro do que se pode pretender segundo a vinculação especial entre elas. Sob esse prisma, cumpre destacar que:

> A proteção da confiança, conquistada num labor periférico e disperso, revela, no conjunto, **um dos prismas múltiplos das exigências da igualdade:** o de que, ao fazer corresponder a situações diversas saídas diferentes, se tenha em conta o condicionalismo do exercício, com atenção particular aos elementos de crença legítima e de previsibilidade que, ao caso, se acolham (CORDEIRO, 2015, p. 1276, grifos nossos).

Tomando-se a relação jurídica no sentido de conjunto das consequências jurídicas que fluem de uma relação entre duas pessoas ou de uma pessoa com a coisa (TUHR, 1998, p. 129), bem como considerando que em uma relação jurídica contratual comum é normal que se tenha uma grande pretensão de comportamento e intenções corretas em relação à parte contratante, pode-se asseverar que tais expectativas se alargam, em grande escala, quando no outro polo relacional está um profissional da saúde, especialmente um médico – que tradicionalmente é visto como um benfeitor dos que padecem devido a um comprometimento em sua saúde.

A relação estabelecida entre médico-doente é relação pessoal típica, em que há uma regra de comportamento, um critério de ação que não varia de país em país, nem de tempo em tempo. Há várias relações típicas entre médico-paciente: a) médico privado – não cobra honorários, é amigo do paciente ou da sua família; b) médico particular – tem grande proximidade com o doente, mas exerce atividade de modo remunerado; c) médico de hospital, de clínica, de Centro de Saúde, de Caixa de Previdência, de Companhia de Seguros – estabelece com o doente uma relação social constituída, não estável e nem duradoura; d) médico que atende, em situação de emergência, uma pessoa em rua ou lugar público, entre outras (VASCONCELOS, 2002a, p. 191 et 195).

Seguindo essa linha de pensamento, e com base no posicionamento de Beltrão (2014a, p. 4765-4766, grifos nossos), cumpre atentar que nem sempre a relação entre médico e paciente deverá ser considerada consumerista:

> Apesar da existência de decisões dos Tribunais Superiores do Brasil apontando a relação médico-paciente como uma relação de consumo **não se deve tratar esse entendimento como uma regra geral,** pois, diante da diversidade de serviços fornecidos pelo médico, a

> relação jurídica médico paciente ora se encaixa como uma relação de consumo, e ora se apresenta como um contrato atípico que envolve uma relação personalíssima.

O pensamento supracitado já serviu de marco teórico para pesquisa anterior, na qual se concluiu que:

> Verifica-se que a delimitação da natureza jurídica da relação médico-paciente como sendo contratual, **regida em regra pelo Código Civil**, o qual pressupõe o pacto entre iguais, faz com que se priorize uma relação horizontal de poderes entre os partícipes, de modo que se constata que o fato de haver uma vulnerabilidade fática dos pacientes terminais não implica inexistência de capacidade para consentir (...) mas, pelo contrário, reforça a necessidade de se estimular a preocupação do Direito na consagração dos direitos de liberdade do paciente terminal, legitimando a prática da sua autonomia. Nesse contexto, a aplicação das normas de Direito do Consumidor causaria mais prejuízos e acarretaria o risco de, com base na doutrina da vulnerabilidade jurídica, criar-se-á uma imagem excessivamente vitimizada dos enfermos, de modo que colocaria os seus poderes de discernimento em risco de não serem efetivamente respeitados (MENEZES, R., 2015a, p. 64-65, grifos nossos).

Desta feita, a vulnerabilidade multifacetada apresentada pelo paciente, especialmente em fim de vida; a aplicação da boa-fé objetiva; a proteção da confiança como princípio jurídico; são aplicadas às relações clínico-hospitalares, sem que, com isso, se afirme que em todas as relações será aplicada a lógica consumerista. Há hipóteses em que sim, configurará relação de consumo, mas a regra é que o trato personalíssimo, à luz da exaltação da autonomia e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, a relação jurídica privada seja regida por Direito Civil. Em ambas e nas demais hipóteses, a boa-fé objetiva e a respectiva proteção da confiança terão destaque por terem aplicação geral nos negócios jurídicos, ou seja, independentemente da variação do tipo de relação, verifica-se alto grau de necessidade de preconização da obediência à moralidade e à confiança.

Sob esse prisma, é válido o questionamento acerca se é necessário que seja preconizado o óbvio, se realmente é preciso haver disposição positiva, em sede de Direito Civil, para impor a honestidade nas relações jurídico-clínicas; perguntar, também, se o ímpeto da Moral já não basta para que seja garantida uma boa conduta dos contratantes; se tal dever já não é suficientemente regulamentado nos diplomas de Ética Médica, a ponto de garantir uma idônea execução dos contratos

de prestação de serviços da saúde; e, ainda, se a aplicação da boa-fé objetiva nas relações entre médico-paciente pode ser considerada mais imprescindível se comparada com a aplicação a outros contratos de serviços profissionais.

O contrato tácito efetuado entre a sociedade e os médicos, ao conceder a estes a liberdade de atuar como profissionais, na perspectiva de Antunes (2003, p. 99) é fundamentalmente moral, e pressupõe que haja um contínuo aperfeiçoamento científico e técnico, assim como uma reflexão ética correlativa; ressalta, ainda, que a sobrevivência da profissão depende de se exercer essa liberdade para cumprir um serviço, e não para garantir um privilégio.

Nessa acepção, o espírito altruísta dos profissionais da saúde não significa que eles não queiram ou não devam receber uma contraprestação por seus serviços, mas quer dizer que o interesse próprio deles não deve se sobrepor ao do cidadão-paciente. Na prática profissional, devem seguir condutas que expressem uma ética profissional, com mais rigor em relação ao que é exigido da população em geral, como também com rigor superior ao das leis e regulamentos laborais gerais (AUBIA, 2004, p. 147).

Essa imposição de maior rigor no controle dos valores perseguidos ou preservados com a prática clínica está ligada ao fato de que se trata de uma relação que tradicionalmente foi desenvolvida de forma vertical, com o paciente em situação de inferioridade. Deve-se, também, à questão de que é incontestável que a atividade clínica tem potencialidade de causar graves riscos aos direitos humanos dos pacientes – direitos defendidos tanto no âmbito internacional quanto proclamados em sede constitucional e infraconstitucional interna.

Desta forma, os organismos profissionais fornecem orientações bastante claras sobre as obrigações de confidencialidade e, em caso de ausência de legislação satisfatória sobre o assunto, quando ocorre dúvida, os tribunais tendem a assegurar que a lei coincida com orientação profissional (HERRING, 2016, p. 243).

É preciso a adaptação dos princípios éticos tradicionais, para que contemplem a imprescindível atuação em equipe; os compromissos do médico na organização complexa na qual trabalha; a necessidade de haver processos deliberativos adequados que conduzam a decisões prudentes, apartados de critérios

morais com perspectivas monolíticas; sua incorporação à gestão clínica eficiente; o consenso na utilização de guias clínicas ou protocolos; a permanente atualização dos conhecimentos na busca pela excelência, entre outros (SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, 2006, p. XXII). Nesse sentido, também deve ser permanente a atualização do Direito, para dotar de imperatividade, de inevitabilidade, de coercibilidade os preceitos éticos, fazendo com que a confiança seja vista como princípio jurídico.

Conforme comprovado, há uma congruência entre a finalidade principal da confiança, como princípio deontológico, e a confiança como conteúdo da boa-fé objetiva – proteger as expectativas de lealdade e de privacidade, por meio da manutenção do sigilo médico. No âmbito da responsabilidade civil, mais precisamente da boa-fé objetiva, a confiança dota de maior exigibilidade, bem como maior concretude prática o preceito deontológico de igual vertente. Nas relações entre paciente, profissionais e instituições de saúde, tanto de natureza cível quanto consumerista, a confiança terá igual importância, por ter aplicação à generalidade dos contratos.

5.3 A TEORIA SOCIAL DOS CONTRATOS E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTOS DO DEVER DE SEGREDO MÉDICO

A base humanitária dos princípios do Direito Privado é distanciada de uma percepção utópica, porém é aproximada de um esforço para a concretização prática dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares. Eles têm especial importância nos tratos entre os enfermos e os profissionais de saúde, pois são normas com alta carga valorativa que se contrapõem às regras postas da teoria contratual, e à dinâmica médica tradicional, vertical, em que o médico estava em situação de superioridade hierárquica em relação ao paciente.

Os fins da Medicina definem as obrigações morais, as virtudes, os deveres e os princípios que constituem a Ética Médica (PELLEGRINO, 1999, p. 63), mas os preceitos dessa ética dispostos nos diplomas especializados não são capazes de ter a imperatividade da norma jurídica *stricto sensu*, o que faz com que seja de grande

importância, assim como é imprescindível a idônea execução dos contratos de prestação de serviços da saúde, pautada na boa-fé objetiva.

"O Direito é hoje capaz de realizar a anatomia da relação clínica, compreender a sua fisiologia e procura atuar em casos de patologia. E o grande instrumento que permitiu esta intervenção do direito foi o contrato" (PEREIRA, André, 2004, p. 30-31). A compreensão de que os contratos são formados pelo acordo entre as partes é derivada do Direito Romano. Na época da República, foram desenvolvidos contratos que não se formavam por meio de palavras mágicas ou atos ritualísticos, apenas por acordo de vontades, baseados na ideia de *bona fides*, (CHIUSI, 2007, p. 21).

Mesmo adiante, a fase da teoria liberal clássica dos contratos defendia uma aplicação irrestrita e literal dos princípios clássicos da autonomia da vontade – englobando a liberdade contratual e liberdade de contratar – e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda),* priorizando a discricionariedade dos contratantes e a segurança jurídica do conteúdo que fora acordado, esquivando-se de analisar, no campo da eficácia dos negócios jurídicos, os efeitos sociais do conteúdo de tais pactos.

É por tal razão que, em contraposição à concepção liberal clássica dos contratos, emerge a teoria social dos contratos, fazendo com que os negócios jurídicos sejam dirigidos por uma liberdade limitada aos preceitos de ordem pública; interpretados por cláusulas abertas e conceitos indeterminados. Tal acepção estimula que em todas as fases contratuais – pré-contratual, contratual e pós-contratual – os efeitos dos pactos sejam analisados com base nos contratantes como partes inseridas na sociedade, transmutando o viés de cunho individualista das partes contratuais, para o viés de indivíduo-social, sem que implique em desconsiderar a vontade aplicada no plano negocial.

Partindo do pressuposto de que a relação obrigacional pode ser tida como um sistema de processos, nos sistemas em que o nexo causal possui relevância, Clóvis Silva (2008, p. 21-24 e 42) atenta para a importância atribuída aos princípios gerais, em especial da autonomia e da boa-fé, e para a divisão da relação em fases, a saber, a de nascimento, desenvolvimento e adimplemento. Acerca da relevância principiológica, destaca a função harmonizadora do princípio da boa-fé, atrelado aos

valores éticos, de modo a ponderar o positivismo jurídico baseado na máxima *do pacta sunt servanda*, para assegurar que o negócio jurídico possa ser revisado em determinadas circunstâncias evitando, assim, a impossível e impraticável subsunção mecânica.

A moral autônoma, assim como a ética superior e religiosa, tem a pretensão de conter normas de validade absoluta, tanto para os indivíduos quanto para os membros da comunidade que a seguem, sua exigibilidade reside no dever de amor ao próximo, humildade, verdade. A moral ou ética social, por conseguinte, é destinada às relações sociais, ao comportamento dos homens com os demais e à realização dos valores comunitários de convivência justa e pacífica. Esta última dirige-se aos fins de diligência, boa-fé, confiança, altruísmo, consideração ao próximo, sacrifício de bem pessoal para o bem comum, não exige amor ao próximo, mas o respeito (BENAYAS, 1976, p. 244).

As restrições que as leis e teorias modernas introduzem ou pretendem introduzir na liberdade contratual ou na rigidez da força obrigatória das convenções não conseguem destruir o princípio básico da contratação, tampouco diminuem a importância social e econômica dela. O direito privado individual subsiste e subsistirá sempre, ao passo que a contratação e o progresso têm seguido na história uma curva ascendente e paralela (TOBEÑAS, 1933, p. 19).

Nessa perspectiva, pode-se veemente afirmar que a teoria social dos contratos não tem o fito, nem o poder, de aniquilar a autonomia privada em sua aplicação nos contratos, na modalidade de autonomia da vontade, tampouco busca suprimir, em uma escala mais larga, o direito individual privado. A aplicação das cláusulas e princípios gerais, em especial da boa-fé objetiva, dota de racionalismo ético a contratação, impondo uma preocupação com as expectativas alheias e com os reflexos jurídicos e sociais das consequências de tal ato.

Os princípios que regem a matéria da responsabilidade civil são praticamente os mesmos nos países de civilização moderna, por refletirem os fundamentos baseados no direito romano, que inspiram ainda o direito dos povos modernos, de modo que o direito inglês não se difere do português nesse ponto (COELHO, 1936, p. 52). Da mesma forma, não há distinção no direito brasileiro.

A boa-fé transforma o contrato em instrumento de solidariedade, fazendo um paralelo. Pode-se asseverar que assim como o *trust* pode ser considerado a principal criação dos Direitos anglo-saxônicos, a boa-fé é reflexo do novo modo de ser do Direito continental. Com isso, apresenta-se como similaridade a confiança que se coloca no próximo e nas exigências que são feitas, proporcionando uma íntima colaboração, justaposição de interesses e harmonização de vontades (CAMPOS, 2013, p. 994).

A teoria social dos contratos mostra-se consoante com o a teoria do ganha-ganha utilizada no Marketing, segundo a qual os dois lados envolvidos em um conflito buscam uma solução que seja mutuamente benéfica. Como a ideia de solidariedade contratual é mais ampla, busca a utilização dos instrumentos contratuais não apenas para resultar em efeitos benéficos, louváveis, esperados para as partes contratantes, mas também objetiva, em uma perspectiva macro, resultar em benefícios para toda a sociedade, mesmo que de modo indireto. Mostra-se, pois, a tendência de adequar as disposições autônomas aos efeitos sociais pretendidos em uma visão global.

Sob esse prisma, pode-se constatar que a visão social dos contratos apresenta grande influência da moral ou ética social, e tem grandes propósitos práticos na prática da Medicina. Se por um lado há modalidades de contratação em que há uma paridade mais aproximada entre as partes contratantes, paciente e médicos e instituições de saúde, nas quais para a contraposição ao paternalismo clínico é preciso exaltar a autonomia do paciente, conforme a sua capacidade para consentir, há casos em que é impensável o elogio à autonomia da vontade, sem limites, pois ampliaria a vulnerabilidade dos pacientes. Desse modo, o papel de limitador da autonomia da vontade, exercido pela boa-fé objetiva é de suma importância por ensejar a necessidade de reflexão prévia à ação individual.

Partindo-se do pressuposto de que o respeito pela autonomia individual é uma das bases da ética deontológica, por ser a única via para a universalização de uma prática virtuosa (ARAÚJO, 1999, p. 9-10) que, por meio da boa-fé objetiva, preconiza o dever de colaboração, como uma extensão da solidariedade que atinge as partes e o contexto em que o contrato se firma e produz efeitos (FACHIN, 2015, p. 70-71), é possível expressar que a colaboração do doente no processo de tomada

de decisão de saúde, assim como a consequente liberdade contratual, só são plenas quando são esclarecidas. Ou seja, é essencial que o paciente tenha acesso, na medida da sua compreensão cognitiva, às informações de saúde que lhe cabem. Pode-se, então, asseverar que para a garantia da eficácia social do princípio da boa-fé nos contratos de prestação de saúde, é imprescindível a divulgação, a implementação e o aprimoramento do consentimento informado.

Sabendo-se que a análise objetiva da capacidade jurídica não permeia a aferição da capacidade para consentir, já que esta última é mais complexa, concerne às competências intelectuais de compreensão sobre as enfermidades e tratamento, variando conforme o nível de abstração da informação e o nível de dificuldade da decisão (MENEZES, R., 2017, p. 51 e 47). É oportuno afirmar que a capacidade para a tomada de decisão é intrínseca a cada pessoa e é resultado de uma construção gradativa e individual, o que dificulta precisar o momento exato em que se consegue atingir a capacidade plena, devido à subjetividade do processo (CELICH; GOLDIM, 2009, p. 130).

Nessa acepção, pode-se dizer que o consentimento informado deve ser destinado a todos os pacientes, independentemente da capacidade jurídica do enfermo, importando, na verdade, o grau da capacidade para consentir que o doente apresenta. O processo do consentimento informado é materializado nos termos de consentimento livre e esclarecido, instrumentos utilizados para cientificar os doentes sobre os riscos e benefícios esperados das manobras clínicas a serem realizadas, opções de tratamento disponíveis, e possíveis riscos que envolvem cada uma das escolhas a serem feitas pelo paciente.

O consentimento é uma projeção no âmbito concreto das relações médicas da liberdade, sendo um valor superior do ordenamento jurídico, assim como uma manifestação do respeito à dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. O reconhecimento da dignidade no âmbito da Medicina supôs uma autêntica revolução na concepção clássica das relações médico-paciente, convertendo o paciente de mero enfermo em sujeito de direitos (MARTÍNEZ, 2005, p. 7). Como informação é poder, e como o compartilhamento de informações é inevitável no âmbito de decisões compartilhadas, a doutrina jurídica do consentimento informado é a mais importante tanto na relação médico-paciente,

quanto no tratamento em instituições de saúde. Sua importância não é apenas devido às suas implicações para o poder e responsabilidade, mas também tem relação com o fato de que muitos dos outros direitos que os pacientes têm são derivados ou reforçados pela doutrina do consentimento informado (ANNAS, 1989, p. 83).

O direito à informação inerente ao paciente não se funcionaliza apenas no exercício do consentimento. Como a informação da saúde é elemento fundamental da identidade da pessoa, pois importa para a tomada de consciência da pessoa sobre a sua situação atual e seu futuro, ao paciente assiste o direito de conhecer a informação, mesmo que não esteja em causa a prática de qualquer intervenção médica (ESTORNINHO; MACIEIRINHA, 2014, p. 280). Desta forma, pode-se frisar que, no âmbito dos contratos, a boa-fé significa igualdade comutativa, a ponto de se defender que um contrato poderia ser rompido caso uma das partes traísse a outra, ou não cumprisse o dever de informação (ROMAIN, 2000, p. 112), bem como qualquer outro dever imposto pelo princípio.

Forma-se, então, uma corrente que tem como base a proteção da dignidade da pessoa humana, a partir da qual se preceitua a cláusula aberta da boa-fé objetiva que, ao ser materializada em um contrato de prestação de serviços de saúde, resulta no dever de prestar informações ao paciente e, posteriormente, deságua no consentimento livre esclarecido do qual decorrem outros direitos dos pacientes, a exemplo da autonomia, do sigilo, entre outros, cujo exercício engloba o posicionamento acerca da extensão desse segredo em relação aos dados do processo clínico.

Pode-se dizer, então, que o processo do consentimento livre e esclarecido transparece o respeito pela boa-fé objetiva, e é dela decorrente. Ao preconizar que não deve ser quebrado o elo de confiança entre médico-doente, obriga o profissional de saúde a:

a) Respeitar o paciente como agente autônomo, dentro das suas limitações fáticas, enxergando-o, por consequência, como parte contratante dotada de autonomia da vontade;

b) Não apenas informar, pró-forma, o paciente sobre o seu quadro clínico, mas compartilhar de forma didática, compatível com o nível de instrução do paciente em atendimento – ou seja, compreensível para uma pessoa leiga, quando for o caso – as opções que se fazem presentes naquele atual estado da Medicina; e as possíveis consequências benéficas e maléficas;
c) Buscar ser o mais sincero possível no fornecimento e esclarecimento de informações;
d) Colocar seus objetivos pessoais e profissionais em relação àquele tratamento em segundo plano, dando prioridade às decisões individuais do doente vulnerável, para garantir que este não seja usado como um meio para uma "evolução" científica, mas como um fim em si mesmo;
e) Atentar para o viés humanitário da prestação de serviço da saúde, mesmo que as situações de trabalho não sejam as ideais; mesmo que a escala de produção de serviços e a cobrança das instituições por produtividade assolem o cotidiano do seu ofício; e por mais impessoais que gradativamente se tornem as relações, com fácil e célere substituição de um profissional, com a simples transição da escala de plantão.

Sendo assim, a teoria social dos contratos, focada nos efeitos dos contratos na sociedade e à procura de um equilíbrio social, destaca o papel da lei como limitadora e legitimadora da autonomia da vontade, com a imposição de um novo paradigma, a boa-fé objetiva, e com o direito de propriedade eficazmente limitado pela função social (MARQUES, C., 2016, p, 216-217). A necessidade da boa-fé objetiva decorre da falência do negocialismo civil, que deságua nos deveres de proteção, de informação e de lealdade, que reforçam a materialidade obrigacional, de modo que o juiz fica habilitado a controlar os conteúdos contratuais à luz desses deveres acessórios (CORDEIRO, 2015, p. 1290-1291); ação que é essencial nos contratos que envolvem prestação de saúde.

Barboza (2004, p. 10) afirma, quanto à relação médico-paciente, que os entendimentos construídos para os negócios jurídicos sobre autonomia da vontade assumem caráter supletivo, devido à necessidade de se interpretar o consentimento e a autonomia da vontade com base na dignidade e nos direitos fundamentais e da personalidade.

Ao ser realizada uma análise teleológica do pensamento da autora, no caso, consegue-se entender que tal afirmação tem o fito de alertar para a especificidade da modalidade de negócio jurídico sendo o contrato que tem como objeto a prestação de serviços de saúde. Assim, é possível defender que não é necessária uma aplicação supletiva dos preceitos básicos da teoria dos negócios jurídicos acerca da autonomia da vontade, basta que sejam aplicados em conformidade com a teoria social dos contratos, verificando-se o grau de assentimento da parte contratante, e o quão livre e autônoma foi a declaração de vontade expressada. Desta feita, ao circunscrever em seu âmbito uma correta aplicação da boa-fé objetiva, a teoria social dos contratos preconiza uma análise menos literal e mais contextualizada das declarações de vontade expressas no instrumento contratual.

Em um mundo ideal, poder-se-ia dizer no contrato de prestação de serviço de saúde: a vontade do médico seria a de curar ou, na impossibilidade de cura, minorar o sofrimento do enfermo; que a vontade dos hospitais, clínicas e demais instituições de saúde, seria a de fornecer os subsídios e a estrutura necessária para a atividade dos médicos e dos demais profissionais da saúde, em troca da contraprestação pecuniária; e que a vontade do paciente seria a de buscar a cura e/ou a minoração dos seus sintomas, ou seja, seria possível afirmar, em um cenário ideal, que existiriam vontades convergentes, em prol de um bem maior, da normalização do quadro clínico do paciente vulnerável.

Entretanto, como a realidade é bem diferente da utopia, conforme é oportuno verificar no quantitativo de ações em trâmite envolvendo tais prestações de serviço, não se mostra excessivo, tampouco desnecessário, preconizar a boa-fé objetiva, para garantir que o intuito lucrativo não se sobreponha aos deveres de eticidade e de assistência que permeiam, tanto por imposição moral, ética ou jurídica, os serviços da saúde.

Sob a ótica capitalista, a manutenção prolongada do internamento e do prolongamento do uso de aparatos hospitalares no paciente particular, mesmo quando não há possibilidade de cura, interessa financeiramente às instituições de saúde. Nota-se que, para o paciente dependente do sistema público de saúde, a manutenção do seu internamento, no tempo de vida que lhe resta, é contestada. Essa realidade faz com que muitos hospitais não sejam mais vistos como um refúgio

seguro, mas como uma empresa que necessita da manutenção prolongada dos doentes para a garantia dos seus lucros (MENEZES, R., 2015b, p. 83). É reforçada a necessidade de adoção da boa-fé objetiva de eficácia social no âmbito dos contratos de saúde.

Ademais, o fato de os hospitais terem começado a integrar os seus serviços com os dos médicos, geralmente contratando grupos de médicos como empregados dos hospitais, resultando em um controle diretivo maior por parte dos médicos ao canalizar para os hospitais os pacientes particulares daquele profissional, nos casos em que fosse necessária uma hospitalização (PHELPS, 2003, p. 297), fez com que a impessoalidade figurasse como uma tendência nas relações de saúde, o que tornou mais urgente e indispensável a busca pela retidão no comportamento clínico.

Na perspectiva da aplicação da boa-fé objetiva, comprova-se, pois, a importância das barreiras que resultam na relatividade dos direitos individuais, de modo a garantir, ou pelo menos tentar assegurar, que a autonomia da vontade de uma das partes contratantes não seja exercida de forma exacerbada, valendo-se da hipossuficiência ou da vulnerabilidade da outra parte para majorar seus benefícios.

No caso dos contratos médicos, a boa-fé objetiva ao preconizar a idoneidade das tratativas, acaba por contribuir de forma essencial para que haja ambiente para a autonomia do paciente; para o respeito à sua individualidade e dignidade; para que a busca pelo ganho que se procura precipuamente obter nesse tipo contratual, a cura ou a melhora dos sintomas, não implique aos enfermos em renunciar aos seus direitos de personalidade e direitos fundamentais.

No rol dos direitos da personalidade, a intimidade é o que mais comumente é transgredido quando ocorre uma eventual desobediência às expectativas morais defendidas pela boa-fé objetiva, quando ocorre a frustação das expectativas de confiança. Nesses termos, pode-se sedimentar o pensamento de que:

a) O direito da personalidade à intimidade protege em seu seio o princípio da dignidade da pessoa humana;
b) A sua aplicação na relação médico-paciente requer que previamente tenha sido estabelecida uma relação de confiança, sem a qual não é possível operacionalizar a prestação do serviço de saúde;

c) O dever de proteção dessa confiança é materializado no direito ao segredo médico; direito este com origens nos diplomas deontológicos e, atualmente, facilmente enxergado, nem que seja implicitamente, nos ordenamentos jurídicos humanitários;
d) O dever de sigilo médico, na maioria das hipóteses, demonstra uma necessidade de ser mais incisivo e atuante que o segredo profissional generalista, dada a fragilidade e a importância dos direitos e valores com os quais os operadores da Medicina constantemente lidam; em especial, o direito à saúde, o direito à vida, o direito à integridade física e moral, o princípio da dignidade, entre outros;
e) Ao constatar que o segredo médico tem o fito de resguardar as expectativas morais que foram depositadas pelo enfermo - parte vulnerável da relação, quando não se predispôs a abdicar do direito irrenunciável à intimidade para que pudesse ter acesso à cura ou ao tratamento da sua enfermidade – verifica-se que há uma intersecção de propósitos entre o direito ao sigilo e a aplicação da boa-fé objetiva nas relações clínicas, no sentido de buscarem, por parte dos profissionais da saúde, comportamentos moralmente louváveis, leais, corretos e honestos; diretamente incompatíveis com a publicização dos dados sensíveis contidos no processo clínico ou abstraídos pelos médicos e demais profissionais, devido aos seus conhecimentos e experiências;
f) A boa-fé objetiva aplicada nas relações entre médico-paciente não tem o intuito e nem consegue inviabilizar a prática profissional, pelo contrário, apenas a compatibiliza com os preceitos de outra ciência, que se faz presente, mesmo que de forma indireta, no dia a dia clínico, o Direito;
g) Desta forma, constata-se uma correlação íntima existente entre o direito ao segredo médico e a boa-fé objetiva; e mostra-se que apesar de a boa-fé objetiva ter outras consequências sociais e jurídicas, a exemplo do dever de informação, a manutenção do sigilo é a medida que mais torna evidente tanto tal conexão, quanto à congruência de valores que são protegidos por eles.

Desta feita, o núcleo da ideia de segredo médico persiste inquestionado nos planos cognitivo da elaboração categorial, do reconhecimento da sua eminência antropológica-axiológica e da sua valência ética ou jurídico-normativa, mas há a contingência e a insegurança na experiência médica contemporânea, visto que as

respostas normativas não aparecem no mesmo ritmo das mudanças (ANDRADE, Manuel da C., 2008, p. 175-176), por tal motivo é que se faz imprescindível a construção interpretativa à luz dos princípios, especialmente, da boa-fé.

Como o movimento de positivação e consolidação legislativa e prática dos direitos dos doentes tem sido lento, sinuoso e desprovido de uma orientação global (PEREIRA, André, 2014, p. 130), a presença das cláusulas gerais contidas na teoria geral do Direito Civil, em especial da boa-fé objetiva, desempenha importante papel integrador e supletivo de lacunas legislativas. Tais cláusulas fazem com que a ausência de disposição expressa em lei que especifique um direito ao sigilo médico, seja suprida por meio da função construtiva e integradora dos princípios, sem que tal direito reste desprovido de coercibilidade.

Pode-se concluir que é plenamente defensável a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos de prestação de serviços médicos – independentemente da modalidade de contratação; que a teoria social dos contratos desempenha importante função em prol da eficácia social dos valores perseguidos pela Ética Médica; e que a presença da boa-fé objetiva protege o princípio da confiança, sem o qual não se operacionaliza o trato médico.

Em acréscimo, tem-se que as disposições morais e éticas são importantes, porém insuficientes do ponto de vista imperativo, pois o sigilo profissional é relevante em todos os âmbitos de atuação. Entretanto, o sigilo médico requer uma cautela a mais em razão dos valores e direitos que maneja, assim como a prestação da Medicina e das demais ciências da saúde alcançam a beneficência quando protegem os direitos embasados na dignidade, em especial, o direito à intimidade, correlato ao direito ao sigilo médico.

5.4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DO SIGILO MÉDICO À LUZ DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

No âmbito da coercibilidade juspositiva do dever de boa-fé objetiva nos contratos médicos, é essencial o instituto da responsabilidade civil, em especial, a aplicação da teoria da violação dos deveres anexos, derivados do mister de

lealdade, em todas as fases contratuais, também denominada de violação positiva do contrato.

Trata-se da teoria que originalmente surgiu no Direito alemão, tendo como principal expoente Karl Larenz (1997), mas que chegou a ter desdobramentos de forma autônoma no Brasil e em Portugal. Pode ser atualmente apontada como mais um subsídio de grande valia para perseguir a observância do sigilo médico na prática clínico-hospitalar, baseando-se no dever de boa-fé objetiva, sob pena de responsabilidade civil fundamentada na violação desse princípio geral.

De forma genérica, pode-se dizer que o termo responsabilidade tem a acepção de dever jurídico sucessivo, sendo a responsabilidade civil uma espécie de gênero de responsabilidade jurídica. Sabe-se que a responsabilidade civil emerge do descumprimento de uma obrigação materializada em contrato ou norma jurídica que regula a vida, pois o ato jurídico ilícito é todo aquele decorrente de ação ou omissão humana contrária ao Direito.

Parte-se de tais pressupostos para afirmar que, enquanto a responsabilidade penal tem caráter repressivo às condutas tipificadas como crimes ou contravenções, a responsabilidade civil tem como objeto o comportamento danoso de violação perante um sistema jurídico prévio, e é em relação a tal ato, omissivo ou comissivo, que busca a reparação.

No Código Civil brasileiro, de 2002, o instituto da responsabilidade civil é regulamentado no Título IX, a partir do artigo 927;[58] e no Código Civil português, na Secção V, a partir do artigo 483.[59] Em ambos os diplomas, a interpretação gramatical remete à conclusão de que, em regra, é adotada a culpa como requisito para a reparação cível.

Consoante o sistema clássico da responsabilidade civil, são requisitos para a sua configuração, a existência de conduta – omissiva ou comissiva; dano; culpa; e

[58] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[59] Artigo 483.º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

nexo causal que ligue o primeiro requisito ao segundo. Os filtros ou requisitos tradicionais de responsabilidade civil vêm sendo contestados, tanto na jurisprudência quanto na doutrina. No Brasil, destaca-se Anderson Schreiber (2015) com a tese da erosão dos filtros de reparação. No direito francês, salienta-se André Tunc (1989), elencando os motivos contrários à culpa como requisito de responsabilidade.

A responsabilidade civil contratual difere da responsabilidade extracontratual delitual. Nesta, o objeto do instituto é a reparação de um dano ilegalmente causado por uma pessoa, fora de uma relação contratual, em um cenário no qual, na maioria dos casos, a vítima e o autor são desconhecidos entre si até a ocasião do ato danoso, ao passo que a responsabilidade contratual advém das obrigações decorrentes dessa espécie de negócio jurídico, quando se configura, em tese, um inadimplemento.

Na evolução da responsabilidade contratual, merece destaque a teoria da violação dos deveres anexos ou da violação positiva do contrato, a qual defende que, mesmo ocorrendo o adimplemento de uma obrigação principal contratual, seja configure um inadimplemento, relativo ou absoluto, por terem sido transgredidos outros deveres pautados na lealdade.

Na violação positiva do contrato, tal como preceitua Menezes de Cordeiro (1984a, p. 602):

> A boa-fé é chamada a depor em dois níveis: no campo da determinação das prestações secundárias e da delimitação da própria prestação principal, ela age sobre as fontes, como instrumento de intepretação e de integração; no dos deveres acessórios, ela tem papel dominante na sua gênese [..].
>
> Os deveres acessórios, reportados à boa-fé, traduzem, deste modo, uma síntese histórica, típica nos quadros da terceira sistemática e da evolução juscientífica subsequente, entre a consideração central do problema, ditada pelos estudos teoréticos da complexidade inter-obrigacional e o influxo periférico adveniente de problemas reais e concretos, veiculada pela prática da violação positiva do contrato, na parte relevante desta, para o efeito em causa.

Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são chamados de deveres secundários, anexos, instrumentais (SILVA, C., 2008, p. 37) ou, ainda, de deveres acessórios de lealdade. Fazem com que as partes sejam obrigadas a, na pendência contratual, não se comportar de modo que possam falsear o objetivo do negócio ou

desequilibrar o jogo das prestações. Da aplicação da boa-fé objetiva, surgem também deveres de atuação positiva, como o dever de sigilo em relação aos elementos obtidos por via de pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte; impondo atuação com vista a preservar o objetivo e a economia contratuais (CORDEIRO, 1984a, p. 606).

Pontes de Miranda (1959, p. 282) explica que esses deveres são como deveres-meio, deveres de atitude ou conduta, que impõem a necessidade de haver diligência e compreensão recíproca, com o objetivo de que a prestação se cumpra, atinja o seu fim do melhor modo possível.

Martins-Costa (2018, p. 155-158) classifica os deveres obrigacionais decorrentes da boa-fé da seguinte forma: a) deveres anexos ou instrumentais – servem para otimizar o adimplemento satisfatório, fim da relação obrigacional, não dizem respeito ao que prestar, mas como a prestação ocorre; b) deveres de proteção ou laterais - destinados a implementar uma ordem de proteção entre as partes, não se ocupam do prestar, mas do interesse de proteção; têm o fito de evitar a ocorrência de danos injustos para a contraparte da relação obrigacional. Como o principal marco teórico acerca da responsabilidade civil, utilizado na referente tese, qual seja, Menezes de Cordeiro (2015), não segue essa classificação; não se manterá essa diferenciação ao longo das linhas seguintes.

Sabendo que a pauta da boa-fé faz referência ao resgate da confiança manifestada e posta em causa, bem como a consideração da reciprocidade entre as partes (LARENZ, 1997, p. 410-411), apesar de serem nomeados como deveres acessórios, é possível afirmar que “os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem até constituir o próprio conteúdo dos deveres principais” (SILVA, C., 2008, p. 34).

A obediência à boa-fé deixa de configurar como mero dever reflexo, secundário, incidental, como se tivesse menos relevância que a obediência a um outro dever tido como ‘principal’. A relevância desse raciocínio não se circunscreve na área teórica, volta-se para que na prática da relação obrigacional, as partes contratantes vislumbrem o dever de comportamento probo com a relevância que o princípio geral em questão demanda.

Apesar da importância da boa-fé, deve-se alertar que esse princípio não é a resposta de todos os problemas da responsabilidade civil (TUNC, 1989, p. 160), e nem se tem a pretensão de que ele seja suscitado como a dignidade da pessoa muitas vezes tem sido apontada, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, como se fosse uma salvação para todos os dilemas jurídicos.

O que se defende é o aproveitamento das funções principiológicas da forma mais completa e ponderada possível, utilizando a capacidade integradora, construtiva e interpretativa da boa-fé objetiva. É verdade que o princípio geral em enfoque apresenta sim a subjetividade das suas raízes morais, como já se apontou, mas deve-se atentar que, ao ser concretizado no âmbito de aplicação das relações clínicas, os parâmetros da sua observância vão se mostrando cada vez mais explícitos, palpáveis e objetivos.

Sob essa perspectiva, pode-se, com tranquilidade, asseverar que na relação clínica é possível que um médico utilize da melhor forma a técnica científica para a qual teve formação e domina, chegando a curar, diminuir os sintomas ou dar conforto paliativo ao paciente e, ainda assim, em relação à sua prestação obrigacional, seja configurado um inadimplemento, por violação positiva do contrato – em outros termos, por ter violado a boa-fé objetiva – na hipótese, por exemplo, de ter contrariado o segredo médico no curso do tratamento.

Na adoção da perspectiva de prestação obrigacional ampliada, conforme a teoria social dos contratos e a teoria da violação dos deveres anexos, pode-se frisar, pois, que o dever do médico não se limita à prática da obrigação tradicionalmente tida como principal. Sendo assim, tão ou mais importante, mostra-se a persecução da honestidade e de seus valores correlatos na prática científica da medicina. O adimplemento do contrato médico somente estará completamente concluído quando em todas as fases contratuais for observada a obediência à boa-fé objetiva.

Esclarece-se, pois, que ao lado da mora e da impossibilidade de cumprimento, a violação positiva do contrato corresponde a uma terceira espécie de descumprimento das obrigações, e abrange as hipóteses de mau cumprimento da prestação principal e da inobservância dos deveres acessórios, dentre estes, o dever de proteção, de informação e de lealdade (CORDEIRO, 1984b, p. 1291).

Como no âmbito da relação médico-paciente, a violação mais latente da proteção, do resguardo informacional e da lealdade se materializa no desrespeito ao sigilo médico; conclui-se que a boa-fé objetiva figura como mais um argumento de suma importância para se proteger juridicamente este que é um dos mais antigos preceitos da Ética Médica.

Como contraponto, no rol de possíveis justificativas para o afastamento do sigilo médico, pode-se apontar a teoria do incumprimento eficiente para, em sede de análise econômica do Direito, verificar a plausibilidade da sua aplicação às questões que dizem respeito à proteção dos dados clínicos.

O incumprimento eficiente, tal como explicita o Professor Fernando Araújo (2007, p. 735), resulta da junção de duas ideias: o contrato é mero instrumento de afetação de recursos econômicos, por meio da interdependência e das trocas. Para que se alcance a eficiência social, faz-se necessário que os ganhos de uns não impliquem em perdas dos demais, levando em conta a eficiência dos atos cujos benefícios ultrapassem, ainda que apenas marginalmente, a indenização e que evite o averbamento de perdas por qualquer das partes.

O incumprimento é tido como eficiente nas hipóteses em que o inadimplemento gera mais ganhos que os prejuízos do credor frustrado. Há o aumento de bem-estar para uma das partes, sem que enseje perda de bem-estar para outrem. Em muitos casos, o incumprimento eficiente, na verdade, deveria ser designado como ajustamento eficiente, pois consiste no reconhecimento de alternativas mais vantajosas à continuação do contrato (ARAÚJO, 2007, p. 735-737).

Salienta-se que eficiente “é aquilo que maximiza a finalidade das partes, é aquilo que faz *justiça* à intenção delas” (ARAÚJO, 2007, p. 241, grifos do autor). Com isso, é possível vislumbrar alguns casos excepcionalíssimos, em que seria viável suscitar a teoria do incumprimento eficiente para justificar uma violação do sigilo médico, por exemplo: os casos em que há indícios relevantes de que a recusa aos tratamentos evidencia um quadro depressivo. Sendo assim, a participação da família seria de grande importância, para contribuir com a deliberação sobre qual é a melhor conduta clínica a ser utilizada.

Em razão das dificuldades existentes na prática clínica, o paciente pode esquivar do paternalismo médico, há tanto tempo sedimentado no senso comum; bem como devido aos riscos que essa teoria apresenta à construção da confiança e a sedimentação da boa-fé objetiva podendo, inclusive, fragilizar a teoria da violação positiva do contrato. Acredita-se que a adoção da teoria do incumprimento suficiente à relação médico-paciente apresenta mais probabilidade de agravar a vulnerabilidade do enfermo, que potenciais benefícios. Julga-se, pois, ser preferível adotar construções teóricas que exaltem e consubstanciem o respeito à confiança, como princípio ético e jurídico. No exemplo suscitado acima, o problema poderia ser resolvido com base na aferição da capacidade de consentir, para legitimar ou não a vontade do enfermo, sem necessitar recorrer à teoria do incumprimento suficiente.

Nessa acepção, a coercibilidade do Direito serve para suscitar, em âmbito de responsabilidade civil, um dever de reparação, pautado na violação positiva dos contratos, embasado no entendimento de que o desrespeito ao sigilo médico caracteriza a violação da confiança e, por consequência, resulta na desobediência do princípio geral que preconiza a lealdade no âmbito contratual, a boa-fé objetiva. Resta verificar qual a extensão temporal desse dever de sigilo, ou seja, delinear se após a morte do paciente remanesce a incidência da boa-fé objetiva a ponto de haver a sobrevida desse dever, sob pena de configurar a violação positiva do contrato.

6 A PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE*: A PROJEÇÃO PÓSTUMA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE*

“Ao fundo do desconhecido para encontrar o novo”.

Charles Baudelaire (1976).

"Se fôssemos infinitos
Tudo mudaria.
Como somos finitos
Muito permanece."

Bertold Brecht (2012).

6.1 JUSTIÇA INTERGERACIONAL E A TESE DO LEGADO PARA FUTURAS GERAÇÕES: *PREOCUPAÇÃO COLETIVA COM O PÓS-MORTE*

Para que sejam apartados do egoísmo mascarado de cientificismo, para que os direitos fundamentais sejam passíveis de ter eficácia social nas gerações vindouras, na mesma proporção ou em proporção maior, mostra-se imprescindível que a aplicação dos conhecimentos advindos da Revolução Biotecnológica, em especial aqueles que cercam a manipulação genética, e que a exploração dos recursos naturais – para fins econômicos ou não – ocorra de forma responsável, é preciso que sejam seguidos os preceitos básicos da Bioética. Do mesmo modo, espera-se que ditos preceitos estejam passíveis de coercibilidade pelas normas de Biodireito que permeiam o Ordenamento Jurídico nacional e internacional.

Alegar que a incidência da moralidade na prática científica ou na exploração das atividades econômicas impediria qualquer sorte de progresso já se mostrou ser um argumento superado. A atual visão global de mundo transcende a ideia de facilidade de ruptura de fronteiras geográficas e de interação entre pessoas de vários países, compreende nela a necessidade de ser feita uma utilização justa dos recursos presentes, e demanda que esse discurso seja uníssono em todas as nações.

É sob esse prisma que se realiza a ideia de explorar o ambiente e fazer uso dos conhecimentos biotecnológicos obedecendo ao principal limite, o de garantir que as gerações futuras tenham acesso ao mesmo grau, ou maior, de dignidade que os

seres atuais possuem – trata-se da busca pela justiça intergeracional. Essa noção de justiça intergeracional e o respectivo cuidado com o legado que se deixa para as futuras gerações evidencia uma preocupação com a transcendência da vida; não em uma perspectiva individualista, mas sim, sob um viés coletivo, à luz da aplicação do princípio da solidariedade para que a empatia, sendo um valor social, não se limite aos seres viventes no tempo corrente enfocando, então, mais o homem como um ser relacional, gregarista e com responsabilidades intertemporais.

A definição de geração pode ser concebida à luz de dois conceitos distintos: a) geração como grupo etário; b) geração como grupo de pessoas nascidas num determinado ano ou período. No âmbito da justiça intergeracional com foco nas responsabilidades da geração presente em relação às seguintes, é apropriado utilizar o conceito de geração como grupo de pessoas nascidas em um determinado ano ou período, por englobar tanto as gerações já nascidas, que ainda não têm poder de decisão (direito de voto), quanto as gerações por nascer (GOSSERIES, 2018, p. 4). Economia é uma ciência social que aborda o estudo da alocação dos recursos escassos na produção de bens e serviços destinados à satisfação das necessidades ou desejos humanos, podendo também ser qualificada como “ciência da escassez ou das escolhas” (MENDES, Judas, 2009, p. 253).

Trata-se de uma tentativa de tutelar interesses ou de pessoas que, apesar de já estarem vivas, têm, em tese, uma estimativa de vida maior do que aqueles que na atualidade têm poder de decisão, assim como para proteger aqueles que nem sequer estão vivos ainda. É uma proteção pré-programada de pessoas que serão sujeitos de direitos no futuro, mas com previsão de cumprimento de obrigação prévia, no tempo presente, geralmente na modalidade de dever de não fazer.

Uma visão imanente da vida não resulta, por si só, no desprezo pela vida em geral, ou pela vida humana em particular, tampouco leva à prepotência em relação aos outros seres humanos. Na verdade, resulta em uma maior atenção para com os outros e com o mundo, no breve espaço de tempo em que se desenrola a existência individual no planeta. Como o tempo da vida é limitado e não existem outras possibilidades de resgate, a vida é uma grande responsabilidade que se tem de assumir da melhor forma perante os semelhantes, às gerações futuras e aos outros seres vivos com os quais se liga, e o mundo físico que acolhe cada um e que é o

local onde nasceu a vida. A predisposição para uma socialização positiva, com cooperação e altruísmo, está dentro das potencialidades do ser humano a par da agressividade e do poder de destruição (BONINO, 2007, p. 158-159).

É o que acontece, por exemplo, na área de direito tributário, justiça intergeracional, embasada em uma especial fórmula de justiça distributiva, na qual não se atenta apenas para a diferença do bem-estar e dos recursos entre diferentes grupos de cidadãos, é suscitada para repartir a carga tributária no contexto da denominada igualdade fiscal, mas também na diferença entre os diversos grupos etários, tendo como pressuposto os diversos estágios da vida, ou seja, os diferentes níveis de capacidade de acesso aos rendimentos que os indivíduos têm ao longo de uma vida. Utiliza, pois, a equidade como critério base que legitima a transferência de recursos entre grupos (SILVA, S., 2013, p. 8-9).

Apesar de saber que o tema da justiça entre gerações pode ser contextualizado nos debates acerca da sustentabilidade do sistema tributário, previdenciário, da dívida pública, do sistema nacional de saúde, entre outros, optou-se por dar ênfase à sua aplicação em relação à manipulação genética para evitar anomalias genômicas nos seres vindouros e à sustentabilidade dos recursos ecológicos. O referido corte foi feito tendo em vista que essas duas aplicações são suficientes para ilustrar como a tese do legado para as futuras gerações comprova que a preocupação com a transcendência da vida se faz presente, inclusive, em uma perspectiva coletiva; ultrapassando, pois, a abordagem independente e individualista.

6.1.1 Na proteção ambiental

A vida apresenta dois aspectos científicos: vida em ação e vida no tempo. O primeiro diz respeito ao funcionamento dos organismos vivos, aos eventos moleculares e atômicos produzidos pela presença de vida; já a vida no tempo é a persistência, o desaparecimento e a substituição de organismos, ou pela morte individual, ou pela geração e proliferação diferencial de novas espécies por meio da evolução. Diferentemente de todos os outros processos naturais, a vida tem um

programa, enquanto todos os outros fenômenos naturais ocorrem mais ou menos por acaso (LURIA, 1990, p. 12-13).

A exploração intensiva dos recursos naturais vem caracterizando um modelo de desenvolvimento que demanda uma máxima rentabilidade em curto prazo, minimizando as consequências ecológicas da deterioração ambiental e a perda gradual dos recursos naturais (BORRÀS, 2014, p. 29). A teoria dos incentivos aplicada à proteção ambiental demonstra que, quando existem recursos comuns, todos têm um incentivo para explorá-los, porém ninguém possui incentivos para cuidar deles. Cada pessoa ganha em retirar um benefício privado, com base nas externalidades negativas, mas não há ninguém que ganhe em suportar o custo dos benefícios comuns geradores de externalidades positivas. Diante dessa realidade, pode ocorrer um esgotamento dos recursos, ao mesmo tempo em que acontece um empobrecimento coletivo (ARAÚJO, 2004, p. 1007).

É justamente devido à insuficiência da teoria dos incentivos para se fomentar a proteção do meio ambiente que se vale do apelo à proteção das futuras gerações para se promover a preservação ambiental, adaptando-se o princípio da equidade às demandas de proteção e restauração do equilíbrio natural da vida como um todo, especialmente da humana. No entanto, para que equidade, solidariedade, empatia, responsabilidade, não restem como conceitos ineficazes devido à excessiva subjetividade que permeia as suas respectivas definições, grandes esforços teóricos são feitos para delimitar como a justiça intergeracional pode ser concretizada no âmbito da proteção ambiental. Para tanto, surge a ideia de desenvolvimento sustentável para compatibilizar as necessidades econômicas com a tutela ecológica a longo prazo.

Vale ressaltar que “a consciência do homem fez do seu relacionamento com o ambiente uma interação criadora e progressiva” (LURIA, 1990, p. 119), pois o desenvolvimento sustentável é entendido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades” (ONU, 1991, p. 46), segundo o *Relatório Bruntland,* elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio-Ambiente. Esta definição foi criticada por um ganhador do Prêmio Nobel de Economia, Robert M. Solow (1991, p. 180-181), ao afirmar que se definir sustentabilidade como uma obrigação de deixar o

mundo exatamente como o encontrou, é demasiado superficial e inviável. O autor propõe que deve ser acrescido ao conceito presente no Relatório o dever de proporcionar para as gerações vindouras um padrão de vida igual ou superior ao que se tem na atualidade, limitando as ações para que a satisfação das necessidades presentes não ocasione o empobrecimento dos sucessores daqueles que hoje estão vivos.

Desta forma, pode-se afirmar que a “equidade no acesso aos recursos ambientais deve ser enfocada não só com relação à localização espacial dos usuários atuais, como em relação aos usuários potenciais das gerações vindouras” (MACHADO, 2002, p. 49). Forma-se, portanto, a Teoria da Equidade Intergeracional, embasada em três princípios: a) a conservação de opções – refere-se à conservação da diversidade dos recursos naturais e culturais, para que as futuras gerações tenham mais aptidão para sobreviverem e se desenvolverem; b) a conservação de qualidade - trata-se da conservação da qualidade ambiental planetária que deve ser transferida para a geração vindoura, em condições equivalentes à recebida; e c) a conservação de acesso – concerne ao acesso equitativo dos recursos naturais e culturais: intrageracional e intergeracional (WEISS, 1992. p. 401-405). Vale ressaltar o intuito de tornar mais objetivo o propósito central da justiça intergeracional, diminuindo o excesso de abstração contido no conceito de equidade.

Nesse aspecto, a sociedade de risco impõe uma reflexão sobre os parâmetros de bem-estar da convivência social, bem como o que se pretende deixar como herança para as gerações futuras, o que leva os juristas a perspectivar soluções normativas inovadoras capazes de responder, de modo eficaz, aos desafios com o quais se confronta a sociedade contemporânea (FREIRE, 2013, p. 379). Por isso, é preciso reconhecer as particularidades do ambiente e dos direitos que a ele concernem, olhando o presente e o futuro, atentando para as gerações futuras de pessoas, já que as gerações presentes não têm direito de gastar todos os recursos naturais (MIRANDA, J., 1994, p. 356-357).

O direito constitucional da modernidade, tradicionalmente, interrogava sobre a legitimidade de vincular as futuras gerações, pois o tratamento de tal questão passa por uma mudança, visto que se pergunta, agora, de que modo as futuras gerações

vinculam os seres humanos que hoje vivem, caso seja obrigatório levar em consideração os interesses dos que ainda virão a viver, os concepturos[60]. Em matéria de posições jurídicas, pode-se dizer que se estabelecem deveres não correlativos perante as gerações futuras, não sendo consistente o discuto dos direitos quanto ao modo de produção de efeitos jurídicos. São configurados no plano bioconstitucional os pré-efeitos de normas jusfundamentais, estando em jogo a sua dimensão objetiva. No tocante às finalidades da proteção, está em causa a dignidade de cada ser humano do futuro e não uma dignidade da humanidade (LOUREIRO, 2010, p. 227-228).

O conceito de desenvolvimento sustentável vem sendo reduzido a um modismo retórico. Em algumas ocasiões, inclusive, é utilizado terminologicamente o adjetivo 'sustentável', mas semanticamente os danos ambientais ocasionados vêm sendo ignorados (BORRÀS, 2014, p. 41). A pesquisa efetuada por Catherine Moury (2018, p. 7, 12, 17 e 21), publicada pela Fundação Calouste Gulbekian para avaliar a percepção dos políticos portugueses à despeito da justiça intergeracional, demonstrou que, no tocante à questão ambiental, Portugal está esgotando os recursos para as futuras gerações. Com isso, são mencionadas as políticas socioeconômicas e ambientais como motores da injustiça intergeracional. Como alternativa para sanar tal problema, indicam que precisam ser feitos mais estudos e são necessários indicadores mais precisos para medir o grau de justiça intergeracional.

Entretanto, como pondera Maximiniano (2018, p. 8) em investigação ocorrida na mesma fundação, apesar do intenso e prolongado debate sobre a justiça intergeracional e desenvolvimento sustentável, saber de modo exato quais condições são necessárias para garantir às gerações mais novas e futuras a mesma qualidade de vida que as gerações presentes usufruem, ainda não é possível, sendo certo apenas que o altruísmo entre gerações se mostra imprescindível para atingir esse fim.

Tem-se que sujeito de direito é uma categoria formada por todos os seres dotados de capacidade para adquirir ou exercer titularidades de direitos e responder

[60]"Os concepturos –termo clássico para designar as pessoas futuras contingentes e que, diferentemente dos nascituros, não existem– relevavam tradicionalmente, no quadro civilístico, apenas em termos patrimoniais" (LOUREIRO, 2006b, p. 34).

por deveres jurídicos. Assim, Lôbo (2019, p. 104) salienta que se trata de um conceito mais amplo que o de pessoa, devido à existência de sujeitos de direito que não são pessoas físicas ou jurídicas. Para o autor:

> (...) as “futuras gerações”, aludidas no art. 225 da CF, são investidas como sujeitos de direito, ainda que não existam fisicamente. São sempre “futuras”, pois a expectativa é que a população não se extinga. Como contrapartida ao direito desses sujeitos de direito, as atuais gerações têm o dever jurídico de preservação do meio ambiente, para quando as futuras gerações puderem viver com dignidade.

Entende-se que as gerações futuras figuram como sujeitos de direitos não personalizados, já que o Direito empresta a elas consequências jurídicas ou tutelas, sem haver a necessidade de lhes atribuir personalidade (LÔBO, 2019, p. 102). Essa preocupação com as gerações vindouras, que é vislumbrada com maior clareza em sede de direito ambiental, pode servir de importante fonte para se defender um valor de legado em relação a outros ramos do Direito, chegando, atualmente, a defender a existência de uma Justiça Intergeracional, amplamente aplicável às Ciências Jurídicas como um todo, que reflita sobre as repercussões no plano prático para um espaço temporal além do qual dura a sua própria existência. Como consequência, o senso de responsabilidade pelas ações humanas passa a ultrapassar o viés individual, chega a abarcar interesses difusos.

6.1.2 Nos limites da engenharia genética

A natureza é dominada pelo homem não pela força, mas pela compreensão. É por tal razão que a ciência conseguiu alcançar o êxito quando as explicações mágicas falharam (BRONOWSKI, 1979, p. 16). Leonardo da Vinci afirmou, no século XV, que “a criatividade humana pode criar várias invenções, mas nunca fará nenhuma mais bela, simples ou objetiva do que a natureza; porque, em suas invenções, nada falta, nada excede”. Kurzweil e Grossman (2019, p. 30) afirmam concordar com Da Vinci no que tange ao deslumbramento diante da Biologia, mas discordam em relação à incapacidade de melhoramento da natureza, e justificam que o pensador não conhecia a Nanotecnologia, e não sabia que a natureza era limitada, uma vez que, por exemplo, as conexões de circuitos eletrônicos atuais são

milhões de vezes mais velozes quando comparadas com as conexões neuronais do cérebro.

Comunga-se com o pensamento dos autores e, no rol de inovações, são destacadas as biotecnologias que proporcionaram a possibilidade técnica de manipulação genética. Sob esse prisma que se pode afirmar: “O poder de fazer evoluir o mundo vivo está, em parte, a passar do tatear moroso da natureza, para a engenharia genética” (ARCHER, 2006, p. 442).

Sabendo-se que “assim como corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo, entre o ser humano e a Ciência há uma distância, que vem sendo encurtada com o passar do tempo” (MENEZES, 2015b, p. 125), a Biotecnologia pode ser entendida como o conjunto que abarca os conhecimentos e técnicas, inclusive de biologia molecular, que fazem uso dos seres vivos e seus processos biológicos, ou de suas partes, notadamente os metabólitos primários e secundários, promovendo até sua alteração artificial, com vistas à atender às necessidades humanas (MAGALHÃES, 2011, p. 75). E a Revolução Biotecnológica é o conjunto de inovações advindas de vários marcos que modificaram radicalmente a tecnologia nos séculos XX e XXI, Projeto Manhattan – descobriu a energia nuclear; Projeto Apollo – proporcionou a ida do homem à lua; Projeto Internética – facilitou a comunicação devido à internet; e o principal, o Projeto Genoma Humano – tornou possível o mapeamento e sequenciamento dos genes humanos.

Tendo em mente que “o progresso da ciência é descoberto em cada passo de uma nova ordem que dá unidade àquilo que há muito parecia diferente” (BRONOWSKI, 1979, p. 21), para a máxima compreensão do tema é necessário partir do pressuposto de que:

> Os genes são de facto entidades naturais que possuem aparentemente alguns poderes sobrenaturais. Tanto condicionam a nossa estrutura física e mental, como nos modelam os sentimentos e desejos. Dão-nos a vida, **influenciam-nos o pensamento, a reprodução e as características da prole, condenam-nos ao envelhecimento e à morte** (ALMEIDA, 2018, p. vii, grifos nossos).

Ressalta-se que “cada ser humano é a atualização de uma chance extremamente improvável, na realidade, uma série de acasos improváveis, que remonta até o evento único que há mais de três bilhões de anos deu início à vida na terra em seu curso atual” (LURIA, 1990, p. 18), O genoma, intrínseco a todos os

seres vivos, é o conteúdo total de genes diferentes, cujo número e qualidade é específico de cada espécie; e é responsável por determinar as suas características morfológicas e funcionais; de modo que os homens, plantas, animais, micróbios, estão determinados por genes (CANTÚ, 2000, p. 81). De forma mais específica, pode-se dizer o genoma corresponde ao número total de cromossomos do corpo e que eles contêm aproximadamente 35.000 genes, responsáveis pela herança (ACOSTA; ROSADO, 2007, p. 9) e seu mapeamento, possível por meio do progresso da engenharia genética, provocou grandes mudanças no âmbito biopolítico, o que motivou o desafio para que as normativas éticas e jurídicas fossem atualizadas, em prol da manutenção das suas respectivas eficácias.

Ao analisar as terapias genéticas, verifica-se que a ciência-análise origina a ciência-reconstrução, fazendo com que o objetivo científico que costumava ser o conhecimento da verdade, seja substituído pelo objetivo da técnica que é a operacionalidade, fazendo com que as ciências da natureza cedam lugar às ciências do artificial; e a desmitificação científica seja substituída pela remitificação técnica; ao passo em que a dessacralização do mistério humano é substituída pela sacralização do tecnocosmos (ARCHER, 2006, p. 439).

Tal como fora dito previamente, a evolução tecnológica no campo das ciências da vida vem reavivando as esperanças de curar doenças por meio de pesquisas, prevenir enfermidades graças ao mapeamento genético, acelerar a produção de medicamentos, aprimorar alimentos por meio dos processos de transgenia, entre outros. São tantos e tão palpáveis os benefícios que, muitas vezes, se verifica a carência de um senso crítico capaz de julgar os meios necessários utilizados para chegarem aos mencionados fins (BELTRÃO; MENEZES, 2018, p. 106-107). No entanto, é imprescindível ponderar os limites do uso dos conhecimentos biotecnológicos, uma vez que como possibilitou a clonagem humana – procedimento que por si só já é controverso– tornou tecnicamente viável a formação de seres híbridos – com gametas de seres de espécies diferentes; a eugenia genética devido às terapias gênicas; e experimentação em embriões humanos.

O espaço da biopolítica contemporânea foi formado devido à remodelação da percepção e das práticas médicas e políticas causada por cinco mutações

significativas: a) molecularização – a biomedicina passou a considerar a vida no nível molecular, como uma série de mecanismos vitais inteligíveis entre entidades moleculares que podem ser identificadas, isoladas, manipuladas, mobilizadas e recombinadas; b) otimização – adiciona aos polos de saúde e doença, a possibilidade de se agir no presente para assegurar o melhor futuro para seus sujeitos; c) subjeticação – novas ideias do que os seres humanos são, deveriam fazer, e quais expectativas podem ter; d) expertise somática – novas formas de governar a conduta humana e o surgimento de múltiplas subprofissões, como geneticistas e terapeutas de células-tronco; e) economias de vitalidade – fortalecidos pela busca de biovalores, foram formados novos laços entre verdade e capitalização, propiciando a busca do valor de acionista e o valor humano investido na esperança da cura e da otimização (ROSE, 2013, p. 19-20).

Essas mutações estão relacionadas com a análise da vida molecular, ao melhoramento das condições de saúde, à nova percepção das capacidades humanas, à crescente subespecialização nas áreas das ciências médicas e biológicas e à sedimentação da ideia de valores econômicos atrelados à vida que é estimulada pela busca da melhoria da existência, ou até busca prolongar a expectativa de vida, porém, como são modificações realmente inéditas, é oportuno sopesar que alguns dos efeitos colaterais delas podem ser imprevisíveis, podendo chegar a comprometer a futura existência natural humana.

A partir da revelação dos segredos da herança e do código genético, as biotecnologias avançaram seus limites até um ponto em que ninguém podia prever: a matéria viva passou a ser objeto constante de manipulação (BERGEL, 2000, p. 32). Cada ser humano recebe dos seus progenitores uma herança biológica – baseada na transmissão genética que se encontra codificada nos genes, ou seja, no ácido desoxirribonucleico ou DNA; e uma herança cultura, também denominada de superorgânica ou exosomática – transferência cumulativa entre as gerações de hábitos, educação e cultura, por meio de imitação e instrução. Cada indivíduo, dotado de sua particular carga genética, vai escolhendo e moldando o ambiente ao qual está exposto, superando a influência dos genes. Existe uma dicotomia interativa entre gene-ambiente, ou seja, entre natureza e criação (ALMEIDA, 2018, p. vii-viii), o que acresce mais um motivo para a preocupação com as futuras gerações em

relação à manipulação gênica, que transpõe questões exclusivamente físicas e abarca a parte exosomática.

A terapia gênica proporciona a modificação genética - para a correção parcial de um gene anómalo, buscando restabelecer o seu funcionamento; substituição genética – por um gene normal; inserção genética – introdução de um gene normal, preservando o gene anômalo, para elaborar o produto genético necessário (NYS, 2002, p. 66). Levando-se em consideração que os genes recebidos pelos progenitores são responsáveis por determinar o desenvolvimento inicial da morfologia dos seres humanos, próprio da espécie, sabe-se que só em seguida são moldados certos comportamentos que lhes vão auferir a individualidade, e que funcionam também como um relógio biológico, capaz de comunicar a cada espécie o seu tempo de vida especificamente (ALMEIDA, 2018, p. xi), a terapia gênica colabora para que ocorra o aumento da expectativa de vida e, quem sabe no futuro, ela mostre um caminho para a imortalidade.

Os testes de triagem genética, que possibilitam o exame do código genético, têm um valor preditivo significativo já que servem para determinar a predisposição genética de uma pessoa que sofre de certas doenças, mesmo que, no momento do teste, a pessoa em questão não tenha nenhum sintoma da enfermidade (CALLE, 2006, p. 124). O certo é que a aplicação da terapia gênica pode servir até para retardar dramaticamente o processo patológico e de envelhecimento, até muito mais do que se pensa – muitos especialistas acreditam ser possível, dentro de uma década, acrescentar mais de um ano à expectativa da vida humana a cada ano subsequente -, ainda não há técnicas necessárias para prolongar a vida humana indefinidamente, mesmo com o acelerar do ritmo das descobertas tecnológicas e científicas, uma vez que o ser humano ainda não domina todos os princípios biológicos da vida (KURZWEIL; GROSSMAN, 2019, p. 19-20).

A morte foi deixando de ser vista como uma realidade imposta pela natureza ou pela vontade divina, assim como passou a ser mais próxima da ideia de um problema a resolver, uma vez que a sinergia entre nanotecnologias, biologias, informática e ciências cognitivas tende a multiplicar a potência da pesquisa, permitindo avanços espetaculares, a ponto de a ficção científica de hoje poder vir figurar, simplesmente, como uma ciência (ALEXANDRE, 2018, p. ix-x).

É evidente que qualquer possibilidade científica que prometa contribuir com o ser humano concretize a maior ambição, qual seja, a imortalidade, vai gerar muitos adeptos, porém é preciso levar em conta qual o preço biológico a ser pago por um possível aumento da expectativa de vida, bem como se há algum sacrifício ético e jurídico “contabilizado”.

O que diferencia os seres vivos dos objetos inanimados é a capacidade que eles têm de crescimento, assim como a constituição por meio de processos metabólicos, a liberdade de reagirem aos estímulos e a possibilidade de autorreprodução (ALMEIDA, 2018, p. ix). É em relação à liberdade e à reprodução, que a preocupação intergeracional se faz presente, pois é importante garantir que as tecnologias de manipulação genética sejam utilizadas no presente com uma análise moral e justa sobre as repercussões futuras, aliando-se, pois, aos conhecimentos da engenharia genética e da prática clínica a ela relacionada, bem como aos limites preceituados pela Bioética e pelo Biodireito.

É essencial levar em conta, por exemplo, que como a informação de cada indivíduo é única, exceto no caso de gêmeos monozigóticos as características genéticas são herdadas. Logo, são informações que também afetam a família biológica (CALLE, 2006, p. 126). Desse modo, quando se vislumbra uma possibilidade de reprodução, é preciso ter em mente que qualquer alteração genômica feita de modo artificial é capaz de causar danos que serão sentidos em período temporal, além da geração presente, ou seja, é capaz de atingir além da pessoa titular do corpo no qual as alterações foram implantadas, como também toda a cadeia de seus sucessores biológicos.

A partir da necessidade de estabelecer um marco jurídico regulador que esteja na vanguarda dos avanços científicos, destinado a regular a aplicação dos procedimentos científicos e sua relação com o ser humano e o Estado, Acosta e Rosado (2007, p. 213-252) defendem a existência de um Direito Genético, revestido de um conjunto de características: a) ramo do direito essencialmente técnico; b) estudo os efeitos dos avanços biocientíficos sobre o homem para predeterminar a relação jurídica biotecnológica; c) regulamenta a relação e consequência que surgem entre o ser humano e a biologia; d) está influenciado pela tecnologia, por ideias morais, religiosas e éticas; e) normatiza de forma substantiva, adjetiva e

punitiva as relações humanas com a genética; f) está em constante e rápida evolução, para acompanhar o desenvolvimento científico.

Não se comunga da opinião dos autores supracitados em relação à defesa da existência do Direito Genético como um ramo autônomo do Direito, uma vez que os traços característicos que lhes são atribuídos são aplicáveis ao Biodireito. Defende-se, portanto, que Direito Genético é um dos desmembramentos do Biodireito. Refere-se às normativas jurídicas decorrentes das ponderações feitas em relação à Bioética das situações emergentes – parte da ética aplicada às ciências da vida que se ocupam por analisar os dilemas advindos da Revolução Biotecnológica. Sobre o Biodireito, pode-se dizer que ele:

> (...) revitalizou a intenção de resguardo da vida humana, pois seria inadmissível que o Direito não enxergasse as ameaças ao bem jurídico supremo, decorrentes da ciência e das ações provenientes do manejo das tecnologias recém-surgidas, aplicadas principalmente no âmbito da Medicina e da genética – ciências vinculadas diretamente ao homem. É importante salientar que tal atualização demanda uma reestruturação das normas jurídicas, que precisam adequar-se aos princípios bioéticos (MENEZES, R., 2015b, p. 29).

Nesse aspecto, quando se aborda o tema da engenharia genética em sede de Biodireito, tem-se o objetivo de mitigar os contrapontos dos benefícios que a evolução tecnocientífica proporciona, uma vez que:

> As avassaladoras transformações trazidas pela genética humana obrigam-nos a revisitar a categoria dos deveres fundamentais, no sentido de reconhecer: 1. a existência de deveres fundamentais não correlativos de direitos, em relação a sujeitos não concebidos ou mesmo em termos geracionais (gerações futuras); 2. a identificação ou, pelo menos, a discussão de novos deveres na esfera biomédica, em especial os que resultam da base familiar e do carácter comum do património genético (LOUREIRO, 2006b, p. 34).

É importante sublinhar que os riscos da biotecnologia mal aplicada não são meramente potenciais, hipotéticos, uma parte dos perigos que se impende regular são pautados em experiências pretéritas, que não se pretende repetir, nas quais o ser humano foi utilizado com meio, e não como um fim em si mesmo. Para garantir que o custo social para a realização das práticas biotecnológicas não seja o sacrifício das pessoas e demais seres vivos, e de seus direitos correlatos, é

necessário que as normativas de Biodireito sejam dotadas de coercibilidade suficiente para a proibição de práticas abusivas.

Dentre essas possibilidades, destacam-se como riscos às gerações futuras: a devassa dos dados genéticos que pode vir a causar uma estigmatização de todos os descendentes; a utilização do mapeamento genômico de embriões para fins eugênicos negativos – não para a correção de doenças, mas para escolha de características físicas, por exemplo; até a eugenia positiva pode causar danos irreparáveis à linhagem genética que sucede ao ser humano modificado, uma vez que não se tem controle exato das consequências biológicas e fisicoquímicas das alterações; a clonagem humana – tecnicamente possível, eticamente reprovável, entre outros.

Parafraseando Clarice Lispector (2015) quando mencionou que “até cortar os próprios defeitos pode ser perigoso – nunca se sabe qual é o defeito que sustenta nosso edifício inteiro”**.** No contexto das repercussões da manipulação genética decorrente da evolução da engenharia genética, a grande questão de cunho prático e objetivo que se coloca é que a Ciência não evoluiu a ponto de conseguir precisar exatamente quais as consequências da interferência genética para os sucessores do ser humano artificialmente alterado. Pode ser, por exemplo, que a retirada de uma parte de um gene para evitar uma doença antevista geneticamente resulte em uma maior propensão para desenvolvimento de câncer, ou de outra enfermidade de maior gravidade.

Forma-se, pois, um paradoxo: a persistente luta científica pela evolução dos seus conhecimentos e aprimoramento das tecnologias e, concomitantemente, a necessidade de conservar o mínimo de naturalidade nas formas de vida existentes, essencialmente na vida humana, em obediência aos direitos humanos concretizados em sede constitucional, no direito civil, e pautados no princípio da dignidade da pessoa humana.

Seguindo essa linha de pensamento, deve-se atentar que a responsabilidade para com as gerações futuras é jurídico-constitucional, e não apenas ética. O futuro é um tempo (bio)constitucional, objeto de recorrente reflexão ética, jusfilosófica e

teorético-constitucional. Deve-se reconhecer que há deveres para com as futuras gerações sem que existam correlativos direitos (LOUREIRO, 2006b, p. 35).

Consequentemente, tem-se a comprovação de que a preocupação com a transcendência da vida, pautada na justiça intergeracional, em sede de engenharia genética, destina-se a evitar que a manipulação genética comprometa o desenvolvimento saudável e minimamente natural das gerações futuras; e de pronto já atesta que o sacrifício dos direitos humanos, em prol de qualquer progresso científico na área, é caro demais, e não deve sequer ser cogitado. Resta, pois, comprovado que o Biodireito aplicado à engenharia genética evidencia mais uma forma de tutela da vida além do tempo presente, comprovando que a tutela da transcendência da vida também é encontrada com importantes implicações práticas.

Nesse caso, a tutela das futuras gerações, com o fito de garantir que tenham o mesmo ou maior grau dignidade que se tem no presente, que resulta em deveres de abstenção, configura uma proteção de interesses individuais quando se destina àquelas pessoas vivas que, na atualidade, não têm poder de decisão sobre o uso das tecnologias, e àquelas que nem sequer estão vivas ainda; apesar de se formar um grupo ou categoria de pessoas ligadas pela herança genética, é possível se individualizar a proteção, daí a configuração de interesses individuais, e não coletivos.

Quando a proteção às futuras gerações é destinada à humanidade como um todo, contrapondo-se ao risco de prejudicar a espécie humana em si, em face da indivisibilidade do direito, que abrange um número indeterminado de pessoas, ligadas por um mesmo fato – repercussões da manipulação genética – faz-se presente uma tutela difusa.

Em ambos os casos, fica claro o quanto a preocupação com a transcendência da vida também está presente nas questões relacionadas ao Biodireito, especialmente em relação a parte ligada com a engenharia genética, inicialmente abordada pela ética aplicada: Bioética das Situações Emergentes.

6.2 INTRODUÇÃO À PÓS-EFICÁCIA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE: *PREOCUPAÇÃO PÓSTUMA INDIVIDUAL*

Faz parte da noção básica da teoria dos direitos da personalidade asseverar que a proteção da personalidade transcende o âmbito físico da pessoa, para abarcar tanto a dimensão moral quanto a social, assim como é praticamente incontestável que tal classe de direitos ostenta no rol de suas características a intransmissibilidade. Partindo-se de tais pressupostos, é importante verificar se, em caso de morte do titular, já que remanesce a proteção moral e social *post mortem*, é possível compatibilizar essa realidade com a intransmissibilidade.

Por meio de uma abordagem hermenêutica teleológica, não é difícil compreender que, do mesmo modo que as demais características dos direitos da personalidade - universalidade, inalienabilidade, indisponibilidade, entre outras - a intransmissibilidade visa à proteção do indivíduo, e que qualquer interpretação que fundamentasse em tal característica o impedimento para a proteção após a morte do sujeito de direitos, acabaria por atentar contra o próprio propósito do seu estabelecimento.

A proteção após a morte, tanto na doutrina quanto na legislação varia de nomenclatura, e pode ser denominada de: pós-eficácia, transeficácia, eficácia póstuma, proteção *post mortem*, sobrevivência dos interesses, da vontade ou da personalidade do falecido, personalidade jurídica parcial pós-mortal ou, ainda, efeitos tardios da personalidade. Em algumas circunstâncias, são tratadas como sinônimos, em outras, são conceituadas distintamente.

O exercício de representação de direitos patrimoniais após a morte obedece a regime próprio, o sucessório; questão mais complexa mostra-se em relação à representação de direitos extrapatrimoniais, especialmente no que tange aos direitos da personalidade, já que urge verificar como se pode haver a proteção após a morte do sujeito, após a extinção da personalidade jurídica, a qual desde as origens da teoria dos direitos da personalidade é considerada como suporte para proteção legal de tais direitos. Nesse diapasão, é imprescindível analisar se é defensável manter a ideia de que a morte natural cessa a personalidade jurídica, com os preceitos que atestam a possibilidade de haver efeitos da personalidade após a morte, e tal

análise perpassa pela noção de relação jurídica, bem como de fato jurídico, para que seja efetuada análise sobre se a morte pode ser considerada um fato jurídico e, em caso afirmativo, faça-se a verificação, no plano eficacial, das consequências jurídicas dessa constatação.

A relação jurídica é resultado de uma simbiose da lei que, em abstrato, a regula, com um fato que em concreto o realiza (SARAIVA; COURRÈGE, 1938, p. 6). Para que uma relação obrigacional passe de mero arquétipo ou modelo e adentre a realidade efetiva, ou seja, deixe de ser abstrata e se concretize, é indispensável a existência de um fato jurídico que sirva de fonte (COSTA, M., 2018, p. 32). Deste modo, fato jurídico é todo fato da vida que é juridicamente relevante (ANDRADE, Manuel A., 1960b, p. 2). É aquele ao qual a lei atribui como consequência a criação, modificação ou extinção da relação jurídica (SARAIVA; COURRÈGE, 1938, p. 6).

O fato jurídico é fruto da incidência de uma regra jurídica, e o que é por ela previsto, a saber, os fatos sobre os quais ela incide, são chamados de suporte-fático, quais sejam, todos os fatos ou circunstâncias aos quais a lei atribui consequências jurídicas (MIRANDA, P., 1983, p. 3). Tais consequências não encontram sua base na vontade dos indivíduos ocorrem, portanto, quer sejam queridas ou não. Podem originar ou extinguir obrigações e direitos, assim como podem modificá-los ou transmiti-los (STARCK, 1972, p. 1523).

O suporte fático faz referência, pois, a algo – fato evento ou conduta – que poderá ocorrer no mundo e, por ter sido considerado relevante, figurou como objeto da normatividade jurídica (MELLO, M., 2011b, p. 73). Deste modo, para que os fatos sejam jurídicos é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – sobre eles incidam, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos e determinando-lhes os efeitos (MIRANDA, P., 1983, p. 4). A alegoria de cores proposta por Pontes de Miranda serve para ressaltar que quando há o encontro entre o mundo fático e as normas se vislumbra com maior clareza o propósito para o qual os princípios e regras foram criados.

É essencial a todo estudo sério do Direito considerar em ordem a elaboração da regra jurídica (fato político), a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, a incidência quando o suporte fático

(concreto) ocorre, o fato jurídico que daí resulta e, por fim, a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos (MIRANDA, P., 1983, p. 6). As relações jurídicas estão prefiguradas em abstrato na lei, e passam a existir como ideia, mas não pode haver nenhuma relação jurídica concreta, efetiva e real sem a intervenção de um fato jurídico, o qual é responsável por retirar a relação do limbo das possibilidades, para surgir como realidade concreta e tornar-se de potencial em atual (ANDRADE, Manuel A., 1960a, p. 22).

Fala-se, então, que ocorre a concreção do suporte fático quando passam a ser realidades os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos, quando são materializados todos os elementos que caracterizam o suporte fático; a incidência é o efeito que se configura quando a norma jurídica transforma em fato jurídico a parte do suporte fático que foi tido como relevante para ingressar no mundo jurídico, ao passo que o plano da eficácia representa a parte do mundo jurídico na qual os fatos jurídicos produzem efeitos, dando origem às situações jurídicas e às relações jurídicas (MELLO, M., 2011b, p. 108, 120 e 136).

Enquadrando a morte na teoria dos fatos jurídicos[61] elaborada por Pontes de Miranda (1983), pode-se afirmar que:

a) A morte é um fato jurídico entendido como todo acontecimento, natural ou humano, que determina a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações;
b) Na classificação dos fatos jurídicos, a morte é enquadrada como um fato jurídico em sentido estrito, porque decorre de acontecimento natural, determinante de efeitos na esfera jurídica;
c) Na classificação dos fatos jurídicos estritos, a morte insere-se na modalidade de fato jurídico ordinário, por ser fato de natureza de ocorrência comum, cotidiana, não extraordinária;
d) A morte gera situações jurídicas, ou seja, os efeitos na ordem civil, manifestando-se nas relações jurídicas, podendo extingui-las ou modificá-las;

[61] Apesar de a teoria ter sido elaborada por Pontes de Miranda, a nomenclatura “teoria dos fatos jurídicos” foi atribuída por Marcos Bernardes de Mello (2011b), grande estudioso das teorias “Ponteanas”.

e) São exemplos de situações jurídicas decorrentes do fato morte: extinção da personalidade e de direitos personalíssimos; cessação das relações jurídicas inabilitadas para sobreviverem à morte do titular; abertura da sucessão; proteção à memória do morto, ao cadáver, transmissibilidade dos aspectos patrimoniais do direito à imagem e dos direitos autorais do *de cujus*; extinção de certos direitos patrimoniais, como o usufruto vitalício, entre outros.

Ademais, os fatos jurídicos podem ser constitutivos, modificativos ou podem causar extinção das relações jurídicas. Os fatos jurídicos constitutivos são aqueles que dão origem a novas relações jurídicas, que são condição indispensável para que surja qualquer relação jurídica concreta. A morte extingue certas relações jurídicas, mas é marco constitutivo também para que se constituam ou modifiquem outras.

Orlando Gomes (1971, p. 235) classifica os fatos jurídicos *stricto sensu* em: a) simples ou unitários e compostos ou complexos; b) em constitutivos, extintivos e impeditivos, conforme os efeitos que lhes são atribuídos. A morte é enquadrada como fato jurídico *stricto sensu* simples ou unitário, é um acontecimento natural dotado de força jurígena, sendo que essa categoria não é modificada quando o fato for provocado, de modo que não se muda a posição que a morte ostenta em tal classificação por ter sido resultado de um homicídio ou suicídio, por exemplo.

No direito público, consegue-se asseverar que a morte produz os efeitos: constatação, certificação e registro do óbito; aplicação das regras relativas à inumação e cremação; efeitos administrativos e fiscais (CORDEIRO, 2011a, p. 514). Todos esses exemplos, segundo a nomenclatura da teoria dos fatos jurídicos, também são situações jurídicas, decorrentes do fato morte.

Por ser um fato natural, para a lei é irrelevante que a morte do *de cujus* tenha resultado de fato criminoso, por exemplo. Para a lei, a morte é um fato jurídico involuntário, que se alheia de todas as circunstâncias que a determinaram ou a acompanharam, para ser fixada apenas ao fato natural que é a morte em si mesma (SANTOS, 2002, p. 113-114). A classificação da morte como fato involuntário fundamenta-se no fato de resultar de causas de ordem natural ou de causas em que a sua eventual voluntariedade é irrelevante juridicamente em relação aos efeitos próprios da morte em matéria sucessória (SOUSA, 1990, p. 175).

Para Bravo (1984, p. 146) o dispositivo que estabelece a extinção da personalidade civil com a morte das pessoas abarca um sentido negativo e um positivo. No primeiro, como não se reconhece outra causa para a perda da personalidade, e não há outro fato além da prova de morte que determine o fim da capacidade e a dissolução do patrimônio pessoal, a situação do desaparecido deve ser regulamentada de modo especial, com os institutos da ausência e da declaração de falecimento. O efeito positivo da morte é que, no momento em que ela ocorre, há a conversão do ser terrestre de pessoa, na especial coisa móvel que é o cadáver, acarretando no desaparecimento da capacidade jurídica e, com ela, se esvai a aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, além de haver a transformação do patrimônio pessoal em herança.

Remanesce, no entanto, o questionamento sobre se após a extinção da vida, ou seja, após ter esvaído o suporte-fático sobre o qual se apresentam a personalidade e seus direitos correlatos, é possível ainda haver efeitos de tais direitos na ordem jurídica, sem que se desrespeite a característica de intransmissibilidade que lhes é inerente.

Apesar de no curso histórico o Direito já ter reconhecido outras formas de extinção da personalidade afora a morte[62], a exemplo da escravidão e da morte civil, prevalece pacificado o entendimento atual de que a morte biológica marca o fim da personalidade. O conceito de morte biológica adotado na atualidade é de cessação das atividades tronco-encefálicas[63] - conceito este que substituiu a ideia de morte cardíaca, após a ciência ter evoluído a ponto de possibilitar o transplante de coração.

Tradicionalmente, afirmava-se que “morta a pessoa, não pode mais se falar de direitos sobre ela mesma” (ALBALADEJO, 1987, p. 314, livre tradução). Entretanto, é verdade que o fato de a morte cessar a aptidão para ser sujeito de relações jurídicas, não impede que haja bens da personalidade física e moral do defunto que possam continuar a influir no curso social e perdurar no mundo das

[62] Pode-se apontar as seguintes causas históricas para a perda da personalidade: para os gregos, a atimia; a *capitis deminutio maxima*, para os romanos; a perda da paz, para os germanos (BRAVO, 1984, p. 138).

[63] Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 - Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.
Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica (...).

relações jurídicas, com proteção autônoma (SOUSA, 2011, p.188-189); realidade fática esta que pode ser facilmente perceptível na dinâmica social, independentemente de quão eficaz seja o Direito para regulamentá-la.

Determinados direitos da personalidade não são compatíveis com a tutela *post mortem* – a exemplo do nome; outros são transmutados com a morte em direitos de outra qualidade, autônomo\s, como a proteção à memória, originária do direito da personalidade à honra; há direitos que não existiam enquanto havia a vida – como a proteção ao cadáver, pois, apesar dos aspectos morais que o permeiam e da sua correlação com o direito à integridade física, não são direitos da personalidade.

É justamente em relação a esse aspecto que se deve ter cautela para diferenciar os direitos passíveis de pós-eficácia, daqueles que não são sujeitos à eficácia póstuma, mas apenas apresentam a morte como parte integrante dos seus respectivos suportes fáticos.

Somente há que se falar de suscetibilidade à pós-eficácia em relação àqueles direitos que originalmente tinham como suporte fático a personalidade da pessoa viva e que, mesmo após a morte do sujeito de direito, ainda persistem no mundo jurídico, são exercidos em legitimação extraordinária por terceiros - conforme rol previsto em lei - sem que tais legitimados tenham adquiridos tais direitos, apenas eles permanecem exercendo uma representação numa projeção da esfera jurídica daquele que faleceu.

Ao passo que no caso dos direitos que tradicionalmente têm como suporte fático a morte, não há configuração de pós-eficácia, o que ocorre, na verdade, é meramente uma eficácia jurídica ordinária, posto que uma vez configurado o preceito previsto no suporte fático, contendo nele o evento morte, há a concreção e a consequente incidência das normas jurídicas, como o que ocorre no regime sucessório de direitos.

6.3 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DA PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A verdade na ciência é uma ordenação dos fatos, organização da experiência em padrões que formalizados constituem a rede de leis científicas, assim como condensam a volta de conceitos. Desta forma, a ciência obtém a sua coerência, sua força intelectual e imaginativa, ao mesmo tempo dos conceitos em que sua lei se cruza, como pontos de uma malha (BRONOWSKI, 1979, p. 58).

Existem conceitos que permanecem invariáveis ao longo das gerações e, não obstante, seus conteúdos mudam de tal forma que, na realidade, a substância que agora se atribui a esses conceitos não é mais aquela atribuída anteriormente (RAS, 1944, p. 153). A morte, a personalidade jurídica e o desdobramento dos seus direitos são exemplos de conceitos que, na atualidade, têm sentidos diferentes daqueles que apresentavam originalmente.

A descoberta das coisas é processada em três fases: a) Primeira: existem apenas os dados separados do sentido, o que se vê ou é assim ou não é, “ou se vê a cara, ou a coroa”, não cabe nenhuma outra apreciação; b) Segunda: coloca-se “a cara e a coroa juntas”, vê-se que faz sentido, que é coerente, tratar as duas partes da experiência como uma só coisa; c) Terceira: ter um símbolo ou nome para “a moeda no todo”, a coisa tem um nome (BRONOWSKI, 1979, p. 38).

Um dos conceitos mais transmutados ao longo da história é a morte, e é avaliado sobre prismas diversos a depender do tipo de conhecimento no qual ela é inserta. Mesmo que seja analisada exclusivamente no âmbito científico, a depender do tipo de Ciência na qual ela é objeto de estudo, pode ser compreendida em acepções plurais.

Nas ciências biológicas, a morte é tida como etapa inevitável do curso vital pelo qual os seres vivos passam – o ser humano nasce, cresce, reproduz ou não, envelhece ou não, e morre. Entretanto, a morte individual do ser humano não significa necessariamente a extinção da sua espécie, uma vez que a ela sucede a continuidade das futuras gerações, por meio dos novos nascimentos. Coadunado

com o conceito biológico e com base nos aspectos fisiológicos, nas ciências médicas o falecimento é o marco auge do colapso irreversível homeostático do corpo, ou seja, da finitude plena, definitiva, do organismo.

O critério atualizado para a detecção do momento do falecimento é a parada da atividade encefálica, porém já foi adotado o critério da perda das funções cardíaca e respiratória – conceito este que foi ultrapassado com as técnicas de transplante de coração. Independentemente de qual definição de morte seja utilizada, é possível afirmar que é praticamente unânime a ideia de que quando há a perda irreversível das funções físico-químicas há uma mudança moral importante, além da biológica.

“A morte nunca foi um fenómeno meramente biológico, mas sim um fenómeno cultural do âmbito da existência moral” (CAMPOS, 2016, p. 478). A vida é, portanto, um estado provisório, um movimento em direção à inércia, o estado final de toda a matéria, e o legislador não tem escolha senão observar essa transição do estado vivo para o inerte, para a morte (MIRANDA, G., 2007, p. 797). “Saber o que é a morte e estabelecer o seu diagnóstico, bem como o da data em que ela se verifica são *questões de fato* que envolvem problemas científicos extremamente complexos” (SOUSA, 1990, p. 176, grifos do autor), especialmente em termos de efeitos jurídicos.

O *status* moral é aquele que os seres humanos (e outros seres) ostentam por possuírem reivindicações morais sobre outros ou em relação aos quais as outras pessoas tenham deveres. Como estar morto sinaliza uma mudança crítica no *status moral*, é muito importante a determinação do momento exato da morte, consoante foi sublinhado anteriormente. Ora, caso alguém esteja morto, muitos comportamentos que seriam impróprios para os vivos, tornam-se apropriados; sendo inadequados até mesmo para pessoas inconscientes, que não estejam respirando e cujos corações não estejam batendo temporariamente. São exemplos de condutas inapropriadas: ler o testamento da pessoa, transferir bens, remover órgãos para transplante (VEATCH, 2014, p. 39 e 44).

Desta forma, para falar em pós-eficácia de direitos da personalidade, é necessário ter certeza de que a pessoa viva não mais é uma realidade naquele caso

e, como consequência, com a morte houve a extinção, técnica e *a priori*, da personalidade e da maioria dos direitos que têm na personalidade o suporte fático.

No momento da morte, há aniquilação do sujeito do direito, da personalidade jurídica, visto que o falecido se mantém como objeto da norma jurídica, porém em uma categoria diferente daquela na qual figura a pessoa. Após o falecimento, ocorrem os efeitos tardios da personalidade, a exemplo da morte como um dano, passível de responsabilização civil e penal; e das diretivas antecipadas de vontade, concebidas originalmente para ter efeitos após o falecimento.

Contudo, tais são as consequências jurídicas que originalmente já tinham a morte no suporte fático, não se confundindo com a pós-eficácia dos direitos da personalidade. Nesse contexto, são questionados os resquícios oriundos da vontade, expressos no período em que figurou como sujeito de direitos da personalidade, podem ser legitimamente garantidos e protegidos pelo Direito.

Não é questão de fácil elucidação, pois enquanto a aquisição da personalidade é antecedida por um período, a gestação, o término da personalidade não é seguido por período correspondente (HÖRSTER, 2003, p. 302). O tabu remanescente sobre o trato da morte dificulta a preparação prática dos reflexos jurídicos desse evento, a pouca aplicabilidade e divulgação das diretivas antecipadas de vontade, que possuem o testamento vital como espécie, pode ser indicada como um dos fatores que contribuem para essa dificuldade.

A personalidade humana apresenta dois aspectos fundamentais: no primeiro, o homem autopossui-se e é autônomo. Constata-se a existência de aspectos que revelam que ele constitui um ente essencialmente singular e distinto dos outros, dotado de finalidade própria em cujo cumprimento ninguém pode substituí-lo. O segundo aspecto da personalidade demonstra que o homem é dominado pela necessidade de transcender que, entre outras consequências, se manifesta na tendência para o encontro com os outros homens – na necessidade de se aproximar dos outros, de viver os problemas deles e de cooperar na salvação deles (SILVA, M.,1965, p. 158-159).

Nessa segunda acepção, a personalidade também reclama satisfação pelo direito, pois é necessário que o homem colabore de forma especial e concreta com

os seus semelhantes. Demonstra-se pela experiência que os homens são colocados em situações particulares as quais se vinculam reciprocamente, por meio de poderes e deveres, com vista a um resultado de conjunto que só é possível ser atingido convenientemente pela colaboração de uns com os outros (SILVA, M.,1965, p. 158-159).

Em síntese, verifica-se que o primeiro aspecto da personalidade está ligado à ideia de identidade e irrepetividade do indivíduo, ao passo que o segundo remonta ao gregarismo, à tendência de participar de comunidades inseridas na sociedade, que demandam a regulação precípua do Direito Civil no trato entre particulares. Essa transcendência que o autor aponta como necessidade das pessoas, pode ser interpretada em um contexto ampliado, para que se compreenda que, quando a personalidade ultrapassa o individualismo, passa a interagir no trato social – como acontece de modo natural – pode vir a demandar que se transceda não somente em relação aos indivíduos, mas no tocante à delimitação temporal para a eficácia dos direitos da personalidade, para que seja possível extrapolar o período da existência terrena.

Partindo-se de alguns pressupostos exaustivamente superados, tanto na doutrina e legislação brasileira quanto na portuguesa, que personalidade é a suscetibilidade a ser sujeito de direitos e obrigações; que ela se inicia com o nascimento com vida e se extingue com a morte; perquire sobre a possibilidade de haver direitos da personalidade cuja eficácia seja prolongada mesmo após o seu fim, com objeto diferente da defesa à memória do morto e da proteção que se destina ao cadáver.

Tendo em vista que a Ciência do Direito tem um objeto real, o mundo dos eventos, e que os eventos geralmente são percebidos como dados em espaço e tempo (ADEODATO, 2015, p. 21), é razoável e esperável que o conceito de morte esteja sempre bem delimitado ao longo do tempo, mas que também seja historicamente atualizado, para que no contexto atual seja corretamente empregado, e garanta a efetiva aplicação dos direitos que, em tese, só teriam eficácia até que o momento da finitude chegasse.

Caso as demandas sociais denunciem a necessidade de tutela de bens transcendentes à vida, a efetividade do Direito mostra-se proporcional à capacidade

técnica de adaptação. Essa atualização é especialmente necessária quando se trata de direitos com fundamentos humanitários, de proteção da dignidade da pessoa humana, como os direitos da personalidade.

É muito natural a tentativa de organizar o novo com base em princípios do antigo, chegando-se até a ser inevitável, sempre que uma nova instituição é resultado da transformação gradual da antiga (DRUCKER, 1962, p. 281). Nessa acepção, comprovar-se-á que a delimitação conceitual da pós-eficácia dos direitos da personalidade é decorrente da gradativa adaptação da ampla tutela *post mortem*, e é igualmente pautada nas mesmas bases axiológicas humanitárias.

Acerca das construções jurídicas sobre a tutela *post mortem*, Menezes Cordeiro (2011b, p. 536-537), apoiado na doutrina alemã, elenca as seguintes:

> a) teoria do direito sem sujeito – após a morte, alguns direitos da personalidade não se extinguiriam, manter-se-iam sem sujeitos;
>
> b) teoria da capacidade parcial – com a morte, seria mantida alguma capacidade para comportar a atuação acerca da tutela e memória do falecido;
>
> c) teoria da subjetividade complementadora ou sublimada – defende que há projeção da dignidade após a morte e que, com base nela, é tutelada a personalidade;
>
> d) teoria do dever geral de conduta – um dever geral de conduta e de respeito embasaria o respeito pelo falecido, não subjetivado em nenhuma pessoa concreta;
>
> e) teorias processuais – regras processuais específicas para as transferências das posições de processo, para prosseguimento das ações;
>
> f) teorias do alargamento de preceitos paralelos – aproveitar da lei os dispositivos que defendem o prolongamento da vontade do falecido, para criar uma generalização;
>
> g) teorias negativistas – na realidade, não seriam tutelados os interesses dos mortos, mas sim dos vivos prejudicados ou atingidos com os ataques à memória do falecido.

Vê-se que a complexidade do problema em questão resulta em propostas com soluções igualmente complexas, bem como desafiam muitas bases da teoria geral do direito. Por essa razão, são distanciadas da unanimidade de consonância de pensamento na doutrina. Entretanto, indubitável é que são efeitos da morte: a extinção da personalidade, deixando de estar sujeito a direitos e obrigações; e há a configuração de fato jurídico *stricto sensu*.

O princípio de que com a morte se extingue a personalidade, ou a capacidade jurídica, não é contraditório às normas que têm por objeto tutelar o defunto e a vontade que ele tinha quando ainda existia. O testamento, ao expressar a vontade do de cujus, não se faz valer por respeito à personalidade de um falecido, mas sim como reconhecimento da faculdade do vivo de determinar e regular a sua própria sucessão, é uma prolongação especial dos efeitos da sua vontade (TRABUCCHI, 1967a, p. 81).

Acerca da natureza da tutela *post mortem*, merecem destaque quatro teorias:

a) teoria da sensibilidade do falecido – procura por meio da determinação da violação reconstituir o que o falecido sentiria caso estivesse;

b) teoria da sensibilidade dos familiares vivos – apela para os sentimentos dos familiares ante a ofensa ao ente querido falecido, mas a lei procura nesse caso defender os direitos da personalidade do falecido, e não dos sobreviventes;

c) teoria da ofensa da memória *in abstracto* – não se concentra nos direitos da personalidade do de cujus, mas sim, no respeito devido à sua memória, a medida da violação e das consequências dependeria da atuação e projeção do morto na sociedade;

d) teoria da ofensa da memória *in concreto* – foca-se no respeito concreto pela memória do morto, tal como ele é sentido e sofrido pelos sobrevivos (CORDEIRO, 2011b, p. 540-541).

As abstrações elencadas reforçam o esforço teórico-argumentativo que precisa ser feito para que o Direito tenha eficácia social conforme as mais diversas especificações da individualidade da pessoa.

Vale frisar que a crise no Direito Civil não é uma doença mortal, apenas um indício de variação e evolução, conforme a mudança ocorre no mundo social. Em grande parte, é nada mais que o desdobramento ou patogênese. A especialização é a lei do progresso e o Direito Civil, sempre em decomposição e sempre vivo e fecundo, gera tanto hoje, como o fez no passado, esplendorosos ramos jurídicos (TOBEÑAS, 1933, p. 18). Dentro dessa perspectiva de especialização, de classificação e subclassificação das categorias jurídicas, faz-se imprescindível traçar a distinção que existe entre tutela póstuma da personalidade, ou tutela *post mortem*, da pós-eficácia dos direitos da personalidade.

A tutela *post mortem* engloba todos os esforços destinados pelo Direito para proteger interesses que se façam presentes a partir da configuração do fato jurídico morte. É gênero do qual os direitos pós-eficazes figuram apenas como uma das modalidades que integram essa gama de proteção. Compõem a tutela post mortem da personalidade, inclusive, os direitos que apresentam como suporte fático a morte, e não é demais frisar que, em relação a eles, há a configuração de eficácia jurídica ordinária, já que ao ocorrer a morte, conforme previsto no suporte fático originalmente, ocorre a concreção e a consequente incidência das normas jurídicas.

Ao possibilitar uma sobrevivência após a existência física de traços da personalidade e a supervivência de alguns dos seus direitos, passa a ser ampliada a acepção de personalidade e dos seus direitos, aplicando-se o método hermenêutico histórico-progressivo, assim como o método teleológico para traçar as justificativas.

Para que haja a pós-eficácia, é preciso tratar dos direitos que foram concebidos tendo como suporte fático a personalidade da pessoa viva, mas que apesar do óbito do sujeito de direito, ainda persistem no mundo jurídico. No caso, são exercidos em legitimação extraordinária por terceiros, sem que configure transmissão de direitos, os legitimados apenas se mantêm no exercício da representação num reflexo da esfera jurídica do *de cujus*. Ou seja, são pós-eficazes os que se prolongam como projeção da pessoa que existia, cuja personalidade serviu de suporte-fático para a existência deles.

Desta forma, alguns direitos da personalidade têm eficácia após a morte do titular que, com o falecimento, deixou de ser pessoa, e essa afirmativa é

juridicamente e moralmente defensável, sem que seja preciso negar que a morte rompe o suporte-fático de tais direitos. Levando em conta a teoria do fato jurídico, pode-se dizer que tais direitos não se tratam de direito ‘do cadáver’ ou ‘dos herdeiros’, inexistindo incompatibilidade entre essa afirmação e concepção de extinção da personalidade após a morte.

Sob essa perspectiva, a análise hermenêutica teleológica, histórico-progressiva e sistemática, tendo como base os diplomas civis e as constituições dos respectivos países, Brasil e Portugal, permite afirmar que apesar de se extinguir a personalidade com a morte – entendimento abstraído do sentido literal da lei - , em respeito à importância que a pessoa então falecida teve no seu curso social, enquanto viva estava, é possível haver efeitos pós-mortais de alguns dos direitos da personalidade, ao abrigo da dignidade da pessoa humana, sem que para tanto seja necessário tecer uma abstração de existência de uma personalidade jurídica pós-mortal, de uma ficção jurídica de difícil delimitação e aplicação, por ser incompatível com a letra da lei.

É necessário que se atenha ao propósito axiológico essencial da defesa da pós-eficácia, qual seja, a dignidade da pessoa humana, para que se perceba a imprescindibilidade de defender a tutela moral após a morte. A pós-eficácia dos direitos da personalidade engloba o direito à honra objetiva e os direitos relacionados à privacidade, em especial, intimidade, vida privada e ao sigilo – em especial relacionado ao segredo concernente aos escritos pessoais; bem como a integridade psíquica e moral.

“O fulcro de tudo está na concepção e aceitação da morte como componente natural da condição humana; mas que, como tal, participa de toda a dignidade dessa condição. Merece-nos, naturalmente, respeito”. (ASCENSÃO, 2009, p. 445). O fato de com a morte se findar a personalidade, não determina a extinção de direitos e vinculações que lhe eram atribuídas em vida, a regra é que tais direitos sejam transmitidos aos herdeiros, mas há certas categorias de direitos que pela sua natureza ou por negócio jurídico, se extinguem após a morte do titular (FERNANDES, L., 2009, p. 209).

De modo que a vigilância da vida humana além da sua duração e da personalidade jurídica por muito tempo foi feita pelo Direito, pautando-se nos direitos objetivos, e não nos direitos subjetivos que pressupõem a personalidade jurídica. Estritamente falando, os direitos extrapatrimoniais são intransferíveis. Mas isso não significa que a proteção concedida pela proclamação dos direitos da personalidade seja enterrada com seu dono. Caso todos assistam, ela vai ficar viva (MIRANDA, G., 2007, p. 820-821).

Pode-se dizer que com a morte se extingue tanto a capacidade de direito, quanto a personalidade, bem como termina a vontade do homem e a sua capacidade de manifestação. No entanto, a morte não apaga a exteriorização de vontade prévia, exceto nos casos em que se referir a direito penal, ou quando houver determinação de lei. Desse modo, os fatos jurídicos produzidos pelo homem, enquanto vivo, podem continuar a irradiar efeitos, caso não dependam da sua vida (MIRANDA, P., 1983, p. 221-222).

Sob esse prisma, pode-se afirmar que as diretivas antecipadas de vontade, contanto que obedeçam aos requisitos de existência e de validade dos negócios jurídicos, podem figurar como legítimos instrumentos criados para terem eficácia após a morte dos autores, para garantir que a vontade seja obedecida quando não for mais possível a sua manifestação. É justamente com base em tais premissas básicas que é plenamente defensável a pós-eficácia dos direitos da personalidade.

Ora, se é possível afirmar que a pessoa sobrevive como um centro de interesse quando se trata de distribuição da propriedade após a morte, bem como quando há substituição processual em determinado processo jurídico dantes em curso, essa centralidade na pessoa que existia deve ser mantida em relação a determinados direitos da personalidade, relacionados com a integridade psíquica e moral, honra objetiva, intimidade e a privacidade, pois a ideia manutenção deles tem a potencialidade de proporcionar maior conforto na terminalidade, para aquelas pessoas que temem ter seus segredos depravados no futuro. Trata-se de proteção sobrevivente à morte, com base na proteção do interesse e dos direitos da pessoa que existiu e naquele momento está morta.

Os termos pós-eficácia, transeficácia e eficácia póstuma indicam o mesmo instituto, porém cumpre ressaltar que se prefere a adoção do termo pós-eficácia em

detrimento dos demais, devido à consolidação do termo em sede de direito obrigacional, apresentando como grande expoente Rui Barbosa (1948).

Acompanha o uso da terminologia pós-eficácia no âmbito de direitos das obrigações Menezes de Cordeiro (1984b, p. 1291; 1991, p. 158), ao expressar que "os deveres acessórios manifestam-se, também, depois de extinta a obrigação: é a pós-eficácia das obrigações ou *culpa post pactum finitum",* e explica que tal instituto tem origem na jurisprudência alemã, a qual em 226 de setembro de 1925 decidiu que depois de consumada uma determinada cessão de créditos, permaneceria o cedente obrigado a não tolher a posição do cessionário. O relator Rui Moreira, em sede de acórdão no Tribunal da Relação do Porto, de Portugal, datado de 08 de julho de 2015 destaca:

> I - O instituto da pós-eficácia das obrigações ou culpa *post pactum finitum* corresponde a um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do fim da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzida das vantagens oferecidas pelo contrato.

Professor Paulo Lôbo (2003, p. 1) propõe o uso do termo transeficácia nos seguintes termos: "os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; pode haver a transeficácia deles, *post mortem*, de modo a que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra ou à imagem do falecido, ocorrida posteriormente ao falecimento". Tal terminologia é seguida por Aquino Júnior (2011, p. 148-149):

> A morte ocorre com a cessação das atividades vitais do indivíduo, extinguindo-se as funções encefálicas. Contudo, o ordenamento jurídico outorga proteção a uma série de situações, mesmo após o falecimento do titular, como o direito à imagem, ao nome, à honra, exercidos pelos parentes ou herdeiros do de cujus. É a transeficácia dos direitos da personalidade. Ressalte-se, não obstante, que o que se transmite não é o direito da personalidade, mas- a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando existam (AQUINO JÚNIOR, 2011, p. 148-149).

Verifica-se que a transeficácia proposta pontualmente por Lôbo (2003) tem acepção sinônima à pós-eficácia dos direitos da personalidade. No tocante ao posicionamento de Aquino Júnior (2011), vale atentar para algumas discordâncias em relação ao que se defende na tese proposta: não está delimitada a distinção entre a proteção à memória e a pós-eficácia; engloba os direitos à imagem e ao

nome como se todos eles fossem igualmente objeto do instituto de tutela em questão; e a maior incongruência diz respeito à circunscrição dos efeitos exclusivamente na esfera patrimonial.

É certo que a regra é a de que a morte faz com que o titular perca todos os direitos subjetivos e deveres da sua esfera jurídica. Em regra, os pessoais são extintos pura e simplesmente, embora outra situação jurídica venha a ocupar as suas funções. Extinguem-se os direitos conjugais, por exemplo, ao passo que os direitos patrimoniais serão transmitidos para os sucessores (MENDES, João, 1978, p. 230). É correto também que a pós-eficácia, na qualidade de teoria adaptativa dos direitos às necessidades decorrentes das transmutações sociais e do amadurecimento e aprofundamento dos estudos jurídicos sobre os direitos da personalidade, resulta em efeitos precipuamente extrapatrimoniais.

Além da existência física ou material de certos bens da personalidade do defunto, também é possível que sua vontade objetivada continue a influenciar as relações jurídicas e os reflexos do espírito do falecido continuem presentes e atuantes nas suas objetivações pessoalizadas. Em tais interesses, projeta-se também a comunidade humana, na sua transtemporalidade, e são tutelados de forma autônoma pela ordem jurídica (SOUSA, 1995, p. 194-195).

Quando há a transmissão dos direitos da personalidade, ocorre no interesse do morto, enquanto que no caso de transmissão de direitos patrimoniais, ocorre no interesse dos herdeiros. Os direitos do falecido são mantidos após a morte, desde que ele tenha tido interesse para tanto, e o exercício será feito em seu interesse, mas por pessoas que tenham legitimidade, e esses direitos não caberão aos parentes, serão direitos do *de cujus* (CAMPOS, 2016, p. 483 e 485).

Em relação à importância dessa proteção, como os direitos da personalidade buscam impedir que terceiros interfiram na esfera da personalidade humana, garantindo à pessoa o exercício de todas as suas qualidades essenciais (BELTRÃO, 2013, p. 218), não haveria, em princípio, justificativa teleológica para se negar a pós-eficácia de alguns direitos da personalidade, pelo contrário, sobram motivos para ser favorável ao prolongamento da eficácia além da vida, com base no respeito à subjetividade da individualidade da pessoa titular de direitos da personalidade.

Nessa vertente de pensamento, em definitivo pode-se asseverar que não há incompatibilidade entre a tutela *post mortem* e a extinção da personalidade. De modo didático, podem-se agrupar os conceitos afins sobre o tema da seguinte forma:

a) Proteção *post mortem* da personalidade - ou proteção póstuma da personalidade – é uma expressão genérica que abarca todo tipo de tutela jurídica, autônoma ou derivada, ordinária ou extraordinária, dos direitos da personalidade, do falecido e dos seus herdeiros. Uma das modalidades de proteção *post mortem* ocorre via a pós-eficácia;

b) Pós-eficácia dos direitos da personalidade, transeficácia e eficácia póstuma são sinônimos, indicam situações extraordinárias em que, apesar de não se negar que de fato ocorra o fim da personalidade com a morte, se reconhece a possibilidade de alguns direitos da personalidade prolongarem os seus efeitos para além da vida, ou seja, mesmo após a extinção do suporte-fático no qual tais direitos se apoiaram para sofrer concreção. Nesses casos, não há que se falar em direito dos herdeiros ou de pessoas próximas ao falecido, são direitos do próprio morto, e os herdeiros, ou o Estado – na falta de sucessores – terão legitimidade processual para requererem a defesa, em nome alheio;

c) Sobrevivência dos interesses, da vontade ou efeitos tardios da personalidade, não são expressões sinônimas da pós-eficácia, mas sim consequências derivadas dela. Ao reconhecer que é possível prolongar efeitos dos direitos da personalidade após o falecimento, à luz da proteção dos direitos da personalidade, em prol do respeito à integridade moral, à honra, à imagem, para se proteger o princípio fundamental da dignidade e o direito fundamental à liberdade, é razoável e esperado que sejam atestados os interesses, atos de vontades e outros efeitos da personalidade que não cessam imediatamente após a morte do seu titular. Configura-se, pois, uma situação derivada da pós-eficácia, sem que seja confundida com ela;

d) Sobrevivência da personalidade do falecido e personalidade jurídica parcial pós-mortal, são expressões incompatíveis com o disposto tanto no ordenamento jurídico cível brasileiro quanto no português. Não há como defender uma sobrevivência da personalidade do morto, e mesmo o conceito mais mitigado,

de personalidade parcial, também é diretamente incongruente com a interpretação gramatical dos Códigos Civis dos países em análise. Ainda que se fizesse um esforço hermenêutico teleológico, seria também temeroso dizer que a intenção dos legisladores era diretamente dissonante com o que se afirmou literalmente, que a personalidade se extingue com a morte.

6.4 FONTES LEGAIS PARA A DEFESA DA PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Tanto no Direito brasileiro quanto no Direito português, os direitos da personalidade têm topografia, em termos materiais, nos respectivos Código Civil dos países, porém a tutela jurídica da personalidade não se restringe às margens do Direito Civil, pois a personalidade e seus direitos respectivos também são protegidos no âmbito do Direito Penal e do Direito Constitucional – este último âmbito é justificável pela coincidência dos propósitos em relação aos direitos fundamentais.

Como é sabido que a pós-eficácia tem raízes na preocupação em relação à transcendência da vida; conforme se verificou, as Ciências Jurídicas não foram a primeira área de conhecimento a terem tal inquietação. Verificou-se que a ideia de justiça intergeracional denota que o Direito se destina não somente a regular os bens jurídicos do tempo presente, mas preocupa-se com as gerações vindouras; e que se aplicando a teoria econômica dos incentivos racionais aos direitos da personalidade, é possível estimular uma tutela em vida, especialmente do direito à intimidade e seus correlatos, protegendo-se, por consequência, a integridade psíquica da pessoa.

Há várias bases argumentativas, de cunho jurídico ou não, para justificar a necessidade de enfrentamento da realidade após a morte e para o Direito reconhecer que alguns bens necessitam de tutela *post mortem*. Constatou-se que é plenamente possível e plausível construir doutrinariamente uma concepção de pós-eficácia dos direitos da personalidade, na qualidade de espécie do gênero proteção póstuma ou tutela *post mortem* da personalidade. Tanto é possível que foi delimitado nesta tese o conceito do instituto, em contraposição às definições afins.

Em complemento, sabendo-se que a questão da certeza e segurança em relação à existência de um sistema jurídico está largamente dependente de haver um reconhecimento da norma geral e abstrata com fonte do Direito (CAMPOS, 2008, p. 76); far-se-á a abordagem, em seguida, das principais fontes legais brasileiras e portuguesas que podem servir de embasamento para a defesa da pós-eficácia.

6.4.1 Brasil: bases legais para a pós-eficácia dos direitos da personalidade

a) Excertos da Constituição da República de 1988 (grifos nossos):

- Art. 1º A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - **a dignidade da pessoa humana**.

A dignidade é o cerne axiológico da Constituição, dos direitos fundamentais e, consequentemente, dos direitos da personalidade disciplinados no Código Civil. A proteção *post mortem* da personalidade tem o objetivo precípuo de tutelar a dignidade, ainda e inclusive, após o óbito.

- Art. 5º, caput, 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. (...);

  Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano material, moral ou à imagem** (...);

- 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 característica da inviolabilidade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos à liberdade e à igualdade é imprescindível para que se entenda a importância da pós-eficácia, já que o instituto respeita o direito à liberdade, quanto à escolha da pessoa, em relação à exposição da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem depois do falecimento, em prol da preservação da integridade psíquica em vida, especialmente quando adentra a terminalidade. Liga-se ao direito à igualdade por buscar garantir que os direitos pós-eficazes tenham igual eficácia para

os mortos, cujas projeções subsistem, assim como tem para os vivos. E em caso de violação, em vida ou em morte, caberá responsabilidade civil.

- Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as **pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua **dignidade e bem-estar** e garantindo-lhes o direito à vida.

A proteção da pós-eficácia pode ser pleito feito em diretivas antecipadas de vontade, a exemplo do testamento vital. Logo, ao garantir a dignidade e o bem-estar das pessoas idosas, pode-se concluir que o direito de ter sua intimidade imaculada após a morte, é uma segurança psíquica que pode garantir um maior conforto espiritual e integridade psíquica para o idoso que, eventualmente, se encontre na terminalidade.

b) Excertos do Código Civil de 2002 (grifos nossos):

- Art. 1 º **Toda pessoa é capaz de direitos e deveres** na ordem civil;
- Art. 2 º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento **com vida** (...);
- Art. 6 º **A existência da pessoa natural termina com a morte** (...):

A análise conjunta dos artigos supra expressos ratifica o fato de que a existência com vida se encontra no suporte fático dos direitos da personalidade. A literalidade do texto artigo 6 º remeteria à supressão completa dos direitos da personalidade, mas, consoante comprovado, há alguns direitos da personalidade os quais as tutelas transcendem a vida, por meio da aplicação de métodos hermenêuticos teleológico, histórico-progressivo e sistemático.

- Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade **são intransmissíveis** e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

A intransmissibilidade é mantida em relação a determinados direitos da personalidade pós-eficazes, e a tutela que ocorre com a transcendência da vida é pautada na garantia plena da personalidade, inclusive dos reflexos que remanescem na sociedade, após a morte, para que se garanta a plena tutela da dignidade da pessoa humana. Essa proteção ocorre em interesse do morto, em respeito à projeção da personalidade que antes existia.

- Art. 12. Pode-se exigir que **cesse a ameaça, ou a lesão**, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

  Parágrafo único. Em se tratando de **morto**, terá **legitimação** para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Utiliza-se tal passagem, adaptando-a ao contexto da pós-eficácia para defender que os herdeiros e até terceiros, muito próximos ao falecido, têm legitimidade para requerer a tutela pós-morte da personalidade, mas não em interesse próprio.

- Art. 21. **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.

À luz da teoria da pós-eficácia, entende-se que tal inviolabilidade deve permanecer após a morte.

6.4.2 Portugal: fundamentos legais para a pós-eficácia dos direitos da personalidade

É oferecida grande relevância à proteção da vontade da pessoa, mesmo depois da sua morte, pelo legislador português (PEREIRA, André, 2012, p. 315). Seguem algumas bases legais que comprovam esta afirmação.

a) Excertos da Constituição da República Portuguesa[64] (grifos nossos):

- Artigo 1.º - Portugal é uma República soberana, baseada na **dignidade da pessoa** humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade **livre, justa e solidária.**

Verifica-se a presença do objetivo principal da pós-eficácia dos direitos da personalidade, qual seja a tutela da dignidade da pessoa, garantida especialmente pelos direitos associados aos ideais de liberdade, justiça e solidariedade. Conforme foi demonstrado, a teoria da pós-eficácia busca garantir a liberdade acerca da escolha sobre a exposição da privacidade após a morte; ao fornecer igual tutela para

[64] Última revisão constitucional data de 2005.

os mortos, em relação a alguns direitos da personalidade, mostra a preocupação em garantir a realização da justiça no plano eficacial de tais direitos, com viés eminentemente solidário.

- Artigo 2.º - A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado (...) no **respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais** (...).

A pós-eficácia dos direitos da personalidade contribui com a garantia da efetivação de tais direitos, no mesmo sentido, o dispositivo em comento sublinha a necessidade de se focar na efetivação dos direitos enraizados na dignidade, só que previstos na Constituição.

- Artigo 25.º, n. 1. A todos são reconhecidos os direitos à **identidade pessoal**, ao **desenvolvimento da personalidade,** à capacidade civil, à cidadania, **ao bom nome e reputação, à imagem,** à palavra, à **reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação**.

Todos os direitos grifados servem de base para a defesa da pós-eficácia, de acordo com o que foi demonstrado no retrospecto doutrinário.

b) Excertos do Código Civil de 1966[65] (grifos nossos):

- Artigo 66.º, n. 1. - O início e termo da personalidade jurídica são fixados igualmente pela lei pessoal de cada indivíduo.
- Artigo 68.º, n. 1. - A personalidade cessa com a morte.

Constata-se uma congruência no tocante ao início e ao fim da personalidade, em comparação com a legislação brasileira. Como já foi exaustivamente suscitado, o término da personalidade não significa incompatibilidade com a pós-eficácia dos direitos da personalidade.

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

[65] Última atualização data de 2009.

A proteção à personalidade moral e aos seus reflexos após o falecimento, passível de responsabilização cível, é a principal consequência da efetivação da pós-eficácia dos direitos da personalidade. Há compatibilidade entre tal previsão e o disposto no Código brasileiro, ainda que expressa em diferentes termos.

- Artigo 71.º, n. 1. – Os direitos de personalidade gozam **igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.**
- Artigo 71.º, n. 2. – Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.
- Artigo 71.º, n. 3. - Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere.

O artigo Artigo 71.º é o principal dispositivo legislativo português que garante a pós-eficácia dos direitos da personalidade, pois garante a literalidade do n.1 atesta a necessidade de se manter proteção, mesmo após o óbito do titular; expressa quem são os legitimados para requerer a tutela, deixando implícito que é direito do morto, e que os titulares atuarão em interesse dele; e ressalta a preocupação com o consentimento nesses casos.

- Artigo 80.º, n. 1. – Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem.
- Artigo 80.º, n. 2. - A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas.

Vê-se que há a tutela os direitos abarcados pela Privacidade, e passíveis de serem tutelados após a morte, devido à pós-eficácia, também são disciplinados no Código Civil português, assim como o é no diploma brasileiro.

6.5 TEORIA DOS INCENTIVOS RACIONAIS APLICADA À PROTEÇÃO DA INTIMIDADE COMO ARGUMENTO PARA A PÓS-EFICÁCIA

"A economia compreende todas as atividades do país. Nenhuma atividade do país compreende a economia."

Millôr Fernandes (1994).

O verbo incentivar remete à ideia de estimular, de incitar, alguém ou uma coletividade, a adotar determinada conduta, omissiva ou comissiva. Os incentivos são utilizados tanto pelas ciências jurídicas – para incitar as condutas julgadas como lícitas e desestimular as atitudes ilícitas; quanto pelas ciências econômicas – para imprimir uma prática comercial ou consumerista, em detrimento de outra. É certo que a liberdade é um direito fundamental, e como consequência, as pessoas têm uma margem de atuação conforme suas convicções, a questão é que o ser humano responde a incentivos e, na maioria das vezes, nem sequer tem consciência de que a sua atuação, que em tese foi livre, foi direcionada por forças externas à sua vontade, que podem ter várias origens, inclusive nas políticas econômicas e nas determinações legais.

Na vida de relação humana, todas as atividades são complementares, interferem umas nas outras, fazendo com que a natureza gregária evolua e se sedimente em formas permanentes e institucionalizadas de divisão social de trabalho. As vantagens desse estado são visíveis e expressam-se constantemente nas trocas econômicas. Como desvantagem, pode-se elencar a dependência recíproca entre os agentes dessas trocas e a necessidade de definição e proteção das esferas de interesses com base no potencial de interferência dos planos de atuação de cada um (ARAÚJO, 2019, p. 827). É justamente nesse contexto que se enxerga mais claramente a importância da economia.

Há, no mínimo, três significados diferentes para o termo “economia”: a) relaciona-se à qualidade de ser estrito ou austero no uso de recursos ou valores; b) liga-se à característica comum das atividades que buscam um ganho pecuniário e compõem a “economia” de um país ou de outra localidade; c) refere-se à ciência que sistematiza a atividade econômica – descrita no segundo significado (SINGER, 2011, p. 7). Economia, neste último sentido é, portanto, a ciência social que se

ocupa de estudar as escolhas que as pessoas, as empresas, os governos e sociedades inteiras fazem quando se defrontam com a escassez e com os incentivos que influenciam e conciliam tais escolhas (PARKIN, 2009, p. 2).

Nas “economias de mercado” - como a brasileira - compreendidas como aquelas em que a maior parte da produção é dividida em unidades especializadas e vendem o que produzem sob a forma de mercadorias, cada empresa tem liberdade para escolher o que produzir, o quanto vai fazer de cada bem ou serviço, e de estabelecer o preço que cobrará; e os consumidores também são livres para decidir o quanto desejam comprar de cada mercadoria. Nesse cenário, quando o governo tem a iniciativa de fixar os preços ou estabelecer cotas de produção ou de consumo, o racionamento, as regras básicas da economia de mercado não estão sendo seguidas (SINGER, 2010, p. 9-10).

O valor corresponde ao grau de utilidade que os bens e serviços apresentam para satisfazer as necessidades dos consumidores (MENDES, Judas, 2009, p. 258), e tanto a renda do indivíduo quanto os preços com os quais ele se defronta servem de limites para as suas escolhas de consumo, ao passo que as suas preferências determinam a utilidade que ele pode obter de cada possibilidade de consumo (PARKIN, 2009, p. 154). O valor é utilizado como critério decisivo acerca do questionamento sobre se uma transação econômica vai ser concretizada ou não, mas sua determinação não é estática, o valor do produto ou serviço varia de acordo com o consumidor e de acordo o grau de incentivos externos incidem sobre ele.

Partindo do pressuposto de que custos totais são a soma dos custos fixos e variáveis, e representam a menor despesa necessária para produzir cada nível de produto, é o denominador da soma dos custos fixos e dos custos variáveis. Chega-se à noção de custo marginal que pode ser conceituado como o custo adicional ou vinculado à produção de uma unidade adicional do produto, serve para medir a variação no custo total provocada pelo aumento, em uma unidade, da quantidade produzida (MOCHÓN, 2007, p. 58).

As escolhas dos indivíduos respondem aos incentivos, uma mudança no custo marginal ou no benefício marginal é capaz de alterar os incentivos encontrados, levando à uma mudança de escolha. A ideia central da economia é que há a possibilidade de se prever o modo como as escolhas serão mudadas, por

meio da análise das mudanças nos incentivos. Caso diminua o custo marginal ou aumente o benefício uma atividade será mais realizada, caso o custo aumente e o benefício diminua, a atividade será realizada com menor frequência. Por tal razão, os incentivos também são utilizados para conciliar o interesse pessoal com o interesse social (PARKIN, 2009, p. 10). Sob esse aspecto, pode-se asseverar que previsão da evolução das escolhas e das condutas decorrentes das modificações dos incentivos constitui um dos objetivos pragmáticos da ciência econômica, e se realiza por meio da observação de variações nos custos e benefícios marginais, com base nos padrões normais de conduta (ARAÚJO, 2002, p. 34).

A economia forneceu uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções parecem preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções do mesmo modo que respondem aos preços. As pessoas reagem a preços mais elevados, consomem menos do bem mais caro, então, presumivelmente, as pessoas respondem às sanções legais mais pesadas, fazendo menos da atividade reprimida. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) para analisar os efeitos dos preços e do comportamento (COOTER; ULEN, 1998, p. 3).

Essas teorias tentam organizar em métodos as motivações e as repercussões das escolhas que influenciam na prática econômica, tanto em uma perspectiva individual, na qualidade de consumidor, quanto sob um prisma institucional, na qualidade de agente econômico. A aplicação dos incentivos em âmbito particular pode ser vislumbrada nos seguintes termos:

> As escolhas que fazemos dependem dos incentivos que encontramos. Um incentivo é uma recompensa que estimula uma ação ou uma penalidade que desestimula outra. Se o preço do refrigerante diminui, a criança tem um incentivo para escolher mais refrigerante. Se está em jogo um lucro de $ 10 milhões, o milionário tem um incentivo para abrir mão do jogo de golfe. À medida que os preços dos computadores caem, as escolas têm um incentivo para proporcionar conexão à Internet a mais salas de aula (PARKIN, 2009, p. 2).

> Com efeito, cada indivíduo pode, isoladamente ou em grupo, alimentar projectos de maximização dos seus interesses; mas cedo se aperceberá de que a proximidade dos outros – todos os outros, sejam eles ou não seus parceiros na divisão do trabalho – impõe limitações à plena consumação daqueles projectos: porque os outros,

> todos os outros, têm igualmente planos maximizadores que interferem com os seus, além de interferirem entre eles (ARAÚJO, 2019, p. 827).

O condicionamento dos posicionamentos humanos por meio da política dos incentivos externos faz com que, muitas vezes, as pessoas tenham uma falsa noção de total liberdade e autonomia quando, na verdade, estão sendo levadas a tal comportamento. Essa ilusão é devida ao fato de que as reações futuras já terem sido previstas, com base em estudos organizados, utilizando-se métodos que possibilitam antecipar as reações aos estímulos - ao menos de forma hipotética; a margem de erro das expectativas decorre diretamente da extensão da liberdade dos agentes que, por mais mitigada, subsiste em meio às políticas de estímulos previamente pensados. Essa liberdade do agente varia com o grau de elasticidade que ele apresenta em relação a um determinado produto ou serviço.

A elasticidade é termo comum utilizado na Economia para designar o grau de impacto que uma alteração de uma variável - dentre as variáveis que norteiam o poder decisório em uma tratativa econômica - exerce sobre outras. Afirma-se que uma variável considerada elástica é aquela que responde às alterações, do modo como racionalmente se supunha que responderia; inversamente, uma variável inelástica não responde, ou responde muito pouco, às mudanças das demais variáveis.

Desta feita, a elasticidade é critério utilizado para calcular até qual margem é válido o aumento de preço, para evitar que um acréscimo exagerado impeça, por completo, a concretização das transações econômicas; e também serve para nortear os agentes públicos que buscam alterar o padrão de conduta na microeconomia, pois a elasticidade do produto ou serviço é determinante para planejar o grau de estímulo ou de desestímulo que se demanda para motivar uma ação em determinado sentido, em detrimento daquele que naturalmente seria seguido, caso não houvesse interferência.

Seguindo essa linha de pensamento, pode-se dizer que apesar de outras teorias econômicas – teoria dos preços, teoria dos jogos etc. - também considerarem o poder das incitações, há uma teoria específica que trata do tema com maior precisão, é a teoria da escolha racional, também conhecida como teoria da escolha, teoria dos incentivos, teoria dos incentivos racionais ou, ainda, teoria da ação racional.

A teoria dos incentivos representa a aplicação da abordagem econômica na ciência política e no estudo dos fenômenos políticos (LOHMANN, 2008, p. 2), já que foi instituída para compreender e modelar comportamentos sociais, econômicos e individuais. É o principal paradigma dominante na microeconomia que passou a ocupar lugar central na ciência política moderna e em outras ciências, como sociologia e filosofia (OGU, 2013, p. 90). Os princípios básicos subjacentes a essa teoria podem ser organizados resumidamente em três afirmações: a) a explicação de um fenômeno social significa torná-lo a consequência de um conjunto de declarações que devem ser facilmente aceitáveis; b) uma teoria sociológica é boa quando interpreta qualquer fenômeno social como resultado de ações individuais; c) as ações devem ser analisadas como "racionais" (BOUDON, 2009, p. 179).

Como é autoexplicativa, a teoria da escolha racional pressupõe que os indivíduos fazem escolhas e decisões que consideram ser racionais, sem se importarem com as circunstâncias e situações em que houve a escolha, sem considerarem os seus impactos, e tampouco se preocuparem sobre se as decisões são racionais ou não; não atentam sequer para o fato de que os valores, crenças e filosofia individual influenciam a racionalidade dessas escolhas e decisões tomadas. Consequentemente, as escolhas podem ser racionais ou não, dada à subjetividade da racionalidade (OGU, 2013, p. 98), os incentivos, estes sim, são sempre os são pré-pensados.

O uso dos incentivos para conciliar o interesse pessoal com o social permite a afirmação de que o fato das escolhas de alguém não estarem em conformidade com o interesse social deve-se aos incentivos encontrados, o que faz com que um dos principais desafios dos economistas seja compreender esse sistema de incentivos para que haja uma adequação dos interesses pessoais com os sociais. Ao considerarem que as pessoas – consumidores, produtores, políticos e funcionários públicos – agem movidas pelos interesses pessoais, os economistas ressaltam o poder crucial das instituições em prol proteção dos interesses sociais, atuando justamente nos incentivos com os quais os indivíduos se defrontam ao buscarem os interesses pessoais (PARKIN, 2009, p. 10).

Diante da comparação entre benefícios e custos que ocorre por parte dos que podem decidir livremente no cenário econômico, é possível condicionar a conduta do

agente econômico, sem que tal ação resulte em retirada da sua liberdade de escolher e decidir. Esse condicionamento ocorre por meio da interferência nos incentivos, que são para o agente econômico o valor absoluto e relativo dos ganhos e perdas esperados na sua próxima decisão, são os pontos de referência utilizados para as suas escolhas, são as motivações para agir (ARAÚJO, 2002, p. 34). É feita essa ponderação pelos agentes políticos, que devem antever os cenários possíveis, ou seja, quais as consequências que as incitações de conduta terão em âmbito social.

Em contraposição, vale ressaltar que a ênfase nos incentivos apresenta como preço o sacrifício dos valores igualitários, pois para que uma economia assente nessa perspectiva, apela para os fatores que diferenciam as pessoas: a desigualdade de talentos, de oportunidade, de formação, e até de sorte, para que cada um acalente uma esperança de conseguir uma remuneração, cota-parte da riqueza, correspondente com justiça ao esforço, empenho, talento, à boa fortuna, com que de modo individual e diferenciadamente participou no processo produtivo. Sendo assim, para que uma economia nivele de modo igualitário em nome da justiça, tem que estar preparada para encarar a perda dos incentivos e as respectivas consequências, nomeadamente, a queda do nível de atividade econômica e da capacidade de gerar riquezas (ARAÚJO, 2002, p. 36).

Para traçar a extensão da liberdade dos agentes políticos, agentes econômicos e dos consumidores; para impor os valores que englobam a justiça nas práticas econômicas; para garantir a compatibilização dos interesses pessoais com os sociais, mister se faz a aplicação do Direito, evidenciando a importância da interdisciplinaridade nesse contexto.

Sob esse aspecto, a ambiguidade do Direito contemporâneo, em relação a ser ao mesmo tempo um fator de libertação e de opressão, não é paradoxal, é uma consequência de o Direito ser a totalidade da vida considerada sob um determinado ponto de vista. Com base nas sociedades marcadas pela desigualdade e injustiça, seria estranho que essa realidade não fosse refletida (ATIENZA, 2014b, p. 344). A natureza multicultural das sociedades hodiernas, a integração das economias, a aguda consciência da necessidade de “inclusão do outro”, a eliminação das barreiras à liberdade econômica, a crescente “juridificação” da vida jurídico-privada

fizeram com que a proteção jurídica contra a discriminação estivesse na ordem do dia (PINTO, P., 2018, p. 123).

Assim como o Direito tem grande serventia, chegando até a ser imprescindível para a Economia - principalmente para a Economia Política - os métodos e teorias das Ciências Econômicas são muito úteis para o estudo do Direito, chegando-se a defender a Análise Econômica do Direito como um método específico de abordagem jurídica. Richard Posner (2011, p. 8) esclarece que tal aplicação comporta a tentativa de explicar e prever o comportamento dos grupos que têm participação no sistema jurídico, bem como de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema.

A capacidade de utilizar a análise econômica do Direito para explicar aspectos do Direito e sugerir critérios a serem utilizados na criação, interpretação e aplicação parece indubitável, apesar de pontuar que dificilmente é possível aceitar que todos os problemas do Direito podem ser tratados em termos de eficiência (ATIENZA, 2014b, p. 336), tampouco se tem tamanha pretensão. O Direito é analisado pela Economia ressaltando a estrutura de incentivos que aquele executa, procurando acentuar os resultados decorrentes da alteração das condutas em resposta a esses incentivos, tornando evidentes os critérios de racionalidade do acatamento ou não das normas (ARAÚJO, 2002, p. 34-35). O desestímulo à prática de determinada conduta apresentada pelo Direito deve evidenciar o peso suficiente na sanção, para que tenha eficácia social. Inversamente, por obviedade, o Direito pode se valer dos seus preceitos para incentivar condutas que ostente como preferíveis, com base nos princípios e nos direitos fundamentais.

A teoria dos incentivos mostra-se preponderante para que reflita os institutos sob o prisma das consequências sociais diz respeito à noção de propriedade privada e os argumentos contrários ao comunismo, bem como a possibilidade de acumular riquezas suscetíveis de transferência após a morte, para os herdeiros.

A legitimidade do fenômeno sucessório é ligada ao reconhecimento pleno da propriedade privada, podendo-se asseverar que a propriedade privada só é plenamente assegurada, nomeadamente enquanto pressuposto da função individual da dignidade humana, caso seja acompanhada da sua transmissibilidade em vida e

por morte. Uma eventual eliminação, no plano dogmático, da transmissão *mortis causa* da propriedade teria a potencialidade de perturbar gravemente a realidade socioeconômica, especialmente do ponto de vista do adequado aproveitamento da utilidade dos bens, relacionado à função social dos bens. Ora, se com o regime exaustivo e cuidado como o é o do Direito das Sucessões, bem enraizado no meio social, não se consegue evitar graves discussões, mesmo nas famílias mais unidas, não se pode precisar quais consequências a realidade mostraria na sua falta (FERNANDES, L., 2012, p. 21-22).

Desta forma, no âmbito cível do direito das sucessões, verifica-se que caso não houvesse um direito de transferir para os seus herdeiros as riquezas acumuladas em vida, poderia ocorrer um desestímulo na acumulação de bens e demais patrimônios suscetíveis de valoração monetária. Para uma pessoa em fim de vida poderia ser mais compensador, segundo o seu pensamento egoísta, afastado da solidariedade social, desfazer-se de um determinado patrimônio, por um preço abaixo do valor de mercado, mas com a garantia de pronto recebimento da quantia, que fomentar um investimento que a longo prazo seria mais rentável, mas que tal renda, provavelmente, não seria usufruída no curso da sua vida, mas sim pela sociedade em geral, uma vez que não comporia o legado.

De certa forma, a regulação do direito das sucessões faz com que se estimule o acúmulo de riquezas, e se fomente a maior rentabilidade possível do patrimônio privado, com vistas a resguardar a estabilidade financeira dos familiares mais próximos, dos herdeiros.

Sabendo-se, pois, que a ênfase nos incentivos é primordial para que se compreenda o quão viáveis são as soluções econômicas em contextos de liberdade social e política (ARAÚJO, 2002, p. 36), pode-se, em paralelo, constatar que tal abordagem também se mostra crucial para que afira a viabilidade das soluções jurídicas com a proteção da personalidade após a morte do seu titular, uma vez que o prolongamento da proteção dos bens da personalidade pode suscitar um incentivo para uma maior tutela em vida por parte dos seus titulares.

Considerando-se, pois, que uma das maiores funções do Direito é sinalizar os vivos sobre quais ações devem ser perseguidas e sabendo que a morte é o

denominador comum mínimo na sociedade secularizada, pode-se adaptar a teoria dos incentivos para a proteção *post-mortem* da personalidade, com o fito de estimular a proteção dos valores ligados à moralidade pessoal, protegidos em sede de direitos da personalidade, especialmente, em relação aos direitos que envolvem a proteção da intimidade que, consequentemente, tutelam a dignidade da pessoa humana.

Seguindo esta linha de raciocínio, é possível afirmar que a garantia de uma pós-eficácia de alguns direitos da personalidade, especialmente daqueles interligados com alta carga moral, ensejam uma pré-eficácia de autotutela, no sentido de que influencia no trato social mesmo antes do falecimento do titular, posto que a possibilidade de eficácia após a morte dos direitos da personalidade apresenta um potencial de aumentar a tutela do vivo, ao apresentar um incentivo racional de autotutela e um conforto em relação ao alívio que a pessoa em vida pode vir a sentir, ao saber que a sua intimidade não vai ser devassada após a sua morte.

Levando em conta que o conceito de saúde extrapola a ausência de doença diagnosticada, abarcando um caminho para o bem-estar espiritual, emocional e físico cada vez maior, pode-se afirmar que há sempre o potencial de melhorar a saúde pessoal (KURZWEIL; GROSSMAN, 2019, p. 29), é justamente no sentido dessa evolução que a certeza em relação ao resguardo das informações clínicas pessoais após a sua própria morte apresenta a potencialidade de aprimorar a saúde psicofísica do enfermo em fim de vida.

Ora, mas a teoria da escolha racional originalmente foi estabelecida para que os estímulos vislumbrassem ao atendimento de um interesse social. Como é sabido, os direitos da personalidade são personalíssimos, são de cunho individual, mas tal problema hipotético é facilmente resolvido quando em sede de teoria geral do Direto Civil se encontra a função social dessa categoria de direitos, e se constata que ele é destinado a proteger os valores primordiais, com origem histórica nos direitos humanos, protegendo a dignidade das pessoas nas relações privadas.

7 INSTITUTOS CORRELATOS À PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança,
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades”.

Camões (2018).

7.1 A SUCESSÃO DE DIREITOS EM CONTRAPOSIÇÃO À PÓS-EFICÁCIA

Conforme preceitua o artigo 2024º. do Código Civil português, a sucessão é “o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”. O artigo seguinte[66] exclui da sucessão as relações jurídicas que, ou em razão da sua natureza ou por força da lei, devam extinguir-se por morte do respectivo titular, bem como prevê a extinção de direitos renunciáveis, por força da vontade do titular. O disposto no artigo 2025 evidencia a existência de valores pessoais que não são transmissíveis *mortis causa*. Apesar de não haver no Código Civil brasileiro correspondentes exatos para os artigos lusitanos supracitados, a mesma ideia se aproveita para o regime sucessório do país.

Ao analisar o artigo 2024º, consegue-se frisar que o chamamento à titularidade das relações patrimoniais da pessoa falecida ocasiona o estabelecimento de uma verdadeira identidade entre as relações que anteriormente eram encabeçadas pela pessoa falecida e aquelas as quais passa a ser titular o seu sucessor, na área dos interesses abarcados pelo epicentro do fenômeno sucessório. Pode-se, então, dizer que as relações jurídicas permanecem as mesmas após a morte. No retrato ontológico do fenômeno, a modificação ocorre em relação ao sujeito (LIMA, VARELA, 2010, p. 5) que, por impossibilidade fática, deixa de ser o

[66] Artigo 2025.º, 1. Não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força da lei. 2. Podem também extinguir-se à morte do titular, por vontade deste, os direitos renunciáveis.

morto, passando a figurar no polo da titularidade os seus sucessores, novos sujeitos designados para as situações jurídicas remanescentes.

O direito das sucessões refere-se à morte de uma forma não dramática, já que ela, numa perspectiva civilista, não é um final - independentemente de ter sido feliz ou infeliz –, é um fato jurídico que pode gerar obrigação de indenizar, e que pode ter a continuidade dos seus efeitos por meio do direito das sucessões (PINHEIRO, 2010, p. 22).

É essencial frisar que o esquema do direito das sucessões não é o único possível para regular o destino dos bens deixados pelas pessoas falecidas, posto que seria admissível, por exemplo, uma solução que atribuísse o patrimônio ao Estado. A opção dos legisladores, brasileiro e português, pelo regime sucessório torna evidente a exaltação da propriedade privada e do estímulo à acumulação de riquezas, uma vez que quando o patrimônio particular não é consumido em vida, forma o legado e a herança a serem destinados aos seus descendentes, fator que de certa forma tende a estimular o giro capitalista - diferentemente do que se estima que pudesse ocorrer caso a regra previsse a atribuição de patrimônio para o Estado, após a morte do titular do patrimônio privado. Trata-se, pois, de uma preocupação com a transcendência da vida, de cunho econômico-financeiro.

O reconhecimento do elo entre a garantia do direito da propriedade e a sua transmissão, em vida ou por morte, fica evidente no artigo 62º., n. 1[67], da Constituição portuguesa, comprovando que a admissão da *sucessão post mortem* é consequência do reconhecimento de uma propriedade privada. Decorre também da exegese de tal dispositivo a admissão da diversificação de patrimônios, já que seria ilógico que o Estado absorvesse tudo de cada um, após a morte, para em seguida efetuar a redistribuição, posto que tal atitude seria capaz de gerar instabilidade nas relações patrimoniais (ASCENSÃO, 1989, p. 25), e alargaria os trâmites burocráticos sucessórios, que já não são poucos, nem no Brasil, nem em Portugal.

Ao passo que o legado é toda atribuição *mortis causa* a título particular, a herança apresenta uma diferença fundamental no que tange à responsabilidade, já

[67] Art. 62º., N. 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

que unicamente os herdeiros respondem pelas dívidas do *de cujus*, e pelas cargas impostas no testamento (TRABUCCHI, 1967b, p. 416).

Desta forma, a sucessão é caracterizada pelo ingresso de um sujeito na posição dantes ocupada por outro, é a transmissão de situações jurídicas de um para outro (ASCENSÃO, 1989, p. 36). Pode-se, então, salientar que há nitidez de fronteiras do Direito das sucessões, pois mesmo sendo difícil fazer a determinação conceitual do que é sucessão por morte, raros são os casos em que é preciso discutir se certa matéria está situada ou não dentro dos muros desse ramo do Direito (ASCENSÃO, 1987, p.16). A sucessão tange as situações jurídicas das quais era titular uma pessoa singular, de modo que são chamadas à titularidade das relações de um falecido um ou mais indivíduos (PINHEIRO, 2010, p. 20), os herdeiros.

Com isso, para que ocorra a verdadeira sucessão na titularidade das relações patrimoniais é imprescindível que tais relações já existissem previamente na esfera jurídica do *de cujus*, antes da sua morte, não bastando que elas nasçam na esfera jurídica do herdeiro ou do legatário, por morte do seu antecessor, como acontece com as pensões, indenizações ou outros benefícios a que eles tenham direito *iure proprio* e não *iure hereditatis* (LIMA, VARELA, 2010, p. 5).

Em princípio, estão excluídas da sucessão as relações pessoais, ou seja, aquelas que se ligam de modo inseparável à pessoa do seu titular, devido à sua natureza, a exemplo do direito a alimentos, ou por força de a lei as ter considerado normalmente instituídas *intuitu personae,* como o usufruto (PINTO, C., 1996, p. 156). Excluem-se, pois, os valores pessoais intransmissíveis, assim como acontece no caso das relações jurídicas que devam extinguir com a morte do respectivo titular, seja devido à sua própria natureza, seja por força de dispositivo legal. O mesmo ocorre com os direitos que são renunciáveis e que, enquanto vida tinha, o titular expressou vontade no sentido de que sua extinção ocorresse na ocasião da sua morte (COSTA, M., 2018, p. 422).

Há direitos que são constituídos com a morte de certa pessoa, porém são adquiridos por outrem, sem haver sucessão, já que não chegaram a existir na esfera jurídica do falecido. São exemplos: a morte do segurado de vida em relação ao beneficiário da quantia a receber pela companhia de seguros; a aquisição de pensão

ou subsídios por parte de certos familiares da pessoa falecida (FERNANDES, L., 2012, p. 15). Vale ressaltar também que não é configurada a sucessão *causa mortis* se uma pessoa adquirir direitos que pertencem a outra, durante a vida desta, ou adquirir direitos de titular de outra pessoa no momento em que ela morre, quando o falecimento do titular não é mais que um fato acessório, simples termo ou condição do negócio aquisitivo (PINHEIRO, 2010, p. 22-23).

O direito das sucessões busca evitar que a morte perturbe a ordem social. A legislação sucessória e dos direitos das obrigações por muitas vezes impede a percepção de quão extraordinariamente audaciosas são as proposições que concedem à vontade humana um alcance tão poderoso, mesmo além da morte, a exemplo das disposições sobre o direito de emitir testamento, de escolher modalidade funeral e destinação dos órgãos (MIRANDA, G., 2007, p. 707 *et* 805-806). Esta última liberalidade é regulada no Direito Brasileiro, no Código Civil, a partir do artigo 1.881.[68]

Para Ras (1944, p. 160 e 171), quando um proprietário imprime um selo pessoal em sua propriedade ela é convertida em uma expansão do seu espírito e do espírito de sua estirpe. O autor entende que estirpe é o termo mais adequado para expressar a continuidade da família, de geração em geração, dentro da comunidade de sangue da raça. Expressa que a estirpe necessita da base econômica, de patrimônio suficiente para subsistir, assim como frisa que a destruição dos patrimônios leva à caída das estirpes.

Para que o posicionamento doutrinário seja compatibilizado com o conceito contemporâneo de família, é necessário considerar alguns pressupostos: a) não há um único modelo de entidade familiar; b) a verdade biológica apresentada pelo exame de DNA - ácido desoxirribonucleico - não é a única a ser considerada na análise da genealogia; c) o parentesco de origem sanguínea é apenas uma das formas de constituição familiar. Pode-se, então, asseverar que a característica pessoal que é impressa na propriedade privada passa a ser convertida em uma expansão do espírito proprietário e do espírito de sua estirpe, sem que esta última

[68] Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

se restrinja ao tronco familiar atrelado a um modelo de família predeterminado, tradicionalista e de origem sanguínea.

Na verdade, o que é realmente imprescindível é que no caso concreto seja verificado quem são os herdeiros, pois são eles que, na forma da lei, constituem a verdadeira estirpe, posto que é a partir da transferência do patrimônio para os herdeiros, devidamente regulamentada em sede de Direito Civil, que intrinsecamente ocorre também o deslocamento de traços da personalidade do *de cujus,* sem que tal transição implique em transmissibilidade da personalidade propriamente dita.

Em síntese, a admissão de sucessão por morte é capaz de satisfazer às aspirações pessoais intensas, pois apoia o desejo de que uma obra se prolongue depois da morte, de que ocorra uma persistência da personalidade. A possibilidade de marcar ou de dominar o destino dos seus bens exerce um papel de forte estímulo da atividade individual (ASCENSÃO, 1989, p. 25), e raramente é tratada com descaso pelas pessoas que acumularam patrimônio, tangível ou intangível, ao longo da existência.

A preocupação com os fatos posteriores à morte, especialmente no tocante aos herdeiros e os assuntos correlatos ao corpo do defunto, não é situação tão esdrúxula quanto em uma primeira abordagem pode aparentar. Pode-se, na verdade, asseverar que essa consternação, em certa medida, evidencia que uma antecipação sobre os efeitos *post mortem* pode ser de grande valia para evitar lides futuras entre herdeiros ou até entre estes e terceiros - pessoas que caso não sejam consideradas herdeiras, julgam no direito que participam do espólio; ou que podem alegar terem maior conhecimento que os próprios familiares, sobre as últimas vontades do falecido – como um empregado próximo, um enfermeiro que tratou do paciente durante a terminalidade, um amigo íntimo, entre outros exemplos que a casuística pode vir a apresentar.

O que de fato é incontestável é que vários processos são implementados pelas pessoas para organizar, até certo ponto, o que acontecerá depois de suas mortes. Tal fato transparece que, de uma certa forma, há uma sobrevivência de vontade *post-mortem* ou, na falta de disposição prévia do falecido, ao menos

mostra-se clara uma preocupação do legislador em organizar socialmente os reflexos que a morte causará aos herdeiros e às demais pessoas com as quais subsistiam relações jurídicas na época do falecimento.

O direito de testar e o direito de dispor sobre os seus órgãos e funeral são direitos autônomos que, nas suas gêneses, já são criados para ter eficácia *post mortem*, são originalmente previstos para ser exercidos sob a forma de representação sucessória. Apesar de ser inegável o fato de que eles exprimem, em uma análise genérica, um prolongamento da proteção do direito fundamental à liberdade, do direito à autonomia privada, dos direitos da personalidade à proteção da integridade psicofísica para além da vida, de modo específico, pode-se afirmar que são previstos de forma autônoma, sendo que a possível pós-eficácia apresentada por eles não é incidental, é previamente estabelecida para a configuração dos seus suportes-fáticos.

Nestes casos, então, ocorre sim a proteção da vontade mesmo quando seus efeitos só serão concretizados após a morte do titular, mas o embasamento de tal proteção reside no Direito das Sucessões, sem exigir grande esforço teórico para que se aplique após a morte um direito que originalmente foi estabelecido para ser efetivado em vida. Em outros termos, nem todo direito que tem eficácia após a morte configura pós-eficácia de direitos, pois não se deve confundir sucessão de direitos com o instituto da eficácia *post mortem*.

É preciso sublinhar que a sucessão não é a única via para a proteção dos direitos após a morte, alguns dos seus institutos são capazes de garantir a proteção após a cessação da personalidade civil, a exemplo das disposições de bens em vida, por meio de atos jurídicos, com efeitos previstos para após a morte. Nessa hipótese, há sim uma tutela destinada a ser exercida após o falecimento – não é pós-eficácia e não se circunscreve no Direito das Sucessões.

Esse fator não descaracteriza ou diminui a importância desse ramo do Direito, caso não houvesse disciplina sobre a sucessão, em regra seriam consideradas extintas automaticamente todas as relações jurídicas após a morte do titular de um direito ou obrigação, o que resultaria em grande incerteza jurídica sobre o cumprimento do objeto das relações-jurídicas, devedores ficariam isentos de arcarem com seus débitos, seria extinto imediatamente o domínio sobre as coisas

suscetíveis de apropriação, correr-se-ia o risco de deixar aqueles que hoje são tidos como herdeiros ou legatários, desabrigados e desassistidos financeiramente após a morte dos detentores do poder familiar, dentre outras consequências.

Como suceder, em sentido jurídico, significa que uma pessoa se coloca em posição da outra, assumindo seus bens, direitos e obrigações, com exceção daqueles personalíssimos, esta entrada de uma pessoa na situação da outra, ou sub-rogação, não quer dizer que as situações e relações jurídicas sejam modificadas, em regra elas persistem sendo as mesmas, com a modificação de que passarão a ser operadas conforme o arbítrio dos sucessores (LEMUS, 2005, p. 23). Deve-se ponderar que a importância do testamento transcende o campo da sucessão de direitos em sentido estrito, e da atribuição dos bens patrimoniais, posto que este instrumento contém, em alguns casos, atos de disposição cuja eficácia vai depender da aceitação da herança pelo herdeiro, o qual assume as obrigações correspondentes. Com o legado de alimentos, por exemplo, é constituída uma relação que não existia na esfera jurídica do defunto (TRABUCCHI, 1967b, p. 393).

Em relação a alguns direitos da personalidade que têm reflexos patrimoniais, como o direito à imagem e os direitos do autor, eventuais conflitos advindos ou persistentes após a morte do titular são resolvidos de forma pacificada nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, diferentemente do grande dilema sobre os aspectos estritamente extrapatrimoniais ligados à personalidade.

Assim como o direito patrimonial protege os interesses econômicos do autor, o direito moral protege os interesses puramente ideais, como ser reconhecido como criador da obra, impedir que outro fique com esse mérito, e assim tenha a glória e prestígio literário, científico etc., como se o houvesse realizado. Às vezes os direitos morais do autor mostram-se tão ou mais importantes que os patrimoniais (ALBALADEJO, 2002, p. 499). Esses denominados direitos morais do autor podem ser integrados em um só direito, o direito pessoal do autor, com o fito de englobar as suas faculdades. São características de tais direitos: independência em relação aos direitos patrimoniais, inalienáveis, irrenunciáveis, e imprescritíveis, de modo que o exercício das faculdades integrantes do direito moral de autor é conformado pelas suas respectivas características (PEREIRA, Alexandre, 2001, p. 361).

Em relação aos direitos morais do autor, no Brasil, a Lei 9.610 de 1998, dispõe no parágrafo segundo do artigo 24, que serão transmitidos aos sucessores os direitos de reivindicar a autoria da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra.

Constata-se que há imprecisão técnica no artigo em comento, já que os direitos morais do autor são, na verdade, direitos da personalidade e, como tais, não são passíveis de transmissão *causa mortis*, havendo apenas a legitimidade de representação os sucessores para promoverem a defesa dos direitos especificados nos incisos de I ao IV do artigo 24. Entretanto, é louvável o fato de o dispositivo evidenciar uma preocupação com as repercussões da obra após a morte do autor, para além dos efeitos patrimoniais da criação intelectual. Em relação aos direitos patrimoniais do autor, estes sim, são corretamente transmissíveis via sucessão, por força do artigo 41[69], da Lei de Direitos Autorais.

No direito português, o Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos, no artigo 57[70], prevê que caberá aos sucessores o exercício dos direitos autorais após a morte do autor, e também mostra preocupação com a obra em si, para que seja mantida sua autenticidade e "dignidade cultural" além do curso de vida do seu criador.

Da análise sistemática dos artigos 9º [71] e 56º [72], pode-se atestar, conforme Ascensão (1992, p. 168), que existem mais direitos pessoais do autor, que podem

[69] Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

[70] Artigo 57.º, 1 – Por morte do autor, enquanto a obra não cair no domínio público, o exercício destes direitos compete aos seus sucessores. (...)
3 – Falecido o autor, pode o Ministério da Cultura avocar a si, e assegurá-la pelos meios adequados, a defesa das obras ainda não caídas no domínio público que se encontrem ameaçadas na sua autenticidade ou dignidade cultural, quando os titulares do direito de autor, notificados para o exercer, se tiverem abstido sem motivo atendível.
[71] Art. 9º, 1 - O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais. [...]
3 - Independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes,

ser exercidos pelos sucessores, apesar de a lei especificar apenas dois: o direito de reivindicar a paternidade e o direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra. Acresce, ainda, que os direitos dos adquirentes por sucessão de publicar ou não a obra, é patrimonial, e surge como condição para exploração dos direitos, não se tratando de direito pessoal.

Já o direito à imagem, além de proteger a autodeterminação da imagem, tutela, ainda que instrumentalmente, outros valores pessoais, nomeadamente a intimidade e a honra. É por tal razão que foi gradual a autonomização do direito à imagem em relação a esses outros direitos da personalidade (FESTAS, 2009, p. 57).

Os aspectos patrimoniais decorrentes do direito à imagem são objeto da sucessão. Sendo assim, preconiza o artigo 20[73] do Código Civil brasileiro que em se tratando de imagem do morto, caso ocorra uso para fins comerciais, a proteção poderá ser requerida pelo cônjuge, ascendentes ou descendentes. Em sentido semelhante, o Código Civil português disciplina, em seu artigo 79.º,[74] o direito à imagem e estabelece que a legitimidade para a proteção cabe ao cônjuge sobrevivo ou a qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

---

o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade.

[72] Art. 56º , 1 - Independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor.
2 - Este direito é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor, nos termos do artigo seguinte.

[73] 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.

[74] Artigo 79.º 1. O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada. [...]

Assim como a imagem da pessoa viva, a imagem da pessoa falecida é passível de contrato de licença de uso, a título gratuito ou oneroso, mas deve haver ponderação quanto à finalidade do uso da imagem (CHINELLATO, 2015, p. 495). São indissociáveis os valores pessoais dos valores patrimoniais protegidos pelo direito à imagem, posto haver no aproveitamento econômico da imagem uma dimensão personalista, já que a imagem é sempre um veículo de projeção da pessoa retratada, na sua globalidade e unidade; tal direito apresenta uma natureza mista, de direito da personalidade e direito patrimonial (FESTAS, 2009, p. 62 e 416). Sendo assim, é lógico e razoável a atribuição para a mesmas pessoas legitimadas a proteger a memória do morto, o direito a ser herdeiro dos aspectos patrimoniais decorrentes do uso da imagem do falecido.

Vê-se, então, que diante da incidência das regras jurídicas de direito sucessório, pode-se afirmar que não há que se falar em pós-eficácia de direitos. Ocorre, na verdade, a concreção de direitos decorrentes de fatos jurídicos que têm a morte como elemento do suporte-fático da regra jurídica que o qualificou, ou seja, o suporte-fático mostra-se suficiente para a aplicação da norma jurídica, por isso que passa a ter eficácia após o evento morte.

A fim de ilustrar o raciocínio supra exposto, é possível dizer que o testamento, embora exista a partir da sua formalização e já seja dotado de validade, apenas produzirá efeitos específicos e finais de transmitir a propriedade e a posse da herança quando ocorrer a morte do testador, fato jurídico em sentido estrito. É possível que o testamento jamais produza eficácia, caso seja revogado, caso antes da morte do testador morrerem todos os herdeiros e legatários ou caso o único herdeiro testamentário, ou ainda, o testador, enquanto vivo, alienar todos os bens testados (MELLO, M., 2011a, p. 47).

Ocorreria pós-eficácia quando, na criação da norma, os fatos ou as circunstâncias para os quais a lei atribuiu consequências jurídicas fossem previstos para ocorrer em vida, bem como por outros motivos que merecessem justificativas para irradiar efeitos após a morte. No caso do direito sucessório, o seu estabelecimento de pronto já é feito para que o fato jurídico sofra concreção, incidência e eficácia após o evento morte – elemento responsável por deflagrar a eficácia dos fatos jurídicos que compõem o Direito das Sucessões – de modo que

ocorre eficácia normal, dentro do cenário fático previamente estabelecido para juridicamente acontecer.

7.2 A PROTEÇÃO DA MEMÓRIA DO MORTO

Há uma relação íntima entre memória e identidade, à medida que se vai experimentando a existência, o ser humano vai acumulando lembranças e versões dessas memórias, que vão sendo guardadas em seus foros íntimos. Vão sendo construídas as suas respectivas identidades, suas versões de si, em distinção dos demais seres humanos – é o que a Psicologia e a Neurociência chamam de *self autobiográfico*[75]*,* remetendo a uma ideia de autodefinição, de processamento de vivências, experiências e memórias subjetivas do ser humano. Essa acepção de memória que, apesar de ser concernente às pessoas vivas, tem vistas ao pretérito delas, relaciona-se à autoestima da pessoa e à proteção da honra subjetiva, apresentada pelo Direito Civil, em sede de direitos da personalidade.

Quando a memória diz respeito a um falecido, no caso, também é voltada ao passado, mas difere-se da proteção que é endereçada à proteção da personalidade dos vivos, posto que se destina aos reflexos de uma vida que se esvaiu e suas causas na sociedade vivente, correlaciona-se com a boa fama, assim como a honra objetiva que foi construída na sociedade antes da morte.

Apesar de ser praticamente uníssona, na doutrina civilística, a utilização da designação “memória do morto” para nomear tal âmbito de proteção, deve-se ponderar que é passível de críticas, até porque no senso comum pode vir a ensejar absurdamente a ideia de inferir que o morto vai preservar lembranças após a existência se esvair do seu corpo físico. Ademais, distante ainda de uma

[75] António Damásio (2011, p. 224-226 e 259) defende que o cérebro constrói a consciência gerando um processo do self, em uma mente em estado de vigília, e explica que que o self é justamente o elemento distintivo, é a autoconsciência, o enfoque da mente sobre o organismo material em que ela habita. O autor explica que a construção da mente consciente é feita em três estágios: a) protosself – a descrição neural de aspectos relativamente estáveis do organismo; self central – resultado da relação entre o organismo (como ele é representado pelo protosself) e qualquer parte do cérebro que represente um objeto a ser conhecido; e o self autobiográfico – estágio da mente que permite que múltiplos objetos, registrados previamente como experiência vivida ou futuro antevisto, interajam com o protosself (instinto), é uma autobiografia que se tornou consciente, baseada no somatório das vivências, recentes e remotas.

comprovação científica, no âmbito da ficção, pode-se chegar à hipótese de que é possível acessar os últimos registros de memória, possibilitando a recuperação, inclusive, da última imagem da retina do cadáver – conforme ilustrado no seriado de televisão Fringe[76].

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Elias (2001, p. 10) salienta que:

> Até o modo como é utilizada a expressão “os mortos” é curioso e revelador. Dá a impressão de que as pessoas mortas em certo sentido ainda existem não só na memória dos vivos, mas independentemente deles. Os mortos, porém, não existem. Ou só existem na memória dos vivos, presentes e futuros. É especialmente para as desconhecidas gerações futuras que aqueles que estão agora vivos se voltam com tudo o que é significativo em suas realizações e criações. Mas nem sempre se dão conta disso.

A morte marca a supressão da pessoa singular, do centro autônomo de imputação de normas jurídicas (CORDEIRO, 2011b, p. 513), porém o direito civil não percebe a morte de uma pessoa apenas como o desaparecimento de um "dono-devedor", ou seja, um suporte de herança simples, o homem não é reduzido apenas a um devedor-proprietário, nem em vida, nem após a sua morte (MIRANDA, G., 2007, p. 798). Os reflexos jurídicos causados pelo evento morte, em âmbito cível, ultrapassam o direito obrigacional. Remanesce uma preocupação com os traços da sua personalidade que permanecem a influir no curso social, mesmo após a morte, ou seja, que transcendem o lapso temporal da existência da pessoa titular dos direitos da personalidade.

Uma grande evidência desta afirmação é a proteção da honra após a morte, uma proteção à memória do falecido, ou seja, apesar de qualquer ofensa já não poder atingir, por obviedade, o *de cujus*, são protegidos os reflexos sociais da honra dele que, por meio de qualquer agressão, poderia vir a lesionar, de forma reflexa, a dignidade dos seus herdeiros e de outras pessoas que a ele eram socialmente ligadas.

---

[76] Seriado da televisão norte-americana, lançado em 2008, criado por J. J. Abrams. No segundo capítulo da primeira temporada, com o objetivo de descobrir o local onde uma pessoa se encontrava, e com o objetivo de prevenir uma nova morte, o Walter, um dos protagonistas, utiliza de uma técnica pouco convencional, que é de restaurar a última imagem que um morto enxergou em vida, pressupondo que ela ficaria permanentemente gravada na retina do olho.

Então, o direito civil, no fiel espelho da realidade social, permite a proteção da memória do morto, apesar do desaparecimento da personalidade jurídica do falecido, apoio que por muito tempo se considerou necessário para a concessão de uma proteção legal (MIRANDA, G., 2007, p. 819). Nesse sentido, “além da própria morte, como bem da personalidade indenizável, a memória do falecido construída no decorrer de sua vida merece ser preservada, recebendo os sucessores legitimidade para tutelar esta proteção” (BELTRÃO, 2014, p. 14-15).

Desse modo, caso haja ofensa contra pessoa viva, e no curso processual ocorra o óbito da parte ativa, a continuidade do processo será efetuada por meio da substituição processual, por parte dos herdeiros - nesses casos ocorre a tutela comum de direitos. Já quando a violação é concretizada após a morte do titular de direitos, incide a proteção à memória do falecido, e são os herdeiros que desde o início da lide têm legitimidade para exercer o poder de ação.

A questão controversa colocada em pauta é se a tutela feita pelos sucessores é efetuada em nome próprio ou em representação ao falecido. Bigot (1995, p. 35) alerta que há uma grande incerteza no direito positivo, já que há uma parte da doutrina que sustenta os direitos da personalidade, e especialmente o direito à imagem, não sendo transmitidos aos herdeiros, por serem de direitos pessoais do falecido. Além disso, outra corrente doutrinária admite a transmissão da ação, para que seja susceptível a obtenção de reparação por uma violação do direito à imagem.

Desta feita, em relação à titularidade do interesse que é defendido pelo direito à proteção à memória do morto, serão elencadas em seguida as principais correntes doutrinárias de pensamento sobre o assunto.

A) Tese do interesse dos herdeiros/familiares (direitos próprios)

Na verdade, a reverência pelos mortos é exigida pelos vivos, dentre as razões para tanto, pode-se citar: o medo da morte e dos mortos (ELIAS, 2001, p. 9). Ora, “se na ordem das coisas humanas só os vivos têm direitos ou podem ser sujeitos deles, conclusão lógica é que eles deixarão de os ter e de ser sujeitos de direitos, ou

pessoas, desde que abandonem a vida" (MONCADA, 1995, p. 257). Logo, ao se tornarem mortos, estarão impedidos de permanecerem como sujeitos de direitos. Seguindo essa acepção, pode-se salientar que a proteção da memória do morto, na verdade, tem como objeto a tutela do interesse dos vivos que interagiram com o falecido, quando este tinha vida, e que são esses vivos que passam a ser titulares de direitos a partir do evento morte, em decorrência dos vínculos sociais e/ou sanguíneos previamente estabelecidos.

Desta feita, seguindo essa corrente doutrinária, tem-se que na redação do artigo 71[77] ocorreu uma infelicidade, embora se fundem na defesa da dignidade do falecido as posições jurídicas ativas exercidas. Conforme o artigo 71, não correspondem ao defunto, mas às pessoas referidas no n. 2 do mesmo dispositivo. Com isso, caso ocorra a responsabilidade civil e a correspondente indenização dos danos morais e patrimoniais, corresponderão aos danos sofridos por essas pessoas, e não pelo falecido (MENDES, João, 1978, p. 231-234).

Em outros termos, ressalta-se que artigo 71, n. 2, atribui proteção jurídica aos interesses que certas pessoas têm na integridade moral da personalidade do falecido, há proteção de pessoas vivas, embora ocorra em função da dignidade moral do defunto, configura lesão mediata, indireta, o que não significa desnaturar a cessação da personalidade com a morte (FERNANDES, L., 2009, p. 211). Trata-se de proteção de interesses e direitos das pessoas vivas, indicadas no dispositivo, já que elas seriam afetadas pelos atos ofensivos à integridade moral do falecido. Nos casos do dano da vida, o que se transmite não é o direito à vida, mas o direito a uma compensação decorrente da ilícita supressão da vida (PINTO, C., 2005, p. 205-206).

Sob esse prisma, "a tutela *post mortem* é, necessariamente, uma defesa de vivos. Não se trata de evitar atribuir indenizações ao falecido: antes, *iure proprio*, aos familiares legitimados para agir". Então, a tutela *post mortem* seria a proteção concedida ao direito que compete aos familiares de exigirem o respeito pelo

[77] Artigo 71.º, 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.
2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.
3. Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere.

descanso e pela memória dos seus mortos (CORDEIRO, 2011b, p. 540; 2019, p. 606).

Apesar de reconhecer a manifesta impropriedade da redação do preceito em análise, tal corrente sustenta que, ao analisar sistematicamente o artigo 71, n. 2, com o artigo 68 do Código Civil português (que expressa o fim da personalidade com a morte), verifica-se que não há previsão de exceções para a extinção da personalidade com a morte (FERNANDES, L., 2009, p. 211). O grande argumento suscitado pelos doutrinadores defensores de tal tese é o de que inexistem direitos sem sujeitos, pois quando a pessoa natural é extinta com a morte, não é preciso falar em direitos remanescentes após o fim da vida do seu antigo titular.

B) Tese do interesse do morto

Os herdeiros não atuam em defesa de interesse próprio, defendem interesse do defunto, de modo que a personalidade jurídica se prolonga para depois da morte, ela é “empurrada” para além do falecimento (CAMPOS, 1991, p. 163-164). Desta feita, pode-se ressaltar que a pessoa sobrevive após a morte como centro de interesse, com base no princípio da continuidade familiar, segundo o qual os herdeiros legalmente dão continuidade à pessoa do falecido (ATIAS, 1985, p. 33).

Protegem-se os instintos, impulsos e aspirações concretas do falecido, no que tange à sua sobrevivência, continuação de si mesmo e sua ultrapassagem da morte, ou até mesmo, a sua perpetuação abrange contributos objetivados para o desenvolvimento da espécie humana e que autonomamente podem se mostrar como legados para a posteridade (SOUSA, 1995, p. 193). Fala-se de uma noção de legado excepcionalmente de natureza extrapatrimonial, subjetiva e que pode chegar a apresentar valor superior ao patrimonial, tendendo até a ter valor inestimável, de tão caro.

O valor protegido é a personalidade do falecido, porém a legitimação conferida pelo artigo 71, item 2, não faz com que o requerente tenha titularidade dos interesses em causa. Trata-se de legitimação meramente processual (ASCENSÃO, 1997, p. 90), razão pela qual não se pode confundir tais direitos com os interesses

das pessoas a quem a lei atribui capacidade para exercício, com base na relação que a pessoa teve com o morto e seus valores (SOUSA, 1995, p. 193).

A proteção da personalidade que ocorre após a morte da pessoa concerne a interesses dessa própria pessoa, que se prolonga após a morte, já que buscam seus aspectos pessoais enquanto tinha vida. A previsão do Código Civil brasileiro atribui aos herdeiros legitimidade para requerer as providências necessárias para a proteção do morto, considerando a sua personalidade em vida, já que há a intransmissibilidade dos direitos da personalidade (BELTRÃO, 2014, p. 14). Aqueles a quem o falecido deu vida, devolvem um pouco em troca: eles cuidam de seus interesses *post-mortem* (MIRANDA, G., 2007, p. 820).

Rabindranath de Sousa (1995, p. 196), ao interpretar o mesmo dispositivo em enfoque, entende ser possível e eficaz em relação à tutela da personalidade a fixação de indenização ou a compensação por perdas e danos, posto que se dirigirem ao dano ocasionado no bem jurídico constituído pela personalidade física e moral do falecido, enquadrável no artigo 483[78] do Código Civil português, apesar da ausência de personalidade jurídica do defunto.

Contra essa tese, André Pereira (2012, 274-275) argumenta que implicaria defender a existência de direitos sem sujeito, o que causaria perplexidade, pois o cadáver, contrariamente ao caso do nascituro, não virá a ser sujeito, e que seus direitos vão se extinguindo pelo decurso do tempo e pelo apagamento da memória.

C) Tese do interesse do morto e dos herdeiros

Sobre a defesa da memória do morto, Campos (2016, p. 484) expressa que quando é reclamada por filhos, ocorre tanto no interesse do morto quanto em termos de poder funcional no interesse deles próprios, com o intuito de guardar o bom nome e a reputação. Nesses casos, o interesse do filho deixa de estar consumido juridicamente pelo interesse do pai enquanto vivo; podendo autonomizar-se daquele.

[78] Artigo 483.º, 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Pode-se constatar que esse posicionamento de Diogo Leite Campos, datado de 2016, demonstra uma evolução da tese do interesse do morto, defendida em 1991, evidenciando ter havido uma ponderação mais aprofundada, no sentido de reconhecer que é possível haver o desmembramento de interesses exclusivos dos herdeiros.

D) Tese do interesse direto morto e indireto dos herdeiros

A proteção dos direitos da personalidade depois da morte tem o primeiro objetivo defender o falecido e apenas de forma indireta contempla também os interesses dos familiares. A atuação dos familiares contra uma ofensa às pessoas falecidas configura o exercício de um direito próprio, no interesse de outrem (HÖRSTER, 2003, p. 261).

Constata-se que essa teoria obedece à mesma lógica dos danos morais reflexos, indiretos ou em ricochete, reconhecidos quando a ofensa a direitos da personalidade, apesar de ter sido originalmente dirigida a uma pessoa, tem os efeitos sentidos, indiretamente, por outra. Ilustra-se tal realidade com a seguinte jurisprudência brasileira:

> Quando se verifica que o terceiro sofre efetivamente com a lesão causada à vítima, nasce para ele um dano moral reflexo ou ricochete, que é específico e autônomo. Isto significa que todos aqueles que sofrem com a morte da vítima terão direito, separadamente, à indenização pelo dano moral a eles reflexamente causado. O que pode ser diferente é o valor fixado que deve ser específico para cada um, dependendo de sua ligação com a vítima (TJDFT, 2018, *on-line*).

E) Tese da proteção objetiva de bens jurídicos

Segundo essa teoria, a vida em sociedade pode ser regulada por duas formas: por meio da atribuição de direitos subjetivos ou por via da proteção objetiva de bens jurídicos, e é justamente em relação à essa segunda possibilidade que ocorre a tutela dos interesses, valores e dimensões espirituais – bens jurídicos – que dizem respeito ao cadáver e à memória dos defuntos. Sob esse prisma, com a cessação da personalidade após a morte, restam algumas dimensões do respeito aos mortos e à sua memória que permanecem protegidas pela ordem jurídica, que encontram legitimidade processual nos familiares e em outras pessoas próximas do falecido, para garantir esse respeito (PEREIRA, André, 2012, p. 276).

Para sustentar tal tese, faz-se uma análise integrada do Direito que se vale dos tipos penais que tocam o assunto para defender a ordem jurídica e tutelar o bem jurídico supraindividual “respeito devido aos mortos” de forma intensa, já prevendo o tipo legal do crime e sua pena. Desconsidera, então, a possibilidade de compreender que há uma titularidade de direitos subjetivos após a morte prefere, então, defender a tutela objetiva destes interesses e valores socialmente relevantes e solidificados normativamente. Defende que tal tutela não se encontra no domínio dos direitos fundamentais ou dos direitos de personalidade, mas no âmbito de proteção de bens jurídicos radicados na dignidade humana, no campo da objetividade e não da subjetividade (PEREIRA, André, 2012, p. 276-279).

É pelo direito objetivo que são protegidos tanto o cadáver quanto à memória do morto, não se trata de extensão da personalidade ou de do direito geral de personalidade. A proteção ocorre no domínio dos direitos fundamentais ou dos direitos da personalidade, no âmbito da proteção de bens jurídicos radicados na dignidade, mas no campo da objetividade e não da subjetividade (PEREIRA, André, 2011, p. 69).

F) Tese do direito objetivo do morto e do direito subjetivo dos herdeiros

Há a proteção do respeito pelos mortos, como valor ético, e de modo subjetivo ocorre a defesa da inviolabilidade moral dos seus familiares e herdeiros, sem implicar reconhecer ou tutelar a personalidade dos mortos que não a têm, mas sim de defender, em sede de direito subjetivo de personalidade, o direito que assiste aos vivos de que sejam respeitados os seus mortos, de modo que a injúria ou difamação de parentes constitui causa de sofrimento e de gravame (VASCONCELOS, 2015, p.51).

Tendo em vista que direito objetivo e direito subjetivo não são duas entidades diversas em oposição, mas sim aspectos de um conceito único, que figura com formulações diversas (GASSET, 1972, p. 18), afirma-se que nos artigos 70 e 81 há uma simbiose do direito objetivo e do direito subjetivo de personalidade. Assim, enquanto o direito objetivo tutela o respeito pelos mortos, como valor ético com raízes na Moral, o direito subjetivo de personalidade está na titularidade de pessoas vivas e tem no seu conteúdo a tutela do respeito devido aos seus mortos, cônjuge,

ascendentes, descendentes, tios ou aqueles de quem se herdou (VASCONCELOS, 2015, p. 51).

Apesar da aparente complexidade argumentativa sobre a titularidade dos interesses protegidos com a tutela da memória do morto, já se tem pacificada na doutrina e na legislação a questão da legitimidade processual dos herdeiros, tendo inclusive permeado o senso comum, fator que torna mais difícil se construir uma argumentação que favoreça a proteção após a morte da intimidade, em detrimento do acesso de dados e informações por parte dos herdeiros.

Retomando algumas bases legislativas, tem-se que Código Civil brasileiro, no capítulo concernente aos direitos da personalidade, no artigo 12, parágrafo único[79], expressa que a legitimação para requerer que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, bem como reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, cabe ao cônjuge sobrevivente, ou a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

De acordo com o que se verificou, o Código Civil Português dedica artigo próprio para tratar das ofensas às pessoas falecidas. O artigo 71.º[80] destaca que os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular, bem como nomeia como titulares da legitimidade para tomar providências com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. Ademais, expressa que se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências pertinentes.

---

[79] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

[80] Artigo 71.º, 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

Passa-se, com a extinção da personalidade, ao regime jurídico da proteção da memória do falecido, e já não se pode mais falar em direitos de personalidade. Nesse sentido, a esse caso não se aplica globalmente a tutela dos direitos da personalidade, pois é preciso tomar algumas providências restritas para a proteção da memória do defunto, não se aplicando o regime de responsabilidade civil previsto no artigo 70, 1 [81] (ASCENSÃO, 1997, p. 90-91).

Hörster (2003, p. 261) alerta que é duvidosa, em termos jurídico-políticos, a legitimidade do cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido, para tomarem as providências adequadas em caso de ofensa a pessoas já falecidas. Afirma que as ofensas *post mortem* estão atreladas às sanções mais leves, com o fito de evitar que as pessoas legitimadas possam fazer um "negócio" à custa da personalidade de um falecido, e dispõe que a lei podia ter previsto uma indenização para uma instituição de solidariedade social no sentido de evitar a situação privilegiada de quem procede as ofensas aos que já faleceram.

Entretanto, o pensamento de que vai haver um intuito lucrativo e não reparatório nas ações de responsabilidade civil que têm como objeto a proteção da memória do morto demonstra, na verdade, um preconceito sobre a sua finalidade e ignora a proporção que pode chegar a ter o ato ilícito, assim como menospreza a capacidade lesiva que tais condutas podem causar nos familiares vivos. Não é justificável de pronto asseverar que tais casos estão sujeitos às sanções mais brandas, pois é plenamente possível que um ato, comissivo ou omissivo, ocorrido após a morte de alguém seja bem mais grave que um outro ocorrido em sua vida[82].

A ideia de que o reconhecimento da legitimidade dos herdeiros para a proteção contra a ofensa de pessoas falecidas teria fins mercantis se assemelha aos argumentos que foram suscitados nos primórdios da teoria do dano moral, quando se negava o seu reconhecimento alegando que iria gerar um enriquecimento indevido para quem suscitasse ter sofrido um dano que não poderia enxergar ou, *a priori*, provar ou quantificar.

---

[81] O autor faz referência ao Código Civil português, o qual dispõe: Artigo 70.º, (Tutela geral da personalidade), 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

[82] A exemplo da disputa sucessória, de intensa atenção midiática, pelo espólio do apresentador da televisão brasileira, Gugu Liberato.

Após o Direito ter reconhecido que seria melhor tentar quantificar a subjetividade da integridade moral, para não se deixar reparar uma violação que é de difícil comprovação – se comparada com o dano material – mas de fácil percepção pela vítima, após todos os esforços teóricos e jurisprudenciais para diferenciar o mero aborrecimento do dano moral depois das alterações ocorridas no Código de Processo Civil brasileiro para evitar o que pejorativamente se chamou de "loteria do dano moral" ou "indústria do dano moral. Na atualidade, tem-se praticamente pacificada a importância do instituto para a preservação da dignidade.

Desta mesma forma, espera-se que com a evolução e o amadurecimento crítico dos estudos sobre a proteção após a morte, não seja mais preciso argumentar que a proteção cível teria finalidades mercantis, pois este pensamento pode ser capaz de estimular as práticas atentatórias. O objetivo cerne da Responsabilidade Civil é de prioritariamente reparar o *status* quo e, em caso de impossibilidade, a conversão em perdas e danos não intenciona caráter lucrativo, mas não deixar a transgressão sem consequências jurídicas – o lucro não é, sequer, objetivo secundário ou terciário do instituto.

Luís Fernandes (2009, p. 211) critica a atribuição de indenização para os casos de ofensas após a morte, defende que a tutela a ser feita pelos herdeiros deve ser limitada às providências cautelares, expressa que o fato de o interesse dos familiares ser decorrência da dignidade moral do defunto retira o fundamento a uma indenização.

No entanto, o referente posicionamento não deve prosperar, pois resultaria na redução do âmbito de abrangência da responsabilidade civil que, quando não logra êxito na atividade preventiva, mostra-se punitiva e educativa, para evitar que as transgressões se repitam, desestimulando condutas civilmente ilícitas. Conforme verificado, o Código Civil brasileiro, no artigo 12, parágrafo único, prevê expressamente a possibilidade de indenização. No Código Civil português, o artigo 70, n. 2,[83] interpretado sistematicamente em conjunto com o artigo 71, números 1 e 2, resulta em previsão semelhante.

[83] Artigo 70.º, 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo expresso que indique o período que vigora a proteção da memória do morto. Infere-se enquanto houver pessoas vivas relacionadas ao falecido, sujeitos passivos nas ações de reparação cível, que haveria titularidade para tanto. O Código Penal português tem interessante previsão sobre o tipo penal ofensa à pessoa falecida, já que em seu artigo 185, n. 3[84], prevê extinção de punibilidade após o decurso do prazo de cinquenta anos desde o falecimento da pessoa.

Para embasar a sua tese de que ocorre na defesa da memória do morto a proteção objetiva dos bens jurídicos, André Pereira (2011, p. 69) alega que se assim não o fosse, não seria concebível ser considerado direito subjetivo o disposto no artigo 185, n. 3, do Código Penal português, posto que poder-se-ia questionar a constitucionalidade de limitar a proteção da 'honra' do falecido por algum período.

Ponderando-se o posicionamento do autor, primeiro se propõe uma abordagem hermenêutica teleológica do dispositivo, para se defender que o artigo em questão, na verdade, indica uma estimativa – mal calculada - feita pelo legislador do tempo de vida dos herdeiros. Reflete também a lógica do quão mais recente for a agressão, tendo com marco comparativo a data do óbito, maior será o potencial lesivo da conduta, já que, em tese, um filho há de sentir mais pelo desrespeito a um pai que seu neto, por exemplo.

Apesar de essa regra ser útil e lógica em uma análise que tenha como base um morto com vida ordinária, comum, não célebre, poder-se-ia entender que o potencial lesivo pode, de fato, perdurar por mais de cinquenta anos, quando o morto tiver sido uma pessoa excessivamente memorável, inesquecível para uma gama maior de pessoas. Propõe-se, portanto, que seja aplicada uma interpretação mais abrangente para o artigo 185, n. 3, mitigada e adaptada conforme o caso concreto, sob pena de realmente ter sua constitucionalidade questionada, especialmente devido ao risco de comprometer a eficácia do valor dignidade intrínseco ao direito em questão.

---

[84] Artigo 185.º, Ofensa à memória de pessoa falecida (...).
3 - A ofensa não é punível quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento.

Sobre o papel dos herdeiros, como o artigo 12 do Código Civil brasileiro não apresenta uma ordem sucessória preferencial, sendo que gradativamente o parente mais próximo poderia excluir o mais remoto, prefere-se o entendimento segundo o qual existe um único direito à indenização, que beneficiará todos os sucessores, conforme a ordem de vocação hereditária, mesmo que a ação tenha sido promovida por um herdeiro mais remoto. Não se configura, portanto, uma transmissão do direito da personalidade do morto para os sucessores, mas a legitimação processual para agir em defesa da memória do morto, há sucessão de direitos pessoais inerentes ao valor pago na ação de indenização, o que é diferente de sucessão de direitos da personalidade (BELTRÃO, 2014, p. 135).

Da análise das correntes doutrinárias sobre a titularidade da proteção à memória do morto, por acreditar que nenhuma delas responde isolada e satisfatoriamente ao problema em questão, apresenta-se uma alternativa que propõe uma separação entre a proteção da memória do morto e os direitos da personalidade pós-eficazes, especialmente no tocante à honra objetiva com as seguintes alegações:

a) Existe uma regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, por meio de princípios e normas jurídicas injuntivas, que tutelam a personalidade, configurando direitos objetivos;
b) Como resultado da previsão em sede de direito objetivo, surgem os direitos subjetivos da personalidade, como poderes jurídicos e individuais, utilizados para cada pessoa proteger a sua própria dignidade humana, e que permitem ao titular os seus exercícios de forma direta e livre;
c) Há pós-eficácia dos direitos da personalidade, no caso específico dos direitos à honra objetiva, intimidade e privacidade, o que implica dizer que, apesar de ocorrer a morte, os efeitos de tais direitos se prolongam como reflexo da pessoa que existia, cuja personalidade serviu de suporte-fático para a existência deles;
d) Em relação a tais direitos, há a proteção subsistente à morte, com base na proteção do interesse e dos direitos do morto;
e) Apesar de ser regra o fato de que os direitos subjetivos são de uso exclusivo dos seus respectivos titulares, os herdeiros figurarão como legitimados processuais, para requererem a proteção de interesse alheio – interesse do falecido. Esse

pensamento é justificado com base em uma interpretação teleológica dos direitos da personalidade, ao constatar que o objetivo precípuo dos direitos da personalidade é a proteção de todas as dimensões - física, mental e psíquica – da pessoa, bem como conclui que ao lhe ser dado o conforto psíquico de, em vida, saber que após a sua morte os prolongamentos dos seus direitos da personalidade serão resguardados, a dignidade da pessoa resta mais protegida;

f) Em paralelo, há a proteção jurídica do respeito pelos mortos, como direito objetivo, também como evidência da proteção de bens jurídicos radicados na dignidade. Apresenta-se de forma autônoma em relação aos direitos da personalidade, não se confundindo com o direito à honra;
g) Protege-se a memória de um falecido com o qual pelo menos uma pessoa viva teve algum tipo de vínculo, especialmente de cunho familiar;
h) A tutela objetiva desse bem jurídico resulta em um direito subjetivo autônomo, que exige para a concreção do suporte-fático a morte;
i) Em regra, são titulares de tais direitos os herdeiros, mas a sua titularidade pode ser alargada para abranger além destes, outras pessoas que tinham algum vínculo social com o *de cujus*, e que por ainda nutrirem grande apreço por ele, ou por ainda serem a eles vinculados socialmente, podem vir a sofrer danos psíquicos e morais decorrentes de qualquer conduta que macule a memória do falecido, a exemplo de um melhor amigo;
j) No que tange o direito de conservar protegida a memória do morto, não há que se falar em pós-eficácia, por ser direito que na sua própria concepção já é reflexo, ou seja, já foi criado para que protegesse os que indiretamente podem, de fato, sofrer danos quando se atenta contra a memória de uma pessoa já falecida;
k) Por fim, em caso de transgressão será dado lugar à responsabilidade civil, com os propósitos que são inerentes ao instituto, e não com objetivos mercantilistas.

7.3 A TUTELA DO CADÁVER

Em sede de Direitos da Personalidade, apesar de atestar que a personalidade é iniciada com a vida, é garantida a proteção jurídica do nascituro. Do ponto de vista

abstrato, no âmbito da subjetividade da pessoa, viu-se que o término da vida não é suficiente para impedir que as projeções as quais se convencionou chamar de memória do morto sejam resguardadas. Em paralelo, remanesce um aspecto objetivo em relação ao falecido que também merece ser abordado, pois, embora se relacione apenas incidentalmente com o tema central da pesquisa proposta, cumpre ser apontada, qual seja, a proteção do corpo humano no qual habitou uma vida, ou seja, a tutela do cadáver.

A proteção do cadáver parte do pressuposto de que, como corpo, foi parte integrante de um ser humano, comungou nos fins e na dignidade dele; recebeu o ser de ascendentes venerados ou interveio na geração de entes queridos; serviu de liame entre o falecido e aqueles que por ele mantiveram estima; integrado na vida desse homem, quinhoou nos seus méritos e nas suas faltas, deixando em inúmeros objetos impressos os seus traços, que insistem em recordá-lo; foi companheiro de uma alma imortal que para ele foi criada etc. (SILVA, M.,1965, p. 93). Sob esse prisma:

> Se o moribundo tem direito a toda a nossa solicitude, o morto reclama todo o nosso respeito. Não é sem dúvida, mais do que um cadáver, em breve entregue aos vermes e à destruição, mas é também o despojo duma alma imortal lhe estava intimamente ligada durante toda a vida, que participou dos seus erros e dos seus méritos (...) (SURBLED, 1940, p. 293).

Deste modo, venerar o cadáver resulta no respeito à memória do homem de que ele foi corpo (SILVA, M.,1965, p. 93), o que não implica em dizer que a proteção à memória do morto e a proteção do cadáver sejam sinônimos. Pode-se tomar a tutela do morto como gênero, assim como a proteção da memória do morto e a proteção do cadáver como espécies, não taxativas. Essa tutela do cadáver subsiste até que haja a decomposição total da matéria e, no tocante às partes separadas do cadáver, há a possibilidade de extração de partes, úteis para experimentos científicos, transplantes e para a salvação da vida de outras pessoas, mediante autorização do titular ou dos herdeiros, respeitando-se os limites legais e dos bons costumes.

Além dos direitos especiais de personalidade de pessoas falecidas, o legislador quis proteger individualmente as pessoas já falecidas contra ofensas

ilícitas ou ameaça de ofensa contra a respectiva personalidade física e moral que existia em vida que permaneça após a morte, o justifica falar em tutela geral da personalidade do defunto (SOUSA, 1995, p. 193). Dentro dessa tutela geral do defunto, encontra-se a proteção à memória, a tutela do cadáver, o direito a serem obedecidas as deliberações prévias sobre o funeral. O capítulo seguinte irá abordar a respeito da possibilidade de haver ou não um direito à manutenção do sigilo após a morte.

Um exemplo de veneração do cadáver é verificado na contemporaneidade no rito de “culto ao cadáver desconhecido”, evento tradicionalmente integrante das solenidades da graduação do Curso de Bacharelado em Medicina. Trata-se de cerimônia ecumênica voltada para a reflexão humanística da utilização do corpo morto como instrumento de estudo anatômico. Não se exalta a pessoa em si, visto que, na maioria das vezes, o cadáver pertencia a um desconhecido, a um indigente, mas preconiza o respeito às projeções da pessoa que habitou naquele corpo que passa a servir como objeto de estudo científico.

Tentar impedir ou disfarçar a corrupção do cadáver, como fornecer-lhe alimentos, armas, embalsamá-lo[85], pintá-lo, segundo Manuel da Silva (1965, p. 92), só pode ser superstição ou vaidade e ostentação dos vivos. Para o autor, a destruição, o regresso ao pó, é a verdade do cadáver, e até a duração dele e a possibilidade de artificialmente o prolongar são indícios dessa triste realidade. Ele prossegue afirmando que, por mais paradoxal que pareça, a estabilidade e permanência da matéria do corpo sem alma são sinais e efeitos da morte.

Tal pensamento enfatiza a inevitabilidade da deterioração do cadáver, mas apresenta uma dura crítica aos ritos funerários que são de livre disposição, por meio do codicilo ou do testamento vital e que, muitas vezes, estão relacionadas com a religião seguida pela pessoa em vida, de modo que devem ser respeitadas as disposições previamente formuladas para terem eficácia *post mortem*.

Sobre a proteção ao cadáver existem, no mínimo, quatro correntes doutrinárias divergentes sobre sua natureza jurídica: a) a primeira afirma que o

[85] O embalsamento opera-se basicamente pela injeção de líquido antisséptico e adstringente nos vasos. É o meio mais eficaz de evitar a putrefação, no entanto não goza de popularidade por ser um processo bastante dispendioso e demorado (SURBLED, 1940, p. 313).

cadáver é coisa[86]; b) a segunda, que expressa ser pessoa; c) uma terceira, que defende haver um terceiro gênero, sem se enquadrar nem no conceito de pessoa, nem do de coisa; d) a quarta acredita que o cadáver é um bem da personalidade, objeto mediato de relações jurídicas.

A teoria correta do cadáver é um complemento essencial para a construção do direito ajustada ao calor sagrado da personalidade humana (SILVA, M.,1965, p. 231). A sua aceitação como objeto de direito é reducionista no que diz respeito ao direito de propriedade. Como sujeito de direito, é deficiente quanto aos direitos da personalidade (CLOUET; LACROIX, 2010, p. 4). O cadáver tem natureza extrapatrimonial, fora do comércio, tanto é que, como os herdeiros têm o dever de honrar seus mortos e enterrá-los, não exercem propriedade sobre ele (DELEURY; GOUBAU, 2008, p. 169).

A morte não é um simples fim, não se resume à suspensão da continuidade, nem representa mero acontecimento fático, desprovido de sentido humano. É, antes, a separação dramática da alma e do corpo, representa a agonia para o corpo, por ser condenado a corromper-se e a ser destruído. No entanto, também submete a dolorosa agonia da alma, destinada a viver por esse corpo, que estará privada dele sem perder, contudo, a vocação para a matéria que ela tinha conformado e sem a qual não poderá exercer muitas das suas operações (SILVA, M.,1965, p. 82-83).

Sendo assim, o corpo que, sob a influência de uma filosofia racionalista ou espiritualista, foi mais ou menos sendo evacuado das preocupações do direito, reclama uma proteção particular (TERRÉ, 1998, p. 323). Em uma perspectiva de unificação da proteção do corpo humano (restos vivos e mortais), é possível afirmar que o corpo é antes de tudo um relacionamento com os outros, o que justifica a proteção contra as relações que o coisifiquem (ARBOUR; LACROIX, 2010, p. 267-268). “O cadáver deve ser tratado, sempre, com todo o respeito. Num conflito com pessoas (vivas), o cadáver tenderá a ceder. Mas ele representa um valor que dispõe de proteção incluindo a tutela penal” (CORDEIRO, 2011b, p. 532).

O cadáver não é pessoa, não lhe é reconhecido qualquer direito ou dever; pode ter destino variado. As decisões sobre ele são tomadas pela pessoa enquanto

[86] Os restos mortais não são mais corpo humano, é coisa móvel de natureza especial, é cadáver (BRAVO, 1964, p. 196).

viva, e na ausência de posicionamento, pelos familiares, médicos ou autoridades públicas. Não pode entrar na área dos bens patrimoniais, está fora do comércio e dispõe de regime especial, mas tecnicamente surge como coisa. Entretanto, a sua proximidade em relação à pessoa justifica que o seu tratamento civil ocorra no capítulo das pessoas e não das coisas (CORDEIRO, 2011b, p. 534). Esse trato especial é justificado devido à sacralidade do corpo humano, que transcende a vida e até a morte.

O fundamento da dignidade do cadáver não se funda no que ele é no momento atual, mas naquilo que ele foi, e também no contraste que se verifica entre o presente e o passado, e no que ele há-de vir a ser na eternidade (SILVA, M.,1965, p. 93). Considerando ser o cadáver imperfeito quanto aos atributos de sujeito e objeto de direito, Clouet e Lacroix (2010, p. 15) expressam que o *status* legal do cadáver é composto de elementos emprestados da categoria de pessoas e coisas, pois há a necessidade de projetar uma categoria híbrida ou intermediária para abarcá-lo, refletindo o complexo *status* do corpo e exigindo um regime *sui generis* flexível o suficiente para garantir sua proteção.

Como decorrência do avanço da biotecnologia e das ramificações médicas, legais, éticas e sociais vem ocorrendo a politização da morte nos países em que o cadáver se transforma em corpo do Estado, responsável por definir a utilização das partes desse corpo em transplantes, e também a mercantilização da morte gera uma lucrativa mercancia de órgãos, ainda que ilegal (SILVA, N..; SERRA, 2017, p. 6), fator que justifica a preocupação jurídica em tutelar o cadáver e as partes isoladas do corpo.

O fato de um esqueleto destinado ao estudo da anatomia poder ser objeto de negócios jurídicos, não é incompatível com a afirmação de que o cadáver é bem extracomercial, pois tais características fazem referência a ligação dele com uma pessoa concreta, e abstrai de utilizações usuais para fins científicos ou terapêuticos, conforme é autorizado em legislação especial (MENDES, João, 1978, p. 243).

Mesmo que se exclua a possibilidade de haver personalidade *post mortem*, à luz do direito positivado não se pode deixar de se considerar que o respeito devido ao cadáver e aos sentimentos de piedade dos familiares é suficiente para impedir a

exclusão liminar de valorações que atribuam relevância à pessoa do defunto para além da sua morte. O cadáver apresenta uma dimensão simbólica que não pode ser esquecida, tem sido objeto de veneração e respeito, no contexto em que a morte passa a ser associada a tradições e crenças com importante sentido ético e religioso (SERRANO, 2005, *on-line*), e esse simbolismo é encontrado presente em todas as teorias acima elencadas.

O cadáver é sujeito a tratamento análogo ao da pessoas, como extensão delas, e os direitos que lhe competem devem obedecer aos seguintes princípios (SILVA, M.,1965, p. 193-195):

a) Destinação a fins intrínsecos – utilidade que não seja possível ser alcançada por meios sujeitos ao domínio do homem, que não seja imoral ou fútil;
b) Especificidade – necessidade de extrema delimitação dos direitos, pelo fim que se destinam e só no âmbito deste se justificam;
c) Ausência de domínio – o cadáver não pode ser objeto de domínio ou propriedade plena;
d) Extracomercialidade – não é sequer coisa, de modo que é imprecisa a sua designação como coisa fora do comércio;
e) Independência, em princípio, dos vários direitos que recaiam no cadáver;
f) Necessidade de hierarquização e coordenação em concreto - devido à independência desses direitos. Eles podem ter valor desigual e pode ser que, no caso concreto, um direito de valor menor tenha que se sobrepor a outro;
g) Subordinação genérica ao respeito devido à pessoa e a outros fins intrínsecos – necessidade de que nos atos de execução desses direitos se observe o respeito à dignidade e aos outros fins instrínsecos, em cuja satisfação o exercício desses direitos não deve interferir.

Desta feita, na esteira do pensamento de que o Direito não se limita a proteger a personalidade no curso da existência da pessoa, posto que também ampara, tal como verificado, aspectos da personalidade que se estendem após a sua morte, verificou-se a existência dos direitos *post mortem*, assim como em tal rol estão presentes a proteção ao cadáver e as partes separadas dele.

De modo semelhante à proteção da memória do morto, a proteção do cadáver é autônoma em relação aos direitos da personalidade do morto: com a morte se extingue o direito da personalidade à integridade física, devido à extinção da personalidade – suporte fático de tal direito - e a sua extinção marca a transmutação para um direito autônomo, sem precisar falar em pós-eficácia. Não são direitos que sofrem pós-eficácia, assim como os direitos sucessórios, posto que se iniciam a partir do óbito do seu titular, marco que faz com que os restos mortais e o cadáver devam protegidos por seus herdeiros, na qualidade de legitimados processuais.

Não restam dúvidas sobre o fato de a tutela do cadáver ser um direito e decorrer dos reflexos da importância existente na pessoa que naquele corpo habitou, e que desse raciocínio resulta a importância de se reconhecer a sacralidade do corpo, ainda que morto. No caso da proteção do cadáver, há proteção a um bem jurídico, configurando um direito objetivo e têm legitimidade processual para requerer a sua proteção aos herdeiros e o poder público.

8 A PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO E A TUTELA *POST MORTEM* DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO PACIENTE

"A sociedade funciona não apenas apesar da morte e contra a morte, mas também só existe enquanto organização pela morte, com a morte e na morte".

Edgar Morin (1988).

8.1 IMPORTÂNCIA E EMBASAMENTOS PARA A PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO

Em forma de poesia, em Canção Póstuma, Cecília Meireles afirmara que "a Morte é uma águia cujo grito ninguém descreve". A questão salientada em meio à problemática é: como garantir, de modo fundamentado, que não aconteça a revelação do alarde dos segredos ocultados em vida? Será que realmente se pode garantir um silêncio como dever dos profissionais da saúde que lidaram com os agora mortos? Qual a importância de tal tutela específica?

Em outros termos, sabendo-se que "o direito é uma ciência social, e o método das ciências sociais é o método de observação, que deve combinar-se com o poderoso método de investigação que é a hipótese dedutiva" (DUGUIT, 2005, p. 67), a principal hipótese que está sendo enfrentada no cerne desta pesquisa é justamente a premissa segundo a qual é importante a manutenção do sigilo após a morte, quando assim for da vontade do titular dos direitos da personalidade, já que o segredo médico protege nas relações entre pacientes e o corpo de profissionais de saúde alguns direitos pós-eficazes e a dignidade da pessoa humana.

A razão para o uso da moralidade é determinar como é possível se viver melhor a própria vida e criar comunidades humanas passíveis de conduzir à felicidade (CALLAHAN, 2009, p. 17). No entanto, dada à individualidade humana, não são raros os casos em que os valores morais dos indivíduos de uma comunidade não são coincidentes, e também não o são as noções de felicidade, razão que é o cerne da importância coercitiva do Direito nesses casos.

A principal via para garantir um envelhecimento ativo e poder combater a crescente e inevitável dependência psíquica e física, é a preparação pessoal apropriada (DOURADO, 2016, p. 255). Para muitas pessoas, ainda que fora da

etapa de envelhecimento, mas que estão doentes, essa preparação perpassa sobre o controle dos atos e pensamentos que sucederão a sua morte, para que a tranquilidade se faça constante no momento crucial último. Para tanto, é necessário haver segurança jurídica em relação ao futuro respeito pela autonomia do paciente.

Um Direito plenamente atento à universalidade humana pondera as necessidades individuais de tutela, principalmente as dos vulneráveis, e é sob essa perspectiva que tanto se ressalta a importância de se garantir a pós-eficácia de alguns dos direitos da personalidade, ainda que os pleiteantes dessa medida sejam uma minoria; e, em menor número ainda, seja o quantitativo de pacientes que tenham a intenção de valer-se da pós-eficácia dos direitos da personalidade para estendê-la ao sigilo médico.

A pós-eficácia dos direitos da personalidade e a sua importância devem ser avaliados sob o viés qualitativo, tendo em vista a alta carga axiológica dessa categoria jurídica. O critério quantitativo dos interessados mostra-se determinante não para justificar ou não a projeção póstuma, mas para reconhecer quem são os vulneráveis que, à luz da individualidade, merecem ter suas demandas tidas pelo legislador e demais hermeneutas do Direito. Nessa acepção, deve-se ter em conta que:

> Transformar posições ou teorias éticas em prescrições legislativas é não apenas espelhar na coexistência social, com assistência coerciva, soluções que muitas das vezes começam por ser controvertidas no próprio seio da filosofia moral, como é também “inventar” minorias à margem do direito (uma espécie de “marginalidade postiça” (ARAÚJO, 1999, p. 9).

Vale frisar que “ao dar voz e rosto aos vulneráveis, a sociedade acorre prontamente, torna-se envolvida e partícipe nas emergências divulgadas” (LIONÇO, 2010, p. 159). Parafraseando Ascensão (2009, p. 424) quando diz que “não há absolutos no Direito, a vida também não o é”, pode-se acrescentar quão absoluta é a morte. Em outros termos, se é verdade que o Direito deve aceitar a relatividade da vida, é preciso insistir para também confessar a relatividade dos efeitos da morte, essencialmente no que tange à cessação da eficácia dos direitos da personalidade. Dentro dessa relativização, estão incluídos os direitos que são resguardados na

relação médico-paciente pelo segredo, já que essa medida contribui para que sejam diminuídos os efeitos negativos das situações vulneráveis nesse âmbito.

Há alguns direitos da personalidade que são pós-eficazes, são as espécies que compõem o direito à privacidade, quais sejam, direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo e à imagem, acrescidos do direito à integridade moral. Quando essa pós-eficácia é aplicada nas relações jurídicas nas quais os pacientes figuram em um polo, e no outro estão os médicos, demais profissionais de saúde e as instituições clínicas ou hospitalares, a proteção *post mortem* da personalidade se concretiza na pós-eficácia do dever deontológico de segredo médico, juridicamente defensável; honrando a confidencialidade, tão imprescindível para a prática eficaz da medicina.

Os direitos que podem ser pós-eficazes são aqueles que ou são direitos de proteção absoluta, ou são direitos que só admitem restrição se for dada autorização. Neste último caso, só as pessoas que tenham legitimidade para dar autorização em causa, podem reagir mediante a violação. São exemplos de tais direitos: direitos ao nome, às cartas-missivas confidenciais, à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada (CORDEIRO, 2011b, p. 538-539). São destacados na tese os últimos, por serem os mais diretamente atacados, em casos de desrespeito ao segredo clínico-hospitalar.

Ora, se o sigilo médico na organização social é uma das constantes antropológicas mais estabilizadas e irrenunciáveis; se é um dos referentes irrenunciáveis da autopreservação do médico em todo o mundo (ANDRADE, Manuel da C., 2008, p. 172), além dos interesses evidentes que ele apresenta para os pacientes, não é surpreendente que estes últimos sujeitos tenham a intenção de manter essa constante além da vida. Essa possibilidade tem a potencialidade de garantir o equilíbrio psíquico da pessoa em meio à situação de adoecimento ciente de que seu estado pode ser agravado para a realidade da terminalidade.

O Direito não se resume a um instrumento para atingir objetivos sociais, é importante atentar que ele incorpora valores morais não pertencentes simplesmente a uma determinada moral, mas a uma moral racionalmente fundamentada (ATIENZA, 2014a, p. 73). Na atualidade das demandas que concernem as regras de Biodireito aplicadas à morte, pode-se dizer que é escancarada a quase total

inaplicabilidade do tradicional brocardo *mors omnia solvit*[87], para tratar dos temas relacionados à pós-eficácia dos direitos da personalidade. A expressão que fora tão exaltada nos primórdios do Direito das Sucessões, hoje mostra-se ineficiente e até perigosa, pois, quando analisada de forma literal, pode erroneamente remeter ao pensamento de que não se deve discutir pós-eficácia, uma vez que o titular não usufruirá da sua realização em vida.

Vive-se a era da extrema complexidade e da desumanização inerente, na qual a crise quase se transforma na forma normal de vida. Com isso, somada à consciência da necessidade de mudança que precisa encontrar novas categorias capazes de enquadrar uma realidade em evolução (ASCENSÃO, 2013, p. 374), é sob esse prisma que urge o reconhecimento da pós-eficácia do sigilo médico, coadunado com a defesa do consentimento livre e esclarecido, do respeito à autonomia e à individualidade do paciente, garantindo a proteção dos aspectos mais caros protegidos.

Vale frisar que:

> É o indivíduo – concretamente o paciente ou, numa visão mais compreensiva, a pessoa, 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 disponibilidade (ANDRADE, Manuel da C., 2008, p.181, grifos nossos).

A Constituição da República Portuguesa, ao disciplinar no artigo 64 o direito à saúde, estabelece em seu n. 3, alínea d, que é dever prioritário do Estado disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina e assegurar nas instituições de saúde a adequação conforme os padrões de eficiência e de qualidade. Ao passo que a Constituição Federal brasileira, no artigo 196, ao tratar do direito fundamental à saúde, expressa que ele deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, e o seu dispositivo seguinte expressa que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. É necessário falar em eficiência na prestação do serviço de saúde e reconhecer a sua importância pública, pois a sua concretização

[87] Locução latina que significa "a morte solve tudo", "com a morte tudo desaparece", ou ainda, a tradução proposta por Carrilho (2006, p. 263): "a morte anula tudo".

não requerer como pressuposto que o paciente renuncie aos direitos da personalidade relacionados à intimidade, visto que acarretaria, indiretamente, renúncia à sua dignidade.

“Nada, na ordem jurídica como na construção científica do direito, pode partir de postulados formais, estranhos à personalidade, antes tudo tem de assentar no respeito do fim supremo e da dignidade do homem” (SILVA, M.,1965, p. 133). Desta forma, o reconhecimento da dimensão social da saúde faz com que se aproxime a definição desse direito em relação ao conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, pois considera que um adequado estado de saúde não resulta apenas em uma vida longa e saudável, mas, em possuir os conhecimentos que o habilitem para desfrutar de um nível decente de vida, desenvolver suas capacidades e exercitar suas opções de vida e de desenvolvimento humano (GLOBEKNER, 2011, p. 33).

As obrigações de sigilo médico não estão bem delineadas e precisam ser reestruturadas. Os pacientes devem ser capazes de consentir com a inclusão de informações em seus registros e devem ter acesso a esses registros, além de manter um controle considerável sobre o acesso dos outros. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 429). A liberalidade dos enfermos deve abranger a possibilidade de, em sede de diretivas antecipadas de vontade, expressar como esse comando deve ser exercido após a sua morte, em prol da propiciação de um processo de envelhecimento e evolução da doença com o maior equilíbrio psíquico possível, para deixar imaculada a sua integridade moral.

Esse controle é efeito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, consequentemente, da liberdade geral de ação que, na acepção positiva, salienta que a pessoa é livre para realizar o seu próprio autogerenciamento. Na negativa, impõe abstenção de terceiros, inclusive médicos, de invadirem a esfera individual do paciente (MENEZES, R., 2017, p. 36). Sendo assim, se a justiça é o desejo perpétuo e constante de atribuir a cada um o que lhe pertence (LINGUET, 1984, p. 81), justo não é tolher de um paciente em fim de vida a faculdade de dispor sobre sua liberdade, sua autonomia privada e da vontade – especialmente daquelas concretizadas em diretivas de vontade, inclusive nos testamentos vitais.

O direito à intimidade nasce como um direito de liberdade negativa, para impedir que os outros tenham determinada conduta, mas termina por se converter

em uma liberdade positiva, de autodeterminação, em um poder para lograr também que os outros façam algo. Essa mutação do direito à intimidade não o priva da sua dimensão natural, mas reflete a sua mutação histórica (ALBERT, 2016, p. 208), garantindo a sua atualização em prol da sua efetividade.

Aplicando-se esta concepção à problemática da proteção *post mortem* da intimidade na relação clínica, pode-se entender que, na primeira acepção, quanto à qualidade de liberdade negativa, a intimidade após a morte repercute na manutenção do sigilo sobre os dados e informações contidas no processo clínico. É reflexo da autodeterminação do paciente que, enquanto estava vivo, impunha uma abstenção *erga omnes*. Após o falecimento, a tendência é que os herdeiros tenham acesso, exceto se houver diretiva antecipada de vontade que especifique restrição; por isto que a sedimentação do regime de titularidades e da teoria do segredo *post mortem* se faz tão imprescindível, pois contraria o senso comum.

Desta feita, na acepção de liberdade positiva, a intimidade impõe a todos, especialmente aos profissionais da saúde, o dever de diligência para garantir o respeito ao sigilo em relação aos dados clínicos que compõem o processo clínico. No caso de o falecido não ter se posicionado previamente, o acesso aos dados será destinado aos herdeiros; na hipótese de ter se manifestado a favor do sigilo *post mortem*, a intimidade como liberdade positiva implicará manutenção do segredo por parte dos profissionais que se obrigam por força de dever profissional ético-jurídico pré-estabelecido, bem como para aqueles profissionais ou não, que por ventura tenham tido acesso aos dados personalíssimos - a exemplo do técnico de informática que preste serviços do gênero para a unidade hospitalar; ou do provedor responsável pela armazenagem dos dados em nuvens.

No plano da eficácia, os efeitos da concretização da liberdade positiva decorrente da intimidade podem gerar problemas de difícil solução, a exemplo de definir qual destinação deverá ser dada ao processo clínico após a morte do paciente requerente da manutenção do sigilo. Como os herdeiros poderão ter a certeza de que não houve nenhum ilícito - cível, penal ou ético - em relação à condução do tratamento clínico, será possível operacionalizar um contrato de seguro de vida sem dar acesso à seguradora aos dados que determinaram o fim da

existência física do seu segurado. Em razão disso, a problemática é inserida no rol dos problemas perversos, como já explicitado.

As realidades contraditórias que enfrentam os enfermos terminais não são passíveis de generalização, pois, ao reconhecer a dignidade de tais pacientes, implicitamente enxerga o direito à singularidade, o direito de ser diferente, de modo que a análise casuística indicará o melhor caminho para atestar se o paciente terminal tem capacidade de posicionamento sobre as condutas terapêuticas a serem ministradas pela equipe de saúde (MENEZES, R., 2017, p. 51), inclusive no que diz respeito a incluir no rol de liberdades, quanto às disposições para fim de vida, a manutenção do sigilo médico após o seu falecimento.

Desta feita, é necessário que se reflita sobre as diretivas antecipadas de vontade com a prudência inevitável de atentar para o plano da eficácia em que tal negócio jurídico se realizará, no sentido de garantir, à luz da boa-fé objetiva, que o enfermo apenas delibere sobre o que é legalmente possível, moralmente hábil e realmente praticável, posto que nem toda pretensão humana tem aptidão para converter em direito, nem necessariamente é capaz de integrar uma relação jurídica. É justamente sob essa visão que mister se mostra o fundamentado embasamento da pós-eficácia do sigilo médico, para que esse tema seja discutido com o paciente, especialmente quando for a oportunidade de haver o consentimento esclarecido.

Como não raramente os doentes terminais são idosos, eles podem se encontrar em uma situação de discriminação negativa múltipla, tanto em razão da doença quanto em razão da idade. Tal situação desfavorável resulta da situação de desigualdade de poder em que se encontram em relação à comunidade dos sãos e a dos mais novos (MELO, 2006, p. 74). O cuidado à saúde do idoso deve abarcar princípios científicos, éticos e de segurança, assim como tomar por base as expectativas individuais e de expressão social (BERTOLETTI; CARRETTA, 2008, p. 20). O grande dilema prático que se faz presente, não só em relação ao paciente idoso, mas tange qualquer paciente que esteja em processo de terminalidade, é o confronto entre essas expectativas de cunho pessoal-individual com as demais expectativas do corpo de profissionais da saúde e dos familiares do doente. Nesse sentido, independentemente da idade, sublinha-se a relevância de estimular a prática de diretivas de modo mais ágil possível, antes que o quadro clínico seja

agravado, sem expressa disposição, o próprio corpo clínico não terá respaldo para manter o sigilo em relação aos herdeiros.

Quanto mais são delineados os direitos dos pacientes, mais é possível dotar os profissionais de saúde de subsídios concretos, que os deixem seguros o suficiente para o abandono do paternalismo, bem como atendimento à autodeterminação do doente; e de grande valia mostram-se os diplomas deontológicos.

Sobre o tema, o Juramento de Hipócrates, atualizado pela Declaração de Genebra, com última modificação datada de 2017, ocorrida na *68th WMA General Assembly, em Chicago, Estados Unidos, estabelece que os médicos devem respeitar os* segredos a eles confiados, mesmo após o paciente ter morrido. O guia sobre confidencialidade do *General Medical Council*, do Reino Unido, datado de 2017, estabelece em seu parágrafo 134, que o dever de confidencialidade continua após a morte do paciente.

O Código de Ética Médica brasileiro, expresso no Capítulo I, versa sobre os princípios fundamentais: “VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, mesmo depois da morte”. Em Portugal, o artigo 86, n. 4, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos explicita que “o segredo médico se mantém após a morte do doente”; igualmente expresso o artigo 139, n. 4, do Estatuto da Ordem dos Médicos.

Há alguns países que já evoluíram na disciplina jurídica do sigilo após a morte, a exemplo da Espanha, que regulamenta na Lei 41 de 2002, no artigo 18, item 4, que o acesso à história clínica de pacientes falecidos por parte das pessoas a ele vinculadas, será facilitado por parte dos centros sanitários ou médicos, exceto se o morto houver proibido expressamente, e essa proibição tiver sido certificada. Acrescenta, ainda, que em qualquer caso de acesso por terceiros, é necessário que se justifique por um risco a sua saúde, e será limitado aos dados pertinentes. Por fim, expressa que não se facilitará o acesso às informações que afetem a intimidade do falecido, tampouco às anotações subjetivas dos profissionais ou informações que prejudiquem a terceiros.

Em Portugal, a doutrina é favorável à tutela *post mortem* do sigilo médico. Abreu (2005, p. 282-283) defende que, mesmo após a cessação da prestação de serviços médicos, é mantida a obrigação de segredo profissional, assim como é prolongada além da morte do doente, salvaguardando-se os interesses também em caso de morte do médico ou cessação da respectiva atividade. Manuel da Costa Andrade (2008, p. 193) apoia-se no direito alemão, em face da ausência de previsão expressa na lei penal portuguesa, para defender que o dever de sigilo permanece *post mortem,* independentemente de ser considerado um bem jurídico supraindividual ou individual-pessoal.

No Brasil, ainda que de forma muito pontual, sem grandes incursões, são encontrados alguns prenúncios para a defesa da eficácia póstuma da defesa do segredo médico. Apesar de serem poucos e esparsos posicionamentos na doutrina brasileira sobre o tema, vale apontar o de Paula Pereira (2011, p. 105) quando expressa que “os pacientes têm o direito de que seus informes médicos sejam tratados com confidencialidade pelo médico (...), o que não cessa mesmo que o fato seja de conhecimento público ou após a morte do paciente”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (2014, *on-line*) apresentou um exemplo jurisprudencial em que se defendeu a manutenção da obrigação de sigilo após a morte de paciente. Tratava-se de caso em que a mãe do falecido pleiteou a exclusão da menção à AIDS como causa morte. A sentença foi proferida na 4ª Vara Cível da Comarca de Santos, pelo magistrado Frederico dos Santos Messias, que no seu conteúdo dispunha:

> Os dados clínicos, nisso incluído a *causa mortis*, por representarem a intimidade da pessoa falecida, somente podem ser revelados judicialmente mediante justificável ponderação dos valores constitucionais em jogo, ou a pedido da família, nos termos da legitimação conferida no parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.

Callahan (2009, p. 21-22) ressalta, ao tratar da contraposição política entre governo centralizado e liberdade individual, que a justiça e liberdade apareceram durante décadas frequentemente em oposição. Fazendo uma analogia, constata-se que no problema em tela a liberdade do paciente em preservar sua intimidade após a morte não se contrapõe à justiça. Nesse caso, liberdade e justiça andam uníssonas, o respeito à liberdade serve para que se alcance o ideal justo, já que

ostenta valores constitucionais importantíssimos, conforme foi mencionado na jurisprudência supracitada.

É possível frisar que a proteção dos interesses morais do indivíduo deve ser assegurada, mesmo após a morte deste último. Sua vida privada ou seus segredos devem ser respeitados, certamente de uma maneira menos rígida do que durante sua vida, mas a proteção deve permanecer efetiva. Finalmente, os restos que ele deixou de sua personalidade devem ser mantidos intactos, protegidos de deformações ou usurpações (BLONDEL, 1969, p. 64-65). Do ponto de vista ético, o respeito pelos mortos é até mais valioso que o respeito pelos vivos. O respeito em relação à pessoa que morre deve marcar todo o acompanhamento pessoal e comunitário desse momento único (ASCENSÃO, 1997, p. 89; 2009, p. 445).

De modo definitivo, assim como a pós-eficácia dos direitos da personalidade é plenamente defensável conforme o Ordenamento Jurídico brasileiro, também o é a eficácia póstuma do desdobramento dos direitos que protegem a dignidade dos pacientes, via dever de segredo médico. Respeitar a projeção do direito ao sigilo em âmbito clínico e hospitalar após a morte é consequência do amplo reconhecimento da autonomia do paciente, do direito ao consentimento livre e esclarecido, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A eficácia social da previsão expressa no rol de princípios fundamentais da Medicina, do Código de Ética brasileiro, depende da coercibilidade jurídica para que o conforto psíquico dos pacientes em fim de vida não seja comprometido por algum temor acerca de uma possível devassa dos seus direitos da personalidade relacionados à intimidade. Respeitar a individualidade do outro implica defender as necessidades alheias, compatíveis com a ordem jurídica vigente, ainda que expressem interesses de uma minoria.

Constata-se, pois, a confirmação da hipótese segundo a qual a manutenção do sigilo após a morte, pelo dever de segredo médico protege, nas relações entre pacientes e o corpo de profissionais de saúde, alguns direitos pós-eficazes e a dignidade da pessoa humana, nos casos em que o exercício da autonomia do paciente mostrava vontade.

8.2 ENQUADRAMENTO DO TEMA NA TEORIA DOS PROBLEMAS PERVERSOS

É possível categorizar os problemas como bem ou mal definidos, tanto com relação ao estado inicial - dados que se possui de antemão, quanto em relação ao estado desejado - clareza sobre os objetivos pretendidos; podem ser qualificados como rotineiros ou não, dependendo da familiaridade que se tem com problemas da mesma natureza. O fato é que, independentemente destas e de outras muitas diferenciações quanto aos tipos de problemas existentes, dois aspectos específicos do processo de resolução são mais comumente estudados: a construção da representação dos problemas e o processo de geração da solução (TABAK, 2012, p. 23).

O último aspecto de busca por uma solução, é que se faz imprescindível para a presente abordagem, já que se está tentando encontrar uma forma que seja justa, legal, razoável, responsável e capaz de ser posta em prática, para que se pondere o interesse de alguns pacientes de manterem o sigilo das suas informações de saúde, mesmo após a extinção da sua personalidade.

O comportamento racional envolve a tentativa de antecipar as consequências das ações, estimulando o pensamento anterior ao ato, e a compreensão do problema como um todo, tendo em vista as consequências para evitar uma ação irresponsável (RITTEL, 1972, p. 391). Sob essa perspectiva, não seria responsável, tampouco seria racional tratar dos direitos do paciente em fim de vida sem antecipar as possíveis repercussões das suas diretivas antecipadas em relação aos médicos e demais componentes da equipe de saúde, aos herdeiros do paciente e às seguradoras de vida.

Vale frisar que nem todos os dilemas ensejam soluções fáceis e capazes de causar a finitude e a indiscutibilidade do tema, ou seja, nem todos os problemas são plenamente domáveis, há questionamentos que estimulam a retórica a tal ponto que quanto mais se reflete sobre eles, maior é a tendência de proliferação de novas perguntas. Essa realidade, paradoxalmente, não significa ignorar a existência dos dilemas de difícil solução, mas sim, apesar de considerar as limitações dos possíveis desdobramentos e conclusões parciais, confessar que é preferível algum enfrentamento em detrimento do descaso sobre o que precisa ser debatido.

Os problemas perversos, termo traduzido do inglês, *wicked problems*, não podem ser taxados como resolvidos ou não. Eles não apresentam traços clarificadores como os dilemas matemáticos, por exemplo, e no seu rol englobam quase todos os temas de políticas públicas. Não são problemas mansos ou benignos, ou seja, não possuem a missão clara de objetiva resolução, de modo que se chega a ser censurável, do ponto de vista moral, tratar um problema perverso como se fosse manso, ou domesticá-lo prematuramente, sem reconhecer a perversão inerente aos problemas sociais (RITTEL; WEBBER, 1973, p. 160-161).

Em outros termos, a abstenção de enfrentamento de problemas excessivamente subjetivos e que envolvam uma pluralidade de variáveis indeterminadas, ou a equiparação da abordagem deles com os problemas que comportam soluções objetivas e determinantes é incompatível com a realidade social, ineficaz para solucionar os dilemas cotidianos.

A saúde está enquadrada no rol de problemas perversos, no sentido de apresentar as seguintes características: a) difícil definir com precisão; b) suas causas são múltiplas e interdependentes; c) as medidas e soluções podem ter efeitos imprevistos; d) é instável e segue em evolução enquanto são procuradas soluções; e) nenhuma das soluções disponíveis é correta e clara; f) é um problema complexo socialmente, com muitos grupos interessados; g) a responsabilidade se estende transversalmente para várias organizações; h) as soluções podem requerer mudanças de comportamento dos cidadãos e nos grupos interessados (FERIA, 2016, p. 28-29); i) são dilemas mal definidos, ambíguos e associados a fortes questões morais, políticas e profissionais; j) muitas vezes como resultado da busca por soluções ou por maior compreensão deles, resulta em novas formas de problemas perversos (RITCHEY, 2013, p. 2).

A esses aspectos podem ser somados os seguintes: k) se deve, primeiro, antecipar todas as potenciais soluções, em vez de tentar antever todas as perguntas decorrentes; l) não há uma regra de parada, sempre se pode retomar a análise do problema, em busca de uma solução melhor; m) os conceitos ‘correto’ e ‘falso’ não são aplicáveis, apenas é possivel julgar se a conduta é benéfica ou não ao caso; n) não há um número exaustívo de operações possíveis; o) há muitas explicações para a mesma discrepância e não há teste que mostre qual das explicações melhor cabe ao caso; p) inexiste um imediato ou definitivo teste para o problema; q) cada

tentativa importa e tem consequências, não se aplicam a eles o binômio tentativa e erro, pois não se consegue desfazer a tentativa de solução, pois há consequências que decorrem dela; r) todo problema perverso é essencialmente único, com ele não se pode aprender para agir de modo diverso na próxima vez; s) o agente que busca solucionar é responsável por seus atos (RITTEL, 1972, p. 392-393).

Em acréscimo, podem ser elencados os seguintes elementos: t) a escolha de uma determinada explicação para um problema perverso determina a natureza da resolução do dilema, e essa eleição é feita de acordo com a opção que melhor se adequa com às perspectivas de ação disponíveis; u) todo problema perverso pode ser considerado um sintoma de outro problema da mesma categoria (RITTEL; WEBBER, 1973, p. 166-167).

Os critérios salientados não figuram como um conjunto de testes capaz de determinar a perversidade de modo mecânico. Na verdade, fornecem ideias para julgar se um problema é grave (CAMILLUS, 2008, *on-line*). O fato de certas questões na área da saúde serem de fácil solução, não descaracteriza que a saúde, em uma análise abrangente, é tida como um problema perverso, pois a subjetividade dos atores que envolve, e a abstração dos interesses que engloba, deságua em incertezas, que fazem com que a busca por soluções seja demasiadamente desafiadora.

Em relação à proteção do sigilo médico após a morte do paciente em prol do respeito da intimidade do paciente e com vistas a conservar a serenidade do enfermo, verifica-se que a problemática se enquadra nas características supracitadas, na qualidade de desdobramento para uma saúde mental no estado terminal, pelos seguintes motivos:

a) Viu-se que é difícil delimitar quais dados dispostos na história clínica compõem informações pessoais e de titularidade exclusiva do paciente e quais dados tratam de informações subjetivas dos profissionais da saúde;
b) Os motivos que justificam a defensa da manutenção do sigilo após a morte são pautados no direito da personalidade à intimidade que, por sua vez, é baseada no princípio da dignidade. As causas para que essa potencial violação seja um problema podem ser exemplificadas com os resquícios de paternalismo médico, ingerência excessiva dos familiares em decisões que deveriam ser feitas de forma personalíssima, a evolução da informatização dos dados de saúde sem

equivalente progresso no tocante à proteção das informações privadas, falta de legislação e debate jurídico satisfatório sobre o tema, escassez de treinamento médico para o respeito às decisões do paciente, entre outras.

c) Defender a pós-eficácia pode suscitar efeitos adversos, a exemplo da ocultação de erro médico por inacessibilidade de acesso às informações por parte de herdeiros ou interessados; e tornar inoperante os contratos de seguro de vida por causa da restrição de acesso da seguradora aos dados de saúde dos seus contratantes;
d) Os meios de registro de informações clínicas são transmutados e evoluem com o tempo, ao passo que o processamento de dados não deixará de ocorrer enquanto não houver medidas satisfatórias para a proteção do paciente ou até chegar à conclusão sobre como é possível manter o sigilo após a morte do titular das informações;
e) A inexistência de solução correta, clara e específica tanto na legislação brasileira, quanto na portuguesa, faz parte do rol de justificativas da presente pesquisa;
f) Trata-se de tema socialmente complexo por envolver não somente os enfermos terminais, mas seus familiares, médicos, enfermeiros e demais membros que compõem o corpo clínico, gestores hospitalares, seguradoras de vida e de saúde, entre outros organismos;
g) A responsabilidade é estendida aos médicos individualizados, aos conselhos regionais e federais de medicina, às comissões de bioética, aos órgãos reguladores da saúde;
h) Uma eventual legislação disciplinando o sigilo médico após a morte requererá primeiro uma mudança cultural do pressuposto do senso comum de que a família deve ter acesso irrestrito ao processo clínico e contribuiria para enfraquecer o paternalismo médico que frequentemente desafia a autonomia do paciente, especialmente quando adentra a terminalidade; uma alteração expressa nos códigos de ética médica ou a inserção de uma resolução específica sobre o assunto reforçaria o dever por parte dos profissionais de saúde e das instituições de respeitarem os enfermos enquanto agente autônomos e de protegerem os dados personalíssimos que integram o processo clínico;
i) A alta carga de moralidade do tema é incontestável, especialmente devido ao aspecto de confidencialidade na qualidade de dever ético dos profissionais da

saúde. Há questões de políticas públicas para a eventual implementação em sede de diretivas antecipadas do pedido de segredo post mortem, e de política legislativa em possível disciplinamento sobre o assunto que abarca fortes dilemas profissionais, especialmente no tocante ao médico que poderá se encontrar em um conflito em que o dever de beneficência se contrapõe com o reconhecimento do paciente como agente autônomo;

j) Para que o enfrentamento do problema não gere outros tantos da mesma magnitude, é necessário buscar uma solução para que se evite a ocultação de erro médico e para que não seja inviabilizada a contratação de seguro de vida;
k) É possível antecipar potenciais soluções para o problema, a exemplo de: estímulo às diretivas antecipadas que englobem no conteúdo disposição sobre sigilo, educação dos profissionais de saúde para o respeito a tais disposições, legislação para ter o poder coercitivo em caso de desobediência;
l) Sempre é possível revisitar o dilema, porque ele renova e é transmutado com as mudanças sociais, e qualquer eventual disposição legal que tenha o escopo de regulamentar o sigilo médico após a morte do paciente não será definitiva, poderá ser atualizada e retificada ao longo do tempo;
m) Não cabe ao caso um julgamento objetivo com base numa taxatividade entre falso e verdadeiro. São buscadas soluções mais benéficas e condizentes com o ordenamento jurídico em vigor, de modo que as opiniões dissonantes não são necessariamente falsas;
n) Não há um número exaustívo de operações possíveis no sentido de não poder exaurir todas as possibilidades de ação e resolução ou piora do problema, sendo impossível fazer as combinações de ações e consequências de uma regulamentação do sigilo post mortem, não se pode precisar antecipadamente quais as dificuldades práticas que os médicos encontrariam para obedecer a vontade do paciente;
o) A pluralidade de explicações para a mesma discrepância em análise, e a impossibilidade de aplicar um teste capaz de objetivamente eleger a real causa do problema exigem que o hermeneuta faça uma análise histórica e sociológico-evolutiva, para detectar que os anos marcados pelo paternalismo médico, a falta de legislação suficientemente eficaz para a defesa da autonomia dos paciente e para o correto disciplinamento das diretivas antecipadas de vontade, assim como

a evolução biotecnológica não seguida, em igual velocidade, pela tutela legislativa e judicial dos direitos fundamentais e da personalidade colocados em risco especialmente com a informatização dos dados de saúde;

p) Como inexiste um imediato ou definitivo teste para o problema, as operações de indução e subsunção são imprescindíveis por meio do confronto das grandezas jurídicas que se contrapõem, a exemplo da liberdade profissional *versus* a vontade do paciente; do interesse de acesso dos herdeiros ao processo clínico *versus* a proteção post mortem da intimidade; do dever de notificação de doenças infecto-contagiosas *versus* perigo de exposição de dados personalíssimos do enfermo;
q) Como as ações têm consequências plurais e irreversíveis, não comportam, por exemplo, testar uma legislação sobre o tema, para depois de a mesma já estar do plano da eficácia retroagir e revogá-la sem causar danos aos interessados;
r) Como se viu, a busca por soluções para este tipo de problema não permite ensaios, de modo que de grande valia se mostra a utilização do método de estudo comparado para analisar as experiências mais prósperas que a do Brasil, como o caso da proteção de dados pessoais e as previsões de pós-eficácia dos direitos da personalidade encontradas na legislação e na doutrina de Portugal, apesar da inexistência de regulamentação específica do tema;
s) É condizente com as consequências da busca por soluções o fato de que o agente resolutor é responsável por seus atos, demandando a ponderação responsável das variáveis antes de qualquer ação. No caso do problema do sigilo após a morte, é imperativo que as ações respeitem os limites disciplinados no ordenamento jurídico vigente, e sejam guiadas pelos preceitos mais caros do constitucionalismo humanitário;
t) A escolha de uma ação para a resolução do problema do sigilo *post mortem* dos dados clínicos deve ser realizada considerando a mais adequada em conformidade com as perspectivas de garantias dos direitos fundamentais e da personalidade dos pacientes, consagrados na Constituição e no Código Civil, em sede interna do Ordenamento Jurídico Brasileiro, para que se garanta que a natureza da resolução do dilema seja humanitária;
u) O problema do sigilo *post mortem* evidencia as brechas para a manutenção da confidencialidade nas relações de saúde, a insegurança jurídica em relação ao

acesso de familiares e seguradoras aos dados personalíssimos de saúde, os diferentes tratamentos destinados aos pacientes a depender se eles estão submetidos a um serviço público ou particular de saúde, entre outros.

Uma variedade de críticas surgiu a respeito do domínio percebido de abordagens racionais-técnicas ou de "engenharia" para questões complexas de política social, cumpre apresentar as três principais: na primeira, os tomadores de decisão devem ser menos ambiciosos, contentando-se em lidar com elementos mais cuidadosamente definidos e gerenciáveis de grandes problemas, em vez de ficarem excessivamente comprometidos com uma abordagem abrangente; a segunda alega que quem defende que as abordagens técnicas tendem a negligenciar os valores, as perspectivas, bem como a experiência vivida das partes interessadas e dos cidadãos, são direta ou indiretamente assistidos ou envolvidos nessas intervenções (HEAD, 2008, p. 101-102); para a terceira não há uma teoria que possa localizar a bondade da sociedade, ou que possa dissipar a maldade, tampouco há teoria suficientemente capaz de resolver os problemas de equidade provocadas pelo crescente pluralismo social (RITTEL; WEBER, 1973, p. 169).

Em relação à necessidade de os investigadores dos problemas perversos analisarem os elementos com cautela, priorizando uma abordagem específica, a análise do sigilo *post mortem* dos dados e informações que compõem o processo clínico demonstra possuir especificidade suficiente, a ponto de não pretender se debruçar sobre a pós-eficácia de todos os direitos da personalidade e de não ampliar o universo de pessoas a serem impactadas para além das diretamente envolvidas; tampouco intenciona negligenciar os valores e as experiências dos envolvidos, pelo contrário, pretende manter a obediência a tais valores que são caros ao paciente, mesmo após a sua morte. E em relação ao pluralismo de vontades que podem ser apresentadas por diferentes indivíduos em fim de vida, as diretivas antecipadas de vontade têm capacidade de estabelecer diversas ações e escolhas, variáveis de acordo com os anseios de cada um.

Levando em conta que o desafio fundamental para os pesquisadores é desenvolver um novo pensamento sobre as múltiplas causas dos problemas, abrindo novos insights sobre os múltiplos caminhos e níveis necessários para melhores soluções, e obtendo ampla aceitação das partes interessadas de estratégias e processos compartilhados (HEAD, 2008, p. 115). A importância da

configuração do problema científico sobre o qual se constrói a presente tese como um problema perverso, reside no fato de priorizar ponderações esmiuçadas sobre as diferentes probabilidades de soluções e as consequências delas decorrentes, com preocupação especial em relação aos efeitos de cada uma no que tange à eficácia dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais. Em síntese, classificar um problema como perverso não deve afastar o investigador do seu enfrentamento, mas deve prepará-lo para as limitações das suas conclusões.

Ora, se os sistemas que incorporam problemas perversos tendem a resistir e a desafiarem as tentativas de mudança, e se tais modificações ocorrem apenas quando os líderes obtêm consenso entre os centros de poder para aprovar novos acordos sociais e novas organizações dentro do sistema (DENNIG, 2009, p. 717), é indispensável para a proteção dos direitos do paciente em fim de vida colocar em pauta as suas necessidades, especialmente apresentando-as ao Poder Legislativo, pois ignorar tais problemas devido às dificuldades que lhes são inerentes implica diminuir ou até anular a eficácia social do princípio fundamental da isonomia, em outros termos, significa não dotar de igual liberdade, igual autonomia e igual proteção da integridade aqueles que se encontram com saúde fragilizada, e que procuram, por meio das diretivas antecipadas, um maior conforto psíquico para si.

Há três enfoques possíveis para a resolução de problemas com as características acima enfrentadas: a *estratégia autoritária* - deliberação cabível a um grupo pequeno formado por autoridades e expertos, com artificial redução de complexidade do problema, em prol da reconciliação dos valores sociais e da escolha individual (RITTEL; WEBER, 1973, p. 169); a *estratégia competitiva* - confronta os diferentes pontos de vista defendidos por grupos e ideias divergentes, na busca por uma solução equilibrada, mas a competição tende a criar um efeito perverso a competição se afasta da troca de conhecimentos e desestimula a participação dos que poderiam apresentar soluções alternativas; e o *enfoque colaborativo* - conta com a participação dos diretamente afetados no processo de busca por soluções, e apresenta como desvantagem, a alta demanda de tempo (FERIA, 2016, p. 30-31).

A colaboração é uma prática de estimular a participação de novos observadores e a criação de novas ações possíveis em conjunto, dando origem a uma solução para um problema perverso que reconheça as preocupações, as quais

serão reconfiguradas para que se analise o coletivo. A marca da colaboração bem-sucedida é a experiência da solidariedade e da nova energia: um “nós”. A colaboração é um ideal alcançado com muito menos frequência do que é invocado, porque muitas pessoas são atraídas por um autoritarismo mais familiar ou por estratégias competitivas - que geralmente não funcionam para problemas perversos (DENNING, 2009, p. 728-729).

Como o enfoque autoritário é contraditório à autonomia do paciente, como a estratégia competitiva mostra-se insuficiente, pois, como já fora explanado, a casuística tende a mostrar que não há solução verdadeira ou falsa para cada problema específico de cada paciente, de grande valia apresenta-se a abordagem colaborativa, considerando as preocupações não só dos pacientes, mas também da equipe de saúde, dos herdeiros, das seguradoras de vida e outros legitimamente interessados.

Por fim, cumpre mencionar que há outros autores que elaboraram diferentes proposições teóricas sobre decisão jurídica.[88] Dworkin (2002, p. 127-128) tratou, por exemplo, dos *hard cases*, casos difíceis, partindo de uma teoria do positivismo jurídico, segundo a qual quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão, o juiz deve decidir usando um poder discricionário.

Critica os casos em que os juízes atuam como se fossem delegados do poder legislativo, criando novo direito, originando leis em resposta a fatos e argumentos, como julgam que os legisladores promulgariam caso estivessem diante do problema. Expressa que as decisões devem se basear em argumentos de princípios, entendidos como aqueles que “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, embora defenda que os argumentos políticos têm força para sugerir a importância de determinada tese e justificar a atenção que merece (DWORKIN, 2002, p. 127-129 e 132).

---

[88] Segundo preceitua Camillus (2008, *on-line*): Nas áreas de políticas públicas, desenvolvimento de software e design de projetos, especialistas como Peter DeGrace, Leslie Hulet Stahl e Jeff Conklin desenvolveram maneiras de identificar problemas complexos e lidar com eles. DeGrace e Stahl escreveram *Wicked Problems, Righteous Solutions: A Catalog of Modern Software Engineering Paradigms* (1990); Conklin foi o autor de *Dialogue Mapping: Building Shared Understanding of Wicked Problems* (2006).

Para Dworkin, é possível chegar a uma:

> *única decisão correta* autorizada pelo ordenamento: não enquanto mandamento inscrito *a priori* nas normas gerais e abstratas, mas como **postura** a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não-reguladas apresentadas pelos *hard cases* (RODRIGUES, G., 2008, p. 22).

Preferiu-se da teoria dos problemas perversos, estabelecida por Rittel e Weber (1973), pois, como foi visto, ela dota de critérios mais específicos a possibilidade de detecção e enfrentamento dos problemas de difícil solução, dada à alta complexidade; apresentando maior probabilidade de ter eficácia na prática, em comparação com a propositura de Dworkin (2002), acerca dos *hard cases*. Ademais, a teoria dos problemas perversos entende que não há uma única decisão correta, mas um processo dialético de enfrentamento dos casos que atendem aos requisitos para tal configuração, que atestam de antemão a dificuldade de solucionamento.

Dentre a pluralidade de problemas perversos, que são causados por inúmeros motivos, tem-se a manutenção do sigilo médico após a morte. O seu enfrentamento não deve ser evitado, para que se possa suprir as necessidades individuais dos pacientes em fim de vida; e no ato de análise, para um posicionamento o mais justo possível, não se pode desconsiderar as consequências incidentais e indesejadas das possíveis soluções, as quais serão abordadas a seguir.

8.3 CONSEQUÊNCIAS INCIDENTAIS DA PÓS-EFICÁCIA DO SEGREDO MÉDICO

8.3.1 A possibilidade de ocultação de erro médico devido à inacessibilidade de informações por herdeiros

Titularidade de direitos e legitimidade processual, de acordo com o que se comprovou, não são expressões sinônimas. As pessoas são titulares, ainda que na qualidade de pacientes em fim de vida, dos seus direitos da personalidade. Após o falecimento, mesmo que a regra seja a de que os herdeiros são os legitimados processuais dos direitos, é possível impedir que eles tenham acesso ao processo clínico do paciente. Essa constatação baseia-se na relevância da pós-eficácia dos direitos da personalidade, como reflexo do uso da titularidade em vida dos direitos de autodeterminação.

A questão de cunho prático e de difícil elucidação que se coloca é: como propiciar a investigação sobre as condutas clínicas, a fim de se investigar um possível erro médico para fins de responsabilização civil, sem que os herdeiros tenham acesso aos dados pessoais do ente falecido? Esta é a consequência incidental de maior relevância prática no cerne da eficácia do sigilo médico, que para ser enfrentada remete a mais dois questionamentos: quem fiscalizará as condutas clínicas a fim de constatar se houve algum erro ou ilícito? Os herdeiros poderão ter acesso parcial ao processo clínico, sendo suprimida a parte específica que resguarda o objeto de segredo?

A família favorece a própria identificação como pessoa, mostra-se de grande ajuda para o desenvolvimento da própria personalidade, é nela que são tratadas as pessoas pelo o que são. É por meio da familia que seus membros adquirem um sentimento de pertencimento a um grupo comum, é como uma porta para a entrada ao mundo de qualquer pessoa (BERRIOS, 2015, p. 32 e 35). Nesse contexto, é verdade que os membros familiares costumam estar em posição epistemicamente privilegiada para julgar a probabilidade e magnitude de certos tipos de danos às pessoas. A tomada de decisão familiar é um subtipo perfeitamente legítimo de tomada de decisão coletiva, já que as famílias representam uma das maneiras pelas quais as pessoas ligam seus futuros eus e reorientam suas futuras opções de ações (HOLM, 2006, p. 62).

Entretanto, em uma realidade tão plural quanto a contemporânea, em que os rearranjos familiares se apresentam cada vez mais de formas variadas, mostrando-se sendo legítima, inclusive, a família singular, essa premissa não pode ser tida como absoluta. A exaltação à importância da participação dos familiares nos desígnios dos seus membros apresenta um contraponto de alto relevo, pode vir a atentar com a liberdade individual e seus desdobramentos na esfera privada.

Apesar de ser comum na fenomenologia afirmar que é impossível ser e agir socialmente sem as operações pré-reflexivas ou pré-refletidas em comum, sem um mundo dado já por conhecido, socializado, tácito e tenaz, que se conserva ou se altera lenta e silenciosamente, também é comum perceber a esfera do cotidiano como horizonte do óbvio, da carência do extraordinário, do ser convencional sem ser passível de interrogações, do ser pragmático, o que possibilita conhecer as coisas que rodeiam a todos e os comportamentos das outras pessoas. Sob essa

perspectiva, é possível entender que a esfera do senso comum é uma espécie de base teórica de compreensão (TEDESCO, 2004, p. 120-121).

Contudo, quando o senso comum, que costuma ser um tipo de conhecimento intuitivo e repassado pela experiência dos que antecederam aqueles que hoje vivem, é confrontado com o conhecimento científico, especialmente com o conhecimento jurídico, as verdades pré-estabelecidas passam a ser questionadas e muitas vezes descontruídas.

No contexto da ideia de senso comum de que os herdeiros têm direito a saber toda a verdade clínica do familiar falecido, o confronto de tal posicionamento com a normativa dos direitos da personalidade, que prevê que tais direitos são personalíssimos, e abarca no seu rol de espécie o direito à intimidade, a verdade de senso comum vai encontrar exceções nas hipóteses em que o *de cujus* houver deliberado, via diretiva antecipada de vontade, a favor da manutenção do sigilo após a sua morte.

Desta forma, à luz da individualidade protegida pela dignidade da pessoa humana, não se pode negar o direito à pós-eficácia do sigilo médico sob o argumento da importância da opinião família. Ora, se a pessoa enquanto viva se posicionou justamente em prol da não devassa dos seus dados pessoais clínicos para os familiares, negar a eficácia desse direito contraria todo o regime de titularidade dos direitos da personalidade. Há que se diferenciar a curiosidade dos herdeiros, não tutelada pelo Direito, dos interesses legítimos, em nome próprio ou em nome do *de cujus*.

O Direito geralmente trata da ponderação entre dois interesses, e muitas são as vezes em que a ele não é possível escolher verdadeiramente, cabendo-lhe apenas adjudicar interesses, conforme regras procedimentais (ARAÚJO, 1999, p. 7). Há vários motivos que podem suscitar o interesse legítimo por parte dos herdeiros em relação ao acesso ao processo clínico. O primeiro e o mais comum é avaliar se a prestação do serviço médico foi satisfatória, de modo que a morte do paciente não foi originada de um ilícito para, em caso negativo, propor ação de responsabilidade civil contra os médicos, a equipe clínica, a instituição de saúde e a seguradora ou o plano de saúde – se for o caso.

Outra razão, em caso de os herdeiros apresentarem a intenção de contestar a validade das diretivas antecipadas de vontade e, consequentemente, da cláusula que requer a manutenção do sigilo após a morte. Um exemplo de fundamento para tal pleito seria a alegação de que o paciente não estava com plena capacidade de decidir quando elaborou o testamento vital ou até que a influência do tratamento farmacológico há muito já havia comprometido sua plena capacidade mental.

Verifica-se que, nas duas hipóteses supracitadas, não há interesse pessoal propriamente dito dos herdeiros, qualquer resistência em relação à manutenção do sigilo médico depois do falecimento do paciente, quando bem-intencionadas, dirigem-se aos interesses do morto.

Em contrapartida, caso se tratasse de suspeitas de que o conteúdo que está sendo ocultado concernia à existência de determinada doença genética ou hereditária, tratar-se-ia de interesse dos próprios herdeiros. Nesta hipótese, no ato de ponderação, a autodeterminação projetada para o além morte do titular do processo clínico teria que ceder em prol da eficácia dos direitos à saúde e à vida dos herdeiros.

Restringindo o objeto de análise aos casos em que não há interesse próprio dos herdeiros, mas que a objeção deles no tocante à restrição de acesso à história clínica pauta-se na legítima preocupação com o delinear do tratamento ocorrido que resultou em morte de ente querido, urge uma busca de solução para que se evite que, sob o pretexto da manutenção do sigilo, se ocultem erros médicos e demais condutas ilícitas passíveis de responsabilização.

Não são raras as expedições de ordens judiciárias para que os médicos e hospitais efetuem a liberação dos dados, incluindo materiais de laboratório arquivados, dos doentes para eles próprios ou para os seus parentes, em caso de falecimento, sendo essa recusa um sinal de litigiosidade quase certa. Tais papéis são documentos de interesse para a construção eventual da *causa pretendi* das ações por morte ou lesões físicas (ZULIANI, 2009, p. 182).

Nessa acepção, é irrefutável que o processo clínico é importante como meio de prova, tanto nas ações de negligência médica – já que se precisa reconstituir o tratamento para averiguar a culpa do médico; quanto nas ações de consentimento informado (PEREIRA, André, 2013, p. 190). A história clínica é um meio de prova de extraordinária importância, que pode vir a ser determinante em muitas decisões

judiciais, entretanto, as questões são diferentes conforme quem é o demandado - se é o profissional da saúde, ou o próprio paciente – e também tem uma dimensão distinta conforme se trate de processual penal, contencioso administrativo, civil ou ainda laboral (SÁNCHEZ-CARO; ABELLÁN, 2006, p. 7).

Segundo a concepção alemã de direito subjetivo, ele não se esgota nunca por força do simples poder da vontade – diferentemente da acepção romana – mas provoca igualmente uma vinculação da vontade: o titular de um direito tem certas obrigações, o que suporta uma obrigação é titular de certos direitos, por exemplo, os cônjuges, os proprietários (PLANITZ, 1957, p. 30).

Sob essa perspectiva, poder-se-ia concluir que se os familiares têm o dever de cuidar dos seus entes, especialmente na velhice ou em caso de doença, à luz do princípio da solidariedade familiar, poder-se-ia dizer que tal fato justificaria que eles tivessem direito a ter acesso aos documentos pessoais, especialmente ao prontuário médico dos seus falecidos. Todavia, por se tratar de um problema perverso, essas interpretações absolutas devem ser evitadas, especialmente porque os direitos da personalidade são intransmissíveis. A dupla via da solidariedade familiar não implica em desrespeito à titularidade individual dos direitos da personalidade, ela deságua nos direitos e deveres de assistência entre seus membros.

Por um lado, é possível compreender que a manutenção do sigilo médico deve ser restrita a terceiros não herdeiros, suscitando-se a preservação do direito à vida privada, permitindo a ingerência no acesso aos dados particulares *post mortem* por meio das pessoas mais íntimas ao *de cujus*. Em outra perspectiva, pode-se compreender que como os herdeiros não são titulares dos bens jurídicos em resguardo, a divulgação desses dados violaria a intimidade e a memória do falecido, especialmente nos casos em que ele tiver exercido a autonomia prévia, posicionando-se a favor da manutenção do segredo das suas informações perante cônjuge e parentes.

Uma eventual adoção do último posicionamento remeteria a um novo problema científico, na impossibilidade de exposição de certas informações do processo de saúde aos herdeiros, questiona-se a quem caberia intermediar o acesso indireto, quando justificável for a concessão de parte do conteúdo.

Uma alternativa que se mostra hábil para a solução do dilema, sem que necessite recorrer ao Poder Judiciário, é recorrer para as Comissões de Bioética das instituições de saúde e, em caso de inexistência ou de suspeição destas, aos Conselhos Regionais e Federal de Medicina, para que eles efetuem a triagem das informações pessoais protegidas pelo sigilo *post mortem*, e concedam aos herdeiros o acesso parcial ao processo clínico.

A possibilidade de resolução via judicial requer que à luz do fortalecimento da confiança no Poder Judiciário, uma das maiores metas do princípio da publicidade, seja garantida a segurança dos valores mais caros do constitucionalismo no momento da realização dos atos processuais. Para tanto, há que se frisar a existência dos casos em que o princípio da publicidade não deve consistir em divulgação irrestrita do conteúdo dos atos do processo, mas sim deve conformar repercutir no acesso exclusivo às pessoas ou entes diretamente interessados, já que a intimidade é uma exceção ao princípio da publicidade processual (MENEZES, R.; BELTRÃO, 2018, p. 285 e 300).

Nos casos em que os herdeiros acionarem o Poder Judiciário para terem acesso à história clínica do familiar falecido, para investigar um possível ilícito na prestação de serviços de saúde, deverá ser respeitada a *publicidade restrita personalíssima*,[89] com o fito de que o magistrado efetue a divisão de conteúdos do processo clínico, e conceda aos familiares o acesso a toda a parte que não estiver protegida pelo sigilo médico *post mortem* preconizado em sede de diretivas antecipadas de vontade. Caso haja forte indício de materialização de erro médico, caberá ao magistrado efetuar a ponderação de interesses em apreciação, podendo chegar, em casos excepcionalíssimos, a constatar que o sigilo pós-eficaz deva ceder – embora esta não seja a regra, a regra deverá ser a de obediência aos atos de autonomia do paciente e ao respeito à pós-eficácia dos direitos da personalidade.

[89] Desta feita, considerando-se dois preceitos estabelecidos no Novo Código de Processo Civil - o dever dos magistrados de atenderem aos fins sociais e às exigências do bem comum, e a intimidade como exceção ao princípio da publicidade - se propõe que a publicidade restrita seja subdividida em duas: *publicidade restrita ordinária* e *publicidade restrita personalíssima.* A publicidade restrita ordinária diz respeito à manutenção do acesso aos autos processuais para todas as partes e seus representantes; e a publicidade restrita personalíssima implica que os dados de alta intimidade da parte envolvida fiquem acessíveis exclusivamente para o magistrado e seus assessores, fazendo com que a parte adversária tenha acesso ao conteúdo de forma mediata, após a triagem do juiz, depois de proceder à omissão dos dados personalíssimos (MENEZES, R.; BELTRÃO, 2018, p. 293).

Essa acepção entende que os segredos de conteúdo patrimonial são transmitidos com a herança, mas os de índole pessoal, subsistem *post mortem*, e de forma rígida, pois a morte preclui em definitivo a disponibilidade sobre o segredo, não cabendo reinvindicação por parte de familiares ou herdeiros, independentemente de o médico ter tido acesso ao seu conhecimento antes ou depois da morte do titular (ANDRADE, Manuel da C., 2008, p. 194).

Contudo, há que se sopesar que, em vez de supor que a informação só pode ser compartilhada se o paciente der consentimento explícito, a suposição deve ser que a família tenha um direito prima facie de ser informada, a menos que o paciente se oponha com base em boas razões morais (HOLM, 2006, p. 58) ou devidamente respaldadas juridicamente, independentemente da alta carga de moralidade. Por tal razão, mostra-se tão importante o posicionamento prévio do paciente em sede de diretivas de vontade.

Em que pese não se poder negar a importância das ações judiciais por negligência profissional ou demais atos ilícitos acontecidos em âmbito clínico-hospitalar, cujos efeitos prolongam-se além do paciente individualizado, tem caráter educativo, ensejam uma prática mais cuidadosa para os demais pacientes que hão de surgir no mesmo cenário institucional; a inacessibilidade ou acessibilidade parcial do processo clínico pelos herdeiros

8.3.2 Prejuízo à operacionalização dos seguros de vida

“A natureza dos direitos que normalmente utilizamos está firmemente relacionada com conceitos, tais como justiça, liberdade e igualdade. Termos extraordinariamente abstratos, que estão notoriamente desligados do conceito de relação” (ROWLAND, 2009, p. 181). Quando as pessoas passam a compor uma relação jurídica, o grande desafio que se faz presente é adaptar tais conceitos aos interesses das partes contrapostas, quando se trata da extensão da liberdade de uma delas.

Sabe-se que é o uso da autonomia privada que permite à pessoa o direito de autodeterminação em relação à manutenção ou não do sigilo após a morte. Viu-se

que esse desmembramento do direito de liberdade é legítimo e decorre da titularidade dos direitos da personalidade protegidos via segredo do processo clínico.

É possível que esta mesma pessoa, titular dos direitos da personalidade, paciente na relação clínica, tenha sido contratante de um seguro de vida, em benefício de um de seus herdeiros[90] – por exemplo – e, como a vontade livre e esclarecida é requisito de validade do negócio jurídico, fez uso da sua liberdade na qualidade de autonomia da vontade, para firmar tal pactuação.

Com base na hipótese suscitada, pode-se dizer que uma mesma pessoa é passível de efetuar múltiplas manifestações de vontade, as quais eventualmente podem ser – parcial ou integralmente – contraditórias entre si. Quando se trata de contraposição entre as expressões plurais de vontade de pessoa viva, qualquer eventual inconsistência é de fácil solução, basta que sejam feitas diligências na busca por congruência, para que a pessoa faça ou modifique as suas escolhas em relação aos seus próprios interesses particulares.

No caso em análise, o titular das liberdades encontra-se morto, e a necessidade de prevalência da autodeterminação no tocante à preservação dos direitos da personalidade pós-eficazes protegidos pelo sigilo médico pode prejudicar ou, até mesmo, inviabilizar a operacionalização dos seguros de vida. Tal risco pode ser caracterizado devido ao fato de o conteúdo do processo clínico, inclusive dos dados clínicos personalíssimos, poder ser de imprescindibilidade para a formação probatória da completude do suporte fático, necessário para o pagamento ou não do prêmio pela empresa seguradora.

Prevalecem dois exercícios de liberdade privada que podem ser contrapostos: em um polo, a proteção da intimidade do segurado requer que o conteúdo do seu processo clínico não seja acessado por representantes da instituição seguradora de vida, por força de estipulação prévia do falecido; no outro lado, encontra-se o direito da seguradora para ter a certeza de que o ocorrido com o falecido no trato clínico não se insere no rol de exceções à cobertura. O que remota ao questionamento se é possível haver pós-eficácia do sigilo médico sem que necessite descaracterizar

[90] Caso um seguro de vida não seja estipulado em favor de um terceiro, o crédito que nasce com a morte passa a pertencer ao patrimônio do defunto (CANOVAS, 1957, p. 200).

eventual contrato de seguro de vida, ou seja, se há como operacionalizar os contratos de seguro de vida sem que seja preciso devassar os dados personalíssimos de saúde dos seus segurados.

Não é surpreendente que seja demandado um grande esforço teórico para sustentar a proteção *post mortem*, uma vez que tão comumente se tenta reificar a pessoa que adentra a terminalidade. Começa-se a desconsiderar a sua personalidade mesmo enquanto a vida ainda habita em seu corpo. Para que haja o respeito à autonomia privada após a morte não é suficiente o embasamento moral e ético, é imprescindível valer do poder coercitivo do Direito para que se busque a obediência ao conteúdo das diretivas antecipadas de vontade, mesmo quando o seu executor não concorde com o teor. Este é o grande desafio.

Assim como as disposições antecipadas de vontade são voltadas a terem eficácia após o evento morte, o falecimento também marca o início da eficácia do prêmio inerente aos contratos de seguro de vida. Da mesma forma que as diretivas de vontade são expressões da autonomia privada, aos contratos de seguro também se aplica o princípio da autonomia da vontade, na qualidade de requisito de validade e de eficácia dos seus dispositivos. Deve prevalecer o pensamento de que os interesses de natureza patrimonial precisam ceder aos pessoais, o que não implica em necessariamente se afirmar uma incompatibilidade apriorística entre seguros de vida e pós-eficácia do sigilo médico.

O Código de Ética Médica brasileiro disciplina, no Art. 77, que é vedado ao médico: “prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresso consentimento do seu representante legal”.[91] Em uma primeira análise teleológica do artigo, pode-se dizer que ele é consoante com a manutenção do sigilo após a morte, de modo geral. No entanto, a possibilidade de as empresas terem acesso às informações presentes na declaração de óbito, alerta para a necessidade de sublinhar que as declarações de óbito devem respeitar os limites do sigilo pós-morte, compatibilizando o conteúdo previsto na Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com a proteção da intimidade do paciente.

[91] Inexiste no Código Deontológico da Ordem dos Médicos ou no Estatuto da Ordem dos Médicos de Portugal previsão em sentido semelhante.

O contrato de seguro pode ser visto como uma das maiores evidências de como o Direito Civil tem se deixado invadir pelos modos e maneiras do Direito Mercantil (MÉRIDA, 2005, p. 30), e esse fator mostra o risco de deixar a lógica mercantilista permear e dominar o instituto. No caso do seguro de vida, é preciso levar em conta a alta carga de moralidade que em muito se diferencia, por exemplo, de seguros para proteção de bens patrimoniais. Essa afirmativa não tem a intenção de tolher o direito que a empresa de seguros tem de constituir provas, mas de chamar a atenção para os limites dessa atuação.

Como o contrato de seguro é aleatório, a título de prevenção, para mitigar os riscos inerentes à atividade empresarial, cabe à seguradora aprimorar a investigação prévia da saúde dos seus contratantes, requerendo exames ou informações clínicas, nos limites legais. O contratante, no gozo da sua autonomia da vontade, avaliará se o grau de intrusão requerido pela seguradora é aceitável ou não. Caso a empresa não proceda desta maneira, assumirá o risco de somente ter acesso restrito ao ocorrido com a saúde do paciente segurado, e essa assunção de riscos pode ser coexistente com a preservação das diretivas de vontade, não há incompatibilidade.

O direito do familiar ao seguro de vida não depende do acesso dele ao dossiê clínico, de modo que não é necessário um “direito à curiosidade”, para que ele se concretize. O que ocorre, na verdade, é que muitas vezes as seguradoras procuram obter indiretamente esses dados, por presumirem que o falecido pudesse ter razões para manter secretas – mesmo perante familiares – certas doenças (SILVEIRA, 2004, p. 869). Não se pode presumir a ausência de boa-fé objetiva do contratante segurado, especialmente após a sua morte; caso a empresa não tenha tido cautela suficientemente eficiente no momento da pactuação, ela deverá arcar com o ônus; não poderá, com base em sua inconformidade sem fundamentos, negar-se a pagar o prêmio ao herdeiro beneficiário.

O fato de uma consequência ruim ser intencional ou simplesmente prevista, pode fazer uma grande diferença para a moralidade da conduta de alguém (KEOW, 2002, p. 18), de modo que não se pode defender que os atos de disposição em fim de vida, no sentido de manutenção do sigilo clínico *post mortem* tenham a intenção de burlar os direitos da seguradora de vida, já que tal ato seria imoral e violaria a boa-fé objetiva contratual.

No tocante à previsibilidade de poder prejudicar a operacionalização do seguro de vida, de grande valia mostra-se o princípio ético do duplo efeito. Segundo esse axioma, é permitido produzir uma má consequência se: a) o ato em que se está envolvido não é ruim; b) a má consequência não é um meio para a boa consequência; c) a consequência maléfica é prevista, mas não intencionada; d) há sérias e suficientes razões para permitir que a consequência ruim ocorra (KEOW, 2002, p. 20). Os atos de disposição para projeção após a morte do segredo não são ruins; a má consequência – prejudicar o suporte probatório da seguradora – não é meio para a pós-eficácia e, nem sequer, a ajuda; o incidente é previsto, porém não intencionado; e os sérios e suficientes motivos para permitir que a consequência incidental ocorra já foram exaustivamente explanados, e convergem para a proteção dos direitos da personalidade da pessoa.

Desta feita, a dificuldade procedimental causada para as seguradoras pelo sigilo pós-morte pela manutenção do sigilo *post mortem* é plenamente justificável. Para a operacionalização do seguro, então, existe como alternativa utilizar as informações dispostas nas certidões de óbito (que também devem respeitar o sigilo). Em caso de litígio apreciado via judicial, deverá ser mantida a publicidade restrita personalíssima, já que os representantes processuais do morto serão os seus herdeiros.

8.3.3 Entraves para cálculos estatísticos direcionados às políticas públicas em saúde

A saúde, na qualidade de direito social, é pensada precipuamente com base no interesse público, como meta a ser concretizada na sociedade considerada como um todo, e não com foco principal na pessoa individualizada, o que implica dizer que quando houver conflitos entre um interesse particular e um público, a tendência é que este último seja priorizado. Um exemplo dessa afirmativa é a existência da Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública nos serviços de saúde públicos e privados em todo o território nacional, já que preconiza a necessidade de informar ao Estado sobre determinados casos clínicos, independentemente da vontade, da liberdade, da autonomia do paciente, em prol do melhor planejamento de saúde para a sociedade.

O dever incumbido ao Estado, em sede constitucional, de garantir a eficácia social do direito à saúde demanda uma gestão organizada para resultados no planejamento das políticas públicas de saúde. Para que tal finalidade seja realizada, é imprescindível o fornecimento de dados sociais e epidemiológicos[92] da população, por parte da assistência médica.

É necessária a demarcação social das doenças, bem como o mapeamento das dificuldades de acesso aos serviços clínicos e hospitalares; cálculos estatísticos para verificar se determinadas doenças estão progredindo ou regredindo; se do ponto de vista epidemiológico estão respondendo às políticas públicas já implementadas; se as instituições de saúde estão bem equipadas para os tratamentos, entre outras demandas.

É nesse contexto que se mostram essenciais a vigilância em saúde e a bioestatística, acrescidas da análise jurídica de conflitos de direitos privados e públicos, para que haja uma gestão sanitária eficaz e juridicamente legal. A questão pontual que se coloca, em relação ao sigilo médico é se ele pode ceder, especialmente em casos de pós-eficácia, em prol do interesse público de ter acesso aos dados do processo clínico e, em caso afirmativo, é questionado qual a solução para a proteção dos direitos da personalidade dos pacientes, tutelados pelo segredo profissional.

Tal como explicita o Ministério da Saúde (BRASIL, 2017, *on-line*), a vigilância em saúde é responsável pela análise da situação sanitária da população brasileira. Pode ser entendida como um processo contínuo e sistemático desenvolvido para a coleta, consolidação, disseminação de dados acerca de eventos relacionados a este campo, e tem como objetivo o planejamento e a implementação de medidas de saúde pública visando à proteção e promoção da saúde da população, bem como a prevenção e controle de riscos, agravos e doenças.

A vigilância em saúde fundamenta-se nos princípios da universalidade, integralidade e equidade no tocante às ações de promoção da saúde para os grupos familiares e os indivíduos; às ações das vigilâncias epidemiológica, ambiental e

[92] Epidemiologia é a "ciência que estuda o processo saúde-doença na sociedade, analisando a distribuição e os fatores determinantes das doenças, danos à saúde e eventos associados à saúde coletiva, propondo medidas específicas de prevenção, controle ou erradicação de doenças e fornecendo indicadores que sirvam de suporte ao planejamento, administração e avaliação das ações de saúde" (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 4).

sanitária para a prevenção de riscos e danos; e à atenção primária, na moradia e nas unidades de saúde (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005, p. 5). Para que ela atenda aos seus propósitos, de grande utilidade se mostra a bioestatística, a qual é conceituada como “a estatística aplicada às ciências que estudam aspectos vitais (referentes à vida), como Medicina, Biologia, Nutrição, Fisioterapia, Odontologia, Farmácia, Psicologia, Enfermagem (...)” (ARANGO, 2009, p. 1), entre outras.

Os métodos estatísticos estão no cerne dos avanços na Medicina, e a importância da aplicação da estatística tem origem na variabilidade intrínseca dos organismos e sistemas biológicos, já que raramente os seres humanos ou os animais respondem de forma idêntica quando são expostos ao mesmo risco/perigo ou tratamento. “Por conta da variabilidade biológica, os efeitos dos fatores que causam doenças ou determinam suas consequências, somente podem ser caracterizados significativamente a níveis grupais” (COGGON, 2015, p. 10).

Na Medicina, a bioestatística pode ser entendida em dois ambientes. No ambiente macro, destina-se ao levantamento de informações, a exemplo do registro de doenças, surtos, endemias, epidemias, e de registros de qualidade de vida; relaciona-se com a identificação, planificação e execução de Saúde Pública. O segundo ambiente, o micro, diz respeito à elaboração de experiências e pesquisa científica, a exemplo de testes de vacinas, avaliações terapêuticas e tratamentos (ARANGO, 2009, p. 1). A perspectiva do ambiente macro da bioestatística é a que reside no objeto da problemática em questão, em especial no que trata do objetivo de proporcionar a saúde pública por meio do Sistema Único de Saúde.

A criação do SUS é um legado dos ideais democráticos e socialistas que eclodiu durante a redemocratização do Brasil, no final da década de 1980, sendo inspirada nas experiências universalistas dos sistemas nacionais de saúde. O SUS é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, presta assistência para milhões de pessoas, desde o cuidado básico até tratamentos de alta complexidade tecnológica. Proporciona serviços de emergência, programa de vacinação, programa de combate a vírus e até pesquisas com células-tronco (OCKÉ-REIS, 2012, p. 22 e 25).

O Código Penal brasileiro tipifica como crime, no artigo 269, a omissão de notificação compulsória de doença pelo médico, prevendo pena de detenção de seis meses a dois anos e multa. A Resolução CFM nº 1.605/2000 do CFM estabelece:

> Art. 2º - Nos casos do art. 269 do Código Penal, onde a comunicação de doença é compulsória, o dever do médico restringe-se exclusivamente a comunicar tal fato à autoridade competente, sendo proibida a remessa do prontuário médico do paciente.

É dever de toda e qualquer instituição de saúde, quer seja pública ou complementar, estar ciente da existência da Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças, agravos e eventos de saúde pública. Em caso de detecção de uma dessas condições, dependendo da gravidade do evento, o banco de dados do SINAN – Sistema de Informação de Agravos de Notificação é alimentado. Agravos nesse sentido estão relacionados aos casos em que não há doença específica diagnosticada, mas ocorrem eventos lesivos à saúde. São registrados os casos de violências doméstica, contra idoso e sexual, tentativa de suicídio, acidente de trabalho, conforme está expresso na Portaria N. 264, de 17 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde.

Constata-se que a remessa de um processo clínico entre instituições de saúde constitui uma interconexão de dados e se sujeita a requisitos especiais. Deve buscar a prossecução de interesses legítimos, pois o fato de ser lícita não impede que exista a necessidade de exigências complementares (PEREIRA, André; BARBOSA, C., 2011, p. 58-59).

Essa transmissão de dados é passível de acontecer tanto na esfera federal quanto nos âmbitos estadual e municipal. Não há necessidade de obedecer a uma ordem hierárquica crescente no repasse dos dados e informações clínicas, já que é possível que a entidade de saúde os envie diretamente para o âmbito federal, sem ter primeiro que notificar o município ou o estado.

A realidade mencionada pode ser constatada nos casos em que se requer a notificação compulsória dos agravos e doenças, nessas hipóteses é dever do serviço de assistência informar o ente público. A letra do artigo 7º, da Lei n. 6.259 de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de vigilância epidemiológica, afirma serem de notificação compulsória às autoridades sanitárias os casos suspeitos ou confirmados, de doenças que podem solicitar medidas de isolamento

ou quarentena, de acordo com o Regulamento Sanitário Internacional; e de doenças constantes de relação elaborada pelo Ministério da Saúde, para cada Unidade da Federação, a ser atualizada periodicamente.

Os incisos VII e VIII, do artigo 7º, da Portaria 204, de 2016, do Ministério da Saúde, informam que os casos de notificação compulsória imediata – NCI, implicam o envio da informação em até 24 (vinte e quatro) horas, a partir do conhecimento da ocorrência de doença, agravo ou evento de saúde pública, por intermédio do meio de comunicação mais rápido disponível, ao passo que os casos de notificação compulsória semanal - NCS preconizam o prazo de até 7 (sete) dias, a partir do conhecimento da ocorrência de doença ou agravo. Destaca-se que, embora não se trate de doença ou agravo de notificação compulsória, mesmo assim, com menor urgência e menor detalhamento, serão transmitidos os dados para os entes públicos de saúde.

São casos de notificação direta ao ente federal, Ministério da Saúde, principalmente as doenças emergentes e surtos epidemiológicos, sem que se exclua posterior ciência aos estados e municípios. São salientados como exemplos a doença causada pelo SARS-CoV-2 (COVID-19) e a raiva humana. Representam notificações diretas ao ente estadual - a Secretaria de Saúde Estadual - o Zika Vírus em gestantes e a doença de chagas aguda; e ao município - a Secretaria de Saúde Municipal - a leptospirose e o tétano.

Em relação ao sigilo médico em confronto com os casos de notificação compulsória, é interessante que se tenha atenção aos dados que estão presentes nas notificações. A título exemplificativo, a Ficha de notificação/investigação da AIDS, do Sistema Nacional de Informação e Agravos de Notificação – SINAN, expressa que o documento deve apresentar os seguintes conteúdos: dados gerais sobre a doença ou o agravo – tipo de notificação e de doença, município de notificação, datas de diagnóstico e notificação, unidade de saúde ou outra fonte notificadora; dados complementares do caso – englobando antecedentes epidemiológicos, dados laboratoriais, critérios de definição de casos da doença, entre outros.

Mesmo que a proteção da saúde pública possa superar as preocupações relacionadas aos encargos com os direitos humanos, há muitos casos em que os direitos humanos são violados (GOSTIN; MANN, 1994, p. 58). Nesse sentido, são os

dados relacionados à notificação individual que se mostram mais sensíveis e têm maior possibilidade de colocar em risco os direitos da personalidade dos pacientes, inclusive após a morte, devido à pós-eficácia.

O rol de tais dados é composto por: nome do paciente, data de nascimento, idade, sexo, se é gestante ou não, raça/cor, escolaridade, número do cartão SUS e nome da mãe. São tratados dados capazes de fazer a exata identificação da pessoa doente ou que faleceu devido à doença ou agravo e, por consequência, quando não protegidos da forma adequada - para uso estrito de interesse público – são capazes de dar publicidade às informações que compõem a esfera da intimidade da pessoa.

De modo semelhante, Portugal também tem um sistema de vigilância em saúde pública, o Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica – SINAVE, que se destina a identificar situações de risco, recolher, atualizar, analisar e divulgar os dados relativos a doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, bem como prepara planos de contingência nos casos de situações de emergência ou tão graves como de calamidade pública. Em relação à notificação obrigatória, cumpre expressar que:

> O SINAVE desmaterializa a notificação obrigatória de doenças transmissíveis e outros riscos em saúde pública, permitindo ao médico notificar em tempo real a ocorrência de uma doença transmissível à autoridade de saúde local para a implementação de medidas de prevenção e controlo, limitando a disseminação da doença e a ocorrência de casos adicionais. Funciona ainda como um instrumento para a monitorização contínua da ocorrência das doenças transmissíveis de declaração obrigatória em Portugal (PORTUGAL. SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE, s/d, *on-line*).

Em acréscimo, cumpre salientar que no país foi implementado o Sistema Integrado de Gestão do Acesso no Serviço Nacional de Saúde - SIGA SNS, em atendimento à uma prioridade definida para a Saúde no Programa do XXI Governo Constitucional, e busca assegurar o acesso equitativo, em curto prazo e transparente às instituições do Sistema Nacional de Saúde. Esse sistema reúne informações que antes ficavam dispersas, cadastradas em vários sistemas de informação.

Retomando-se, pois, a questão pontual que se coloca em relação ao sigilo médico poder ceder ou não, inclusive em casos de pós-eficácia, em prol do interesse público em ter acesso aos dados do processo clínico. Além disso, tendo em vista as consequências de tal análise no tocante aos direitos da personalidade do paciente,

mostra-se imprescindível que se atente para a raiz humanística na qual se pauta o segredo médico. A relativização do sigilo dos profissionais da saúde, justificada pelos ideais de promoção e proteção da saúde pública, inevitavelmente implica encarar de forma não absoluta a inviolabilidade dos direitos da personalidade protegidos por aquele dever médico.

Há um limite tênue entre transgressão e relativização, entre violação dos direitos humanos – inclusive daqueles defendidos em sede constitucional e civil - e a justa ponderação à luz da casuística. É justamente para este liame que devem estar atentos os gestores públicos e os operadores do Direito, da Medicina e de áreas correlatas. Sob esse prisma, pode-se afirmar que:

> Para além de incorporar um conjunto de conhecimentos e práticas de caráter humanístico aos repertórios da saúde pública, a perspectiva dos direitos humanos pode dar visibilidade à vulnerabilidade de certas populações a agravos à saúde e/ou violações de direitos, inapreensíveis por meio de instrumentos conceituais restritos à tradição médico-sanitária (FRANÇA JÚNIOR; AYRES, 2003, p. 68).

E é justamente essa ponderação transdisciplinar entre a eficácia das políticas públicas de saúde e os direitos da personalidade, evitando-se ao máximo o sacrifício dos direitos humanitários, que deve ser uma constância em toda prática da saúde e no seu planejamento.

A relação entre políticas de saúde pública e direitos humanos é tratada por Gostin e Mann (1994, p. 61-63, 69, 75, 77) quando propõem que a avaliação de impacto daquelas em relação aos direitos envolve uma série de perguntas projetadas em prol da análise dos benefícios. Tal avaliação deve ser feita em sete etapas:

I) Esclarecer o objetivo da saúde pública;
II) Avaliar a provável eficácia das políticas, por meio dos seguintes questionamentos: a) o programa de triagem é apropriado e preciso? b) é provável que a intervenção seja eficaz? c) existe uma abordagem melhor ?;
III) Determinar se a política de saúde pública é bem direcionada;
IV) Examinar cada política e seus possíveis ônus em relação aos direitos humanos;

V) Determinar se a política é a alternativa menos restritiva que pode alcançar o objetivo de saúde pública;

VI) Se uma medida coercitiva de saúde pública é realmente a alternativa mais eficaz e menos restritiva, baseie-a no padrão de "risco significativo";

VII) Se uma medida coercitiva for realmente necessária para evitar um risco significativo, garanta procedimentos justos às pessoas afetadas.

Contextualizando essas premissas, com a contraposição entre o fornecimento dos dados do processo clínicos - especialmente nos casos de notificação compulsória - com os direitos da personalidade da intimidade, ao sigilo, à integridade moral e psíquica, pode-se afirmar que as políticas públicas em saúde devem ser organizadas e executadas sempre fazendo a avaliação dos custos-benefícios de cada ação. Ademais, no rol de custos, é preciso destinar mais atenção aos custos sociais tutelados pelos direitos mais caros, os humanitários. Ora, assim como a conduta clínica deve contrapor os princípios bioéticos da beneficência e da não maleficência antes de optar por um tratamento arriscado para o indivíduo na situação de paciente, com uma abrangência maior, difusa, os agentes públicos responsáveis pela assistência de saúde devem ponderar os seus atos de gestão, pois não se encontram excluídos do rol de sujeitos passivos dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade.

Foi comprovada a necessidade de demarcação social das doenças para uma eficaz assistência de saúde, e que a sua operacionalização depende do acesso aos dados sociais e epidemiológicos. De modo semelhante, foi constatada a importância da bioestatística e da vigilância em saúde para a gestão voltada para a efetividade dos serviços de saúde, especialmente daqueles disponibilizados no SUS. Desta forma, é oportuno confessar que o interesse público acaba por ser, justificadamente, priorizado em detrimento ao sigilo médico.

No entanto, tal afirmação não significa desconsiderar as características inerentes aos direitos da personalidade, demanda o dever por parte dos entes públicos e privados que têm acesso aos dados personalíssimos contidos nos processos clínicos de protegerem os seus conteúdos, restringirem os seus acessos e garantir que o uso será feito para fins estritos de vigilância e gestão em saúde.

Salienta-se que o direito da personalidade à intimidade e seus correlatos exigem que a proteção abarque, inclusive e precipuamente, os familiares e as

pessoas próximas, integrantes do círculo social da pessoa. Ademais, como as informações clínicas englobadas pelo segredo médico tutelam justamente os direitos da personalidade pós-eficazes, igual tutela deve ser destinada aos titulares, em vida e em morte. Dada à relativização desses direitos em prol do interesse público, constata-se que a teoria da pós-eficácia dos direitos da personalidade e, por consequência, do sigilo médico, não é um entrave para cálculos estatísticos direcionados às políticas públicas em saúde, tampouco para a efetivação da vigilância em saúde por não serem absolutos.

9 PROPOSTAS PARA DISCIPLINAR E VIABILIZAR A PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO NO BRASIL

"A ideia de que a medicina é uma luta contra a morte
está errada.
A medicina é uma luta pela vida boa,
da qual a morte faz parte"

Rubem Alves (2012).

9.1 ESTÍMULO ÀS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Partindo-se da premissa de que "compreender o Direito não é apenas uma operação mecânica, antes é um diálogo permanente entre seres humanos que não deve cessar jamais" (FACHIN, 2015, p. 3), vale ressaltar que o pensamento voltado para os efeitos jurídicos da morte deve observar os problemas contemporâneos, para abarcar os anseios decorrentes dos direitos da personalidade, considerados em uma ampla abordagem para que se verifique em quais situações da vida social esses direitos merecem tutela especial, como se constatou ser o caso dos direitos dos pacientes em fim de vida, e das eventuais necessidades de projeção de tais direitos após a morte.

O discurso sociocultural centrado na hegemonia adulta jovem, no vigor do físico e na capacidade de reprodução e trabalho, faz com que a velhice seja representada associada à limitações, deficiências e incapacidades, o que faz com que a vida, como uma realização humana, submeta-se ao poder político e econômico, legando ao segundo plano a racionalidade comunicativa, promotora do mundo da vida, onde se encontram as virtudes que qualificam as relações humanas (BOTH *et al.,* 2008, p. 215), e que colocam em risco a individualidade dos vulneráveis acometidos por problemas de saúde. A proteção da pessoa no último estágio da vida requer que as tomadas de decisão, os cuidados clínico-hospitalares, e os julgamentos éticos, busquem a proteção da saúde em uma acepção *lato sensu*.

O princípio da isonomia na realidade brasileira acaba por não alcançar a sua eficácia social em relação aos enfermos terminais, já que não existe legislação que preveja um tratamento diferenciado destinado a esses sujeitos; e essa lacuna faz

com que os paciente muitas vezes não tenham as suas vontade respeitadas, ao fazerem uso da liberdade individual (MENEZES, R., 2015b, p. 127); por isso é justificada a constante preocupação em compreender as vicissitudes sociais que demandam a contínua adaptação do Direito em relação às necessidades das pessoas em fim de vida.

A afirmação de um direito à saúde foi produzida historicamente relacionada com a ação protetora do Estado, assim como a troca de posição do Estado em relação à saúde dos indivíduos, já que a Administração sanitária própria dos Estados liberais se preocupavam exclusivamente com os fatos que poderiam causar risco para a saúde pública coletiva (GAVIN, 1989, p. 22), somente a partir da instituição do Estado social, a saúde individualizada, como se mostra presente no artigo 196 da Constituição Federal do Brasil, passou a ser objeto de defesa estatal.

Pode-se dizer que "saúde global não é só combate à doença, é ser responsável por aquilo que determina a saúde em todas as suas formas. Esta é claramente uma visão ética e política do conceito de saúde, e que está ancorada na definição de cidadania" (ESPANHA, R., 2013, p. 28). É coerente, pois, com tal afirmativa que os pleitos para o resguardo do sigilo médico reforçam a necessidade de respeito à pessoa enquanto cidadã, e demanda ações políticas afirmativas para a proteção, inclusive, da saúde mental.

Infelizmente, no mundo pós-moderno a pessoa é considerada sob uma perspectiva cartesiana, ou se reduz à espiritualidade – consciência; ou ao aspecto físico – biologia. Essa polarização faz com que muitas vezes a pessoa enferma seja tratada como uma coisa quando, na verdade, não existem enfermidades, o que existe são pessoas enfermas (BERNAL, 2014, p. 248-249), que necessitam de cuidado global, do aspecto físico ao psíquico.

Quando se fala de Saúde Mental pode parecer exagero juntar dois termos, sendo que saúde já implica em bem-estar físico, psíquico e social, mas a necessidade do uso do termo tem o intuito de salientar uma área do funcionamento humano que merece abordagem diferenciada (RICOU, 1998, p. 61). A unidade da corporeidade, sob a ótica da complexidade, demanda que se trabalhe, além das cooperações, as contradições internas dessa unidade (VIEIRA; BAGGIO, 2009, p. 201). Uma das maiores contradições que se pode constatar é a que presencia

quando o avizinhar da finitude do corpo acompanha a angústia em relação aos reflexos que a personalidade psíquica legará na vivência daqueles que conviveram consigo.

A qualidade do cuidado diz respeito ao quão apropriada foi a escolha e quão foi devidamente realizada (PHELPS, 2003, p. 127-128). Se para ter acesso ao tratamento da saúde fosse preciso abdicar da intimidade e dos direitos a ela relacionados, chegaríamos à absurda conclusão de que o direito fundamental à saúde solicitaria a transgressão aos direitos da personalidade. O que seria uma grande incongruência, já que as duas classes de direitos em questão têm igualmente raiz humanitária, sendo que, em seus centros, está a tutela da dignidade de pessoa humana.

Desta forma, o respeito em relação à pessoa que morre deve marcar todo o acompanhamento pessoal e comunitário desse momento único (ASCENSÃO, 2009, p. 445), e a maior materialização do respeito por parte da equipe clínica e das instituições de saúde é o reconhecimento dos pacientes como sujeitos autônomos. A liberdade nessas relações está inserida com diferentes fundamentos: a autonomia, como princípio bioético, que resulta no poder de autodeterminação sanitária; a liberdade, na qualidade de direito fundamental, e como tal, é universal e *erga omnes*; a autonomia privada, como reflexo da liberdade nas relações privatísticas; e a autonomia da vontade, como princípio contratual aplicado aos negócios jurídicos de assistência à saúde.

É sob esse prisma que, no rol de variedade de políticas e instrumentos para a proteção do paciente, além do treinamento de médicos e outros profissionais de saúde no gerenciamento da qualidade e da segurança, ressalta-se o empoderamento do paciente (LEGEMAATE, 2016, p. 7), o qual deve desaguar no respeito aos seus atos de autodeterminação.

A consciência de que o ser humano se encontra em condições para atingir um objetivo, passando por todas as etapas necessárias, chama-se autoeficácia, e este estado de consciência acompanha uma sensação de conforto e de segurança. Essa capacidade de autorregulação é modificada com o tempo, sendo construída por meio de diversos tipos de experiências, graças ao importante contributo do próprio indivíduo (BONINO, 2007, p. 51-52). O indivíduo que tem capacidade de tomada de

decisão consegue apresentar uma vida mais plena e satisfatória na velhice (CELICH; GOLDIM, 2009, p. 130), ou quando a terminalidade é precipitada, precipitação em termos de idade - como no caso de indivíduos excluídos do conceito de idoso, mas acometidos de alguma doença irreversível.

"A angústia vital da falta de humildade na aceitação do degradante fim existencial levou o ser humano a pretender justificar a sua imortalidade" (COSTA, J., 1996, p. 125). "A imortalidade eliminaria o mais poderoso motor da homeostasia[93] impulsionada pelos sentimentos: a descoberta da inevitabilidade da morte e angústia que tal conhecimento provoca" (DAMÁSIO, 2018, p. 273). Essa quimera é antiga, como se viu no retrospecto acerca da morte na filosofia e na religião.

Como essa ambição aparenta ser impossível de ser alcançada, em que pese o avanço na área da biotecnologia, o estímulo ao posicionamento prévio acerca das pretensões dos pacientes para fim de vida deve ser estimulado, por ser ação inerente aos cuidados. Em nada ajuda o conforto psíquico as posturas negativistas da terminalidade, pelo menos a finitude do corpo; e acaba por estimular a conduta paternalista por parte do médico, que tanto tem sido combatida à luz da valorização da autodeterminação dos enfermos.

Carbonier (2004, p. 36) questiona se existe outro direito além da vida, e defende que o chamado direito de morte aparece como um exercício de imortalidade tentado por uma pessoa viva. Na verdade, o direito à morte digna refere-se a um direito a ter um trato humanizado na terminalidade: com cuidados paliativos, aplicação dos princípios bioéticos, em especial da autonomia, e efetividade dos direitos da personalidade. Nesse sentido, se a manutenção do sigilo médico pós-morte é capaz de colaborar para o conforto psíquico do enfermo, deve ser defendido, sem que com esse pensamento se queira defender uma imortalidade utópica.

Caso sejam esperadas as incapacidades, comorbidades e senescência no processo terminal do paciente, que se apresenta com a finitude da vida, são esperados também sinais da perda significativa como redução da função cognitiva, motora, da capacidade de adaptação, e a vulnerabilidade das funções individuais

[93] Equilíbrio e regulação das funções metabólicas de um organismo.

(BERTOLETTI; CARRETTA, 2008, p. 29-30). Não há justificativa para que essas antecipações sobre o futuro do quadro clínico deixem de servir de base para estimular a feitura das diretivas de vontade.

A título ilustrativo, há um interessante relato do médico perito Di Maio (In: DI MAIO; FRANSCELL, 2017, 17), em que ele lamenta não poder conhecer os anseios dos mortos, com os quais lida em sua profissão, deixando implícita a lição de relevância da antecipação das vontades, como se confere a seguir:

> Eu não sei o que há dentro de um coração humano. Já vi uma porção deles, segurei-os em minhas mãos. Uns eram jovens e fortes, outros estavam esgotados, deteriorados, estrangulados. Muitos já tinham deixado vazar uma vida inteira através de estreitas fissuras causadas por balas ou facas. Uns tinham parado de bater por envenenamento ou susto. Alguns tinham explodido em mil pedacinhos, ou foram destruídos por algum choque violento. Todos estavam mortos. Mas nunca soube de fato o que havia dentro desses corações, e nunca saberei. Quando enfim os vejo, quaisquer sonhos, esperanças, medos, fantasmas ou deuses, vergonhas, arrependimentos, raiva ou amor que eu possa ter contigo já há muito se foram. A vida - a alma - vazou por completo. O que resta são apenas vestígios a investigar. É onde eu costumo entrar.

A decisão de cuidado em fim de vida insere-se em um contexto relacional em que, a par dos fundamentos científicos e da articulação necessária com os profissionais da saúde, a dimensão ética recebe especial destaque, pois abrange além de decisões sobre uma intervenção ou omissão, mas, sobretudo, engloba a necessidade de manter uma relação de cuidado com alguém que está no limite da vida. Trata-se, pois, de uma relação além de intensa, complexa (DEODATO, 2014, p. 212), com eficácia na terminalidade e após a morte.

Em caso de inércia de posicionamento do paciente, enquanto tem a capacidade para consentir, as escolhas caberão à equipe clínica, com ou sem auxílio de decisor substituto – a depender do tipo de decisão e se houve ou não um mandato do enfermo; caso o paciente tenha se posicionado previamente – conduta preferível para a segurança jurídica da sua vontade – as diretivas, contanto que estejam em conformidade com o Direito e a Ética – necessariamente deverão ser obedecidas.

Em outros termos, tanto do ponto de vista ético quanto jurídico, o fato de outorgar as instruções prévias de vontade denota a máxima expressão da

autonomia da vontade da pessoa, é meio pelo qual o outorgante tenta fazer com que sua vontade seja cumprida no momento em que ele não puder expressá-la eficientemente (CÁCERES; BLANCO, 2016, p. 71). As diretivas antecipadas de vontade são negócios jurídicos unilaterais que são tidos como concluídos mediante a eficácia de uma só declaração negocial; e podem traduzir um consentimento, na acepção da definição de cuidados de saúde que o paciente tem a intenção de receber; ou de dissentimento, como recusa de tratamento (MONGE, 2014, p. 18 e 214).

Há o gênero diretivas antecipadas de vontade, do qual a declaração prévia para o fim da vida e o mandato duradouro para cuidados de saúde, são espécies. A primeira espécie diz respeito às disposições específicas concernentes às medidas a serem tomadas no processo de morte, que se materializam no testamento vital – instrumento com eficácia *erga omnes*. Apesar de os testamentos vitais consistirem em declaração prévia de vontade, a sua eficácia não começa a partir da *causa mortis*, uma vez que eles se destinam a produzir efeitos nos últimos momentos da vida, no momento em que começa o processo de morte (MENEZES, R., 2017, p. 84-85).

Esta afirmativa, no entanto, não impede que o documento tenha efeitos após a morte; o termo inicial é durante o processo de morte, mas o termo final deve ser até a cessação dos interesses do morto. No caso da projeção póstuma do direito ao sigilo médico, os testamentos vitais mostram-se como meio hábil para dotar de maior segurança jurídica as pretensões a serem concretizadas após a morte, como reflexo da autonomia que o paciente tinha em vida.

Ascensão (2009, p. 436) critica o termo testamento vital, já que na verdade não se trata de testamento, visto que se o fosse, somente valeria após a morte, ao passo que esta vontade expressa tem o fito de operar ainda em vida, em situações de terminalidade ou quando uma manifestação de vontade não for efetivamente possível. Todavia, opta-se pelo uso da denominação por ser a tradução mais difundida do *living will* norte-americano.

Não há regramento nas resoluções do CFM específico sobre os requisitos formais para a validade do testamento vital; tampouco há no ordenamento jurídico

brasileiro qualquer disposição expressa sobre ele. Essa ausência de previsão resulta na liberdade de forma, requerendo-se apenas a obediência aos requisitos de validade dos negócios jurídicos. Por outro lado, a falta de requisitos pode comprometer a segurança jurídica do ato, já que não há um controle prévio das disposições para garantir que o testamento esteja condizente com as regras do Direito e com as técnicas da Medicina (MENEZES, R., 2017, p. 87). Ademais, cumpre ressaltar que as diretivas antecipadas de vontade são documentos e, como tais, a elas são aplicadas as regras da prova documental (MONGE, 2014, p. 213).

Em tempo, urge destacar que com base na universalidade dos direitos da personalidade e dos direitos fundamentais, o rol dos pacientes titulares do poder de autodeterminação sanitária não se limita àqueles que têm acesso a serviços de saúde suplementar; tão ou mais importante é a tutela da autonomia dos pacientes atendidos pelo sistema público de saúde, os quais também têm o direito, inclusive, de estabelecerem diretivas antecipadas de vontade e, caso tenham interesse, requerer o sigilo médico após a morte.

O debate não pode ser elitizado, há que se considerar a dimensão social da saúde, sob pena de ter a sua eficácia comprometida. Se é verdade que o paciente em fim de vida apresenta uma pluralidade de motivos para ser qualificado como vulnerável, a esse conjunto de características desfavoráveis deve ser incluída a hipossuficiência que resulta na necessidade de acesso ao SUS.

A medicina pública apresenta uma espécie de cascata, que vai desde o trato desumanizado até o manejo anti-humano dos pacientes. Como é constante a falta de recursos nesse setor, são verificadas longas filas, consultas massificadas, escassez de medicamentos, falta de opção de médicos, o que acaba resultando em uma má atenção. No fundo de cada situação, encontra-se latente a insuficiente consideração com o ser humano enfermo, precisamente por não se ter claro o conceito de pessoa (BERNAL, 2014, p. 249-250). O desafio de respeitar a titularidades de direitos no âmbito particular do acesso à saúde é acentuado ainda mais no campo público.

O que vai distinguir os sistemas de saúde nos países mais desenvolvidos serão as respectivas competências para garantir a segurança dos doentes, ou seja,

serão compartilhados os mesmos métodos de diagnóstico, equipamentos, arsenal terapêutico, formação técnica, terão acesso às mesmas máquinas e às drogas da indústria farmacêutica, utilizarão os padrões uniformes dos grandes centros de investigação, só que os resultados não serão iguais, pois o controle dos riscos será diferente (OLIVEIRA, G., 2012, p. 5).

O reconhecimento da dimensão social da saúde faz com se passe a abarcar as questões da justiça distributiva e da organização da solidariedade social, e aproxima a definição de saúde do conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, pois considera que um adequado estado de saúde não resulta apenas em uma vida longa e saudável, mas possuir os conhecimentos que o habilitem para desfrutar de um nível decente de vida, desenvolver suas capacidades e exercitar suas opções de vida e de desenvolvimento humano (GLOBEKNER, 2011, p. 33). É justamente em relação a este último fator, o exercício de escolhas, especialmente em fim de vida, que as diretivas antecipadas de vontade evidenciam a importância e colaboram para a efetividade da dimensão social da saúde.

Ademais, tendo em vista que “o direito à saúde é um direito bipolar de estrutura complexa, com momentos constitucionais de conteúdo determinado e com esferas de conteúdo que carecem de concretização” (BOTELHO, 2018, p. 86), pode-se dizer que a pós-eficácia do sigilo médico, como pleito incorporado nas diretivas antecipadas da vontade, atestam a sua complexidade, e auxiliam na atualização do seu conteúdo.

Em síntese, pode-se afirmar que as diretivas antecipadas de vontade:

a) São consoantes com a ideia de saúde global, na qual a proteção à saúde mental, especialmente no fim de vida, deve ser uma das metas das políticas na área;
b) São uma importante exteriorização do reconhecimento do paciente como agente autônomo na relação clínico-hospitalar;
c) Em princípio, são destinadas a ter eficácia no processo de terminalidade;
d) Podem ter certos efeitos no período *post mortem*, como para garantir a manutenção pós-eficaz do sigilo médico;
e) Dotam o pleito de pós-eficácia de segredo médico de maior segurança jurídica, já que constituem prova documental;

f) Devem ser estimuladas, não somente em âmbito de assistência de saúde suplementar, mas especialmente no serviço público de saúde, com base na universalidade dos direitos de liberdade.

9.2 ATUAÇÃO DOS COMITÊS DE BIOÉTICA E DOS CONSELHOS DEONTOLÓGICOS NA TUTELA *POST MORTEM* DO SEGREDO MÉDICO

A transdisciplinariedade, sendo uma importante ferramenta da Bioética, faz com que a prática das atividades profissionais adote um olhar diferenciado em relação ao paciente, também visto como cliente ou usuário de saúde. Ela consiste na capacidade de um saber ser transformado pelo saber do outro, agregando o conhecimento deste outro no seu próprio (ZAHER, 2015, p. 8). À medida que a realidade social impulsiona a aplicação dos preceitos jurídicos no âmbito da relação clínico-hospitalar, percebe-se como preocupações que originalmente estavam circunscritas à Medicina e demais Ciências da Saúde passam a ser recepcionadas pelo Direito - como é o caso da questão da pós-eficácia do sigilo médico. Ademais, como resultado, os conhecimentos de saúde são entrelaçados àqueles de natureza ética e jurídica.

Considerando-se que o Direito é uma vivência coletiva que exala uma Ciência capaz de resolver problemas, consubstanciando todo um processo de realização da fonte ao caso (CORDEIRO, 2004, p. 140), é oportuno refutar a existência plena de qualquer universalidade de direitos da personalidade caso de tal tutela sejam excluídos os pacientes terminais.

O fato de o homem não ser eterno, não obsta que a sua vontade tenha força após a sua morte (GONÇALVES, L., 1951, p. 73). A morte é um fato material, porém esse fato também é legal, um fato capital, porque é a aniquilação de uma personalidade (CARBONIER, 2004, p. 397). Conforme comprovado, apesar de não refutar o fim da personalidade com a morte, protege-se o segredo após o seu fim, em atendimento ao vínculo de confiança é imprescindível para a prática da relação clínica, e com base na teoria dos direitos da personalidade.

O fato de essa confiança ser exigível pelo Direito, não afasta a importância da Bioética, da Deontologia, e dos órgãos que traçam as diretrizes éticas a serem observadas na prática clínica, e que fiscalizam os seus cumprimentos. Nessa acepção, de grande importância é a atuação dos comitês de bioética e dos conselhos deontológicos.

A Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957[94], dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e em seu artigo inaugural trata da natureza jurídica: “passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira”. Tal como disciplina o artigo segundo, os conselhos, o Federal e os Regionais:

> (...) são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.

Dentre as atribuições inerentes ao Conselho Federal de Medicina, expressas no artigo 5º, merecem destaque: votar e alterar o Código de Deontologia Médica, ouvidos os Conselhos Regionais; tomar conhecimento de quaisquer dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais e dirimi-las. Cumpre sublinhar as seguintes competências dos Conselhos Regionais de Medicina, expressadas no artigo 15: fiscalizar o exercício da profissão de médico; conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem; e velar pela conservação da honra e da independência do Conselho, livre exercício legal dos direitos dos médicos.

Falou-se na pesquisa proposta sobre os deveres dos médicos, mas é preciso frisar que os enfermeiros também devem se preocupar com questões éticas que perpassam sua práxis cotidiana nas organizações de saúde, ao desenvolverem suas atividades assistenciais, gerenciais e educacionais. Acredita-se que o agir ético envolvendo os diversos atores do processo assistencial-gerencial é capaz de educar e prevenir eventos adversos ou indesejados ao paciente, evitando reincidências de falhas técnicas ou de problemas de comportamento antiéticos nas instituições (FREITAS, G.; MATTOZINHO, 2017, p. 398).

[94] Revogou o Decreto-lei n. 7.955, de 13 de setembro de 1945.

Faz-se necessário aprender a aceitar e acolher a condição humana em que cada paciente se encontra, para que ele possa partilhar o que ele traz dentro de si, com o intuito de aliviar o sofrimento, com uma atitude de respeito e confiança. Os enfermeiros e os outros profissionais da saúde devem ajudar os pacientes, especialmente aqueles sem esperança de cura, a entrar em contato com as suas essências, as suas verdades (FERNANDES, Maria; FREITAS, G., 2017, p. 151).

A Lei n. 5.905 de 1973, ao dispor sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem, explicitou em seu artigo 8º as competências do Conselho Federal, e no artigo 15, as dos Conselhos Regionais. Dentre outras funções, compete ao Conselho Federal de Enfermagem elaborar o Código de Deontologia de Enfermagem e alterá-lo; apreciar, em grau de recursos, as decisões dos Conselhos Regionais; e exercer as demais atribuições que lhe forem conferidas por lei. Os Conselhos Regionais têm a incumbência de disciplinar e fiscalizar o exercício profissional, observadas as diretrizes gerais do Conselho Federal; fazer executar as instruções e provimentos do Conselho Federal; e conhecer e decidir os assuntos atinentes à ética profissional impondo as penalidades cabíveis.

Além dos conselhos deontológicos, de grande importância para a persecução dos objetivos da ética aplicada às ciências da vida, mostram-se os comitês de bioética. Estes são “espaços em que se podem encontrar num contexto pluralista, e com uma metodologia interdisciplinar, os diversos componentes dos vários setores das atividades conexas com a vida e a saúde do homem” (SGRECCIA, 2004, p. 404). São colegiados multiprofissionais de natureza autônoma, consultiva e educativa, com atuação em hospitais e instituições assistenciais de saúde; apresentam como objetivo o auxílio na reflexão e na solução de questões relacionadas à moral e à bioética que surgem na atenção aos pacientes (CFM, 2015, *on-line*). Em alguns contextos, utiliza-se o vocábulo comitê, em outros, comissão de bioética, isto é, podem ser considerados sinônimos[95].

Podem ser identificadas, no mínimo, quatro tipos de comissões hospitalares: destinadas a avaliar valores éticos e outros valores envolvidos nas decisões que

[95] Conforme Recomendação n. 08/2015, do CFM: Art. 1º, §2º “A designação “Comitê de Bioética” abrange e nomeia todos os Comitês ou Comissões de Bioética hospitalares, de entidades assistenciais de saúde não hospitalares e de outras similares”.

dizem respeito ao tratamento de pacientes individuais; comissões com o propósito de tomar decisões amplas relacionadas à ética e às políticas; comissões para aconselhamento e comissões de prognóstico (VEAKH, 1998, *on-line)*.

Há quatro motivos subjacentes que ensejaram o surgimento e a progressiva difusão dos comitês de bioética: a) de caráter epistemológico – exigência de reencontrar uma unidade antropológica ofuscada no exercício da medicina; b) ético-filosófico – necessidade de confronto esclarecedor devido à diversidade de modelos éticos de referência; c) de ordem política – defesa da autonomia do agir deontológico do médico em face do risco de burocratização ou politização da medicina; d) de caráter civil e jurídico – necessidade de tutela arbitral dos direitos dos pacientes, proporcionando um fácil e rápido apoio civil, sem que seja necessário o recurso à autoridade judiciária e ao código penal (SGRECCIA, 2004, p. 406-407).

Na Europa, a instituição pioneira no processo de institucionalização da bioética - iniciado nos Estados Unidos, em 1966, pelo *National Health Institute* – fundou-se na França, em 1983, intitulada *Comité Consultif pour les Scienses de la Vie*. Portugal passou a ter representatividade na área com o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, criado por força da Lei 14/1990, que emite pareceres não vinculativos, a pedido ou por iniciativa própria (MENDES, José, 2016, p. 352-353).

No Brasil, a Recomendação n. 8 de 2015, do Conselho Federal de Medicina incentivou a criação, o funcionamento e a participação dos médicos nos Comitês de Bioética, conforme o excerto que se lê abaixo:

> RECOMENDA-SE
> Art. 1º Ao diretor técnico e clínico de corpo clínico de hospitais, aos diretores técnicos das demais instituições de saúde e aos presidentes de entidades profissionais médicas que contribuam, no âmbito de sua competência, para a criação, o funcionamento e a manutenção de um Comitê de Bioética em sua instituição, de acordo com a relevância, a pertinência e o número de profissionais existentes.

Os parágrafos 3º e 4º do artigo 1º explicitam que dentre as funções cabíveis ao Comitê de Bioética está aquela que dispõe sobre subsidiar decisões sobre questões de ordem moral, pois ao órgão não compete impor decisões, emitir juízos de valor sobre práticas profissionais ou exercer controle sobre práticas profissionais.

Em âmbito federal, por força do Decreto n. 4.436 de 2002, na conjuntura do Ministério da Saúde, existe a Comissão Nacional de Bioética em Saúde – CNBioética presidida pelo Ministro de Estado da Saúde. Dentre as suas finalidades expressas no artigo 1º, cumprem ser destacadas as seguintes: acompanhar a evolução das questões de bioética, no cenário científico nacional e internacional e emitir recomendações sobre os temas que lhe forem submetidos.

Tendo em vista a crescente conscientização das pessoas em relação aos riscos e a percepção individual de que os riscos, tanto sociais quanto políticos e econômicos, podem escapar à fiscalização, controle e proteção das organizações, em âmbito nacional e internacional, concorre para o declínio da confiança nas instituições, o que faz com que a contemporaneidade seja um período de incerteza (FREIRE, 2013, p. 377). Faz-se imprescindível o resgate das competências e propósitos dos órgãos centralizados na bioética para diminuir a insegurança dos pacientes, especialmente daqueles em fim de vida, em relação ao grau de confiabilidade nas instituições e nos profissionais da saúde, especialmente no que tange à manutenção do sigilo referente aos seus dados pessoais clínicos após o seu falecimento.

Uma das primeiras dificuldades que é encontrada na formação do médico é o contato com a morte, uma vez que a maioria inicia a faculdade entre 17 e 25 anos de idade, época na qual a morte não é um acontecimento presente em seus pensamentos, nem em seu cotidiano. No máximo, costumam ter presenciado o falecimento de um parente, e assistiram de uma distância razoável, no velório. A morte apavora desde sempre, e o medo que se relaciona a ela está enraizado na ameaça da perda (CORADAZZI; CAPONERO, 2018, p. 34). Todavia, é sempre pertinente ter em conta que “as Relações Humanas são um instrumento que não deve perder o fio” (DRUCKER, 1962, p. 121); e o elo que faz a conexão entre paciente e equipe clínica é justamente o de confiança, que tem grande potencial de ser reforçada pela atuação efetiva dos comitês e conselhos éticos.

Se “a morte enquanto confronto implica uma inevitável derrota, sempre eivada de precocidade” (RODRIGUES, J., 2016, p. 190), um bom planejamento de gestão da ética aplicada à saúde não pode ser considerado eficaz se não se preocupar com os reflexos dos dilemas bioéticos na terminalidade e após a morte.

Para que seja operacionalizada a pós-eficácia do sigilo médico, sabendo que é direito do paciente requerer a manutenção do sigilo inclusive em relação aos seus herdeiros, considerando-se, também, que em vários casos o interesse dos familiares não se trata de mera curiosidade, mas é legítimo para a averiguação de ocorrência de erro médico, tendo em conta que as seguradoras de vida necessitam ter acesso a um conteúdo mínimo do processo clínico, com o intuito de preencher o suporte-fático para o pagamento do prêmio, a intermediação dos comitês de bioética presentes nos hospitais é de suma importância, para que seja efetuada a triagem dos dados personalíssimos.

Deve-se, pois, suscitar a participação das Comissões de Bioética das instituições de saúde e, na hipótese de não haver comitê, ou de existirem motivos para não se acreditar na imparcialidade deles, acionar os Conselhos Regionais e Federal de Medicina, para que eles efetuem a triagem das informações pessoais protegidas pelo sigilo *post mortem*, e providenciem aos herdeiros o acesso parcial ao processo clínico. Essa medida pode ser aproveitada também para evitar a provocação do Poder Judiciário por parte das seguradoras de vida, concedendo a tais empresas o acesso restrito ao processo clínico do segurado.

Sobre a procriação assistida, Guilherme de Oliveira (1999, p. 7) destaca que, "segundo a nossa tradição cultural, a reserva da intimidade da vida familiar não pode assumir o alcance de exclui o Estado e a lei de uma intervenção extensa, nesta matéria". Aproveitando-se do raciocínio para tratar do manejo das informações clínicas após a morte, pode-se afirmar que tampouco nesse cenário se pode relegar aos familiares, com exclusividade, a incumbência decisória acerca da destinação do processo clínico.

A priorização pela atuação do comitê pauta-se em uma das funções que lhes são designadas por força da Recomendação n. 8 de 2015 do CFM, a de dispor sobre e subsidiar decisões sobre questões de ordem moral,[96] em atendimento à necessidade explícita no preâmbulo do documento, pois expressa que muitas e relevantes questões de Bioética compõem o cotidiano das instituições e dos profissionais de saúde, o que demanda a necessidade de obtenção de apoio na solução de situações especiais, desconhecidas e difíceis a seu cargo.

[96] Artigo 1º, parágrafo 3º.

A ética passa a ser entendida como um modo de colocar o problema da indecidibilidade das questões que permeiam o agir das pessoas, como um a contínua inquirição crítica acerca da incerteza de qual é a melhor forma de agir em cada caso (FARACO, 2011, p. 28). É justamente nesse plano prático que os comitês de ética atuam.

A ação subsidiária por parte dos Conselhos Deontológicos, especialmente o Conselho Regional de Medicina[97], pauta-se na competência para conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, já que como se viu, o direito do paciente ao sigilo é respectivo ao dever do médico de protegê-lo. Logo, essa incumbência de classificar o grau de confidencialidade dos dados contidos no processo clínico é intrinsecamente atinente à ética profissional.

Ademais, caso não seja admissível, exceto em casos de emergência, que as decisões fundamentais médicas, no que respeita à limitação ou cessação de tratamentos a doentes, em situações extremas, sejam tomadas isoladamente por um médico; e se do ponto de vista ético, deveriam ser tomadas ou referendadas por uma entidade independente; se é verdade que as decisões devem sempre que possível ser pautadas no consentimento informado do paciente ou da sua família (ASCENSÃO, 2009, p. 434), também é de grande valia a presença de entidade independente para fiscalizar a obediência aos termos declaratórios de vontade, seja o consentimento, seja o testamento vital, sejam as observações expressadas no prontuário, sejam as diretivas genéricas antecipadas de vontade.

Há um outro âmbito, imprescindível para a operacionalização da pós-eficácia do sigilo médico, no qual a atuação dos comitês e dos conselhos de ética mostra-se relevante, essencialmente em relação à competência de fiscalização: trata-se da duração da manutenção do processo clínico nas instituições.

A Lei N. 13.787, de 27 de dezembro de 2018, dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente; e expressa no artigo 6º, que em regra os prontuários em suporte de papel e os digitalizados poderão ser eliminados após o

[97] Urge reforçar a crítica sobre a inexistência no Brasil de um Código de Deontológico destinado a todos os profissionais da saúde, como é o caso da Argentina (MENEZES, R., 2015, p. 129), uma vez que tal adoção favoreceria a uníssona abordagem ética.

decurso do prazo de no mínimo vinte anos a partir do último registro; o parágrafo 3º salienta que no processo de eliminação deverão ser resguardados a intimidade do paciente e o sigilo e a confidencialidade das informações. Apesar de a lei utilizar o termo “prontuário”, a análise teleológica implica entender que estão abrangidos a totalidade documental que compõe o conteúdo dos processos clínicos.

Em caso de desobediência ao preceito legal supracitado, serão cabíveis aos responsáveis as sanções legais e deontológicas; cabe aos órgãos bioéticos atuar ativamente para evitar dita transgressão, inclusive no que tange ao sigilo após a morte.

Então, partindo do pressuposto de que a bioética da prática clínica se volta simultaneamente para a pessoa enferma e para toda a humanidade (SIQUEIRA, 2005, J., p. 77), constata-se que a finalidade última da atuação dos comitês de bioética e dos conselhos deontológicos é proteger as pessoas, como coletividade, e a pessoa na sua individualidade.

Sob essa perspectiva, para que seja viabilizada a pós-eficácia do sigilo médico no Brasil, é imprescindível que haja realmente a difusão plena dos comitês de bioética em todas as instituições de assistência à saúde; que a Comissão Nacional de Bioética em Saúde e subsidiariamente os Conselhos Federais deontológicos – especialmente de Medicina e de Enfermagem – fiscalizem o pleno cumprimento de tal requisito.

Em acréscimo, conforme demonstrado, é importante a ação dos comitês e dos conselhos, especialmente para servir de intermediários no acesso ao processo clínico protegido por sigilo *post mortem*. Essa atuação é necessária para que eles efetuem a triagem do conteúdo pessoal protegido; avaliem a validade das diretivas de vontade; julguem se as diretivas foram elaboradas com base no livre consentimento esclarecido; e garantam o depósito dos processos clínicos, pelas instituições e profissionais, durante o prazo previsto em lei.

9.3 POSITIVAÇÃO DA PÓS-EFICÁCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DO SIGILO MÉDICO

Não há que se criticar tão severamente os ordenamentos jurídicos pela não atualização habilidosa das novas demandas sociais, pois a evolução do pensamento científico demanda tempo e reflexão. Todavia, também não é argumento válido se suscitar uma impossibilidade de se estabelecer o desapego em relação ao positivismo jurídico, para fomentar a constante reinterpretação do Direito, com base na progressividade histórica.

Sob esse pensamento, a possibilidade de haver proteção póstuma da eficácia de alguns direitos da personalidade e a manutenção de sigilo médico após a morte não podem ser denegadas de pronto, com base no argumento da inexistência de previsão legal ou interpretando-se literalmente o dispositivo do Código Civil que atesta o fim da personalidade devido à morte. A alta carga axiológica que ostenta o interesse em pós-eficácia dos direitos da personalidade justifica os esforços hermenêuticos em defendê-la, ainda que usando os métodos da interpretação teleológica, sistemática e histórica, nas hipóteses em que o sentido literal do texto legislativo for insuficiente.

A evolução jurídico-científica não é automática, é permeada por profundas e diversas críticas, até que se consiga um progresso em relação aos fins pretendidos. Ora, Ripert e Boulanger (1956, p. 348) já chegaram a repudiar a colheita de órgãos do corpo humano, na mesma medida em que condenavam a eutanásia, ao passo que os argumentos deles eram pautados no ideal de proteção da pessoa. Hoje, com a evolução da política, legislação de doação de órgãos e transplantes, são praticamente inquestionáveis os benefícios dos transplantes. Assim, o pensamento dele jamais prosperaria.

Da mesma forma, espera-se que com o progresso do pensamento crítico-jurídico, focado na proteção da pessoa e no reconhecimento de que há prolongamentos da personalidade para além da vida, seja reconhecido o direito à manutenção do sigilo *post mortem*, para dar mais conforto psíquico à pessoa enquanto estiver viva - conforto que reside na segurança de que a sua vontade, em relação aos seus dados personalíssimos e clínicos, será respeitada no futuro.

Por outro lado, a defesa de novos direitos apresenta perigos, já que a proliferação de direitos atípicos pode resultar na banalização e vulgarização dos discursos pautados na dignidade humana, o que pode resultar na perda da sua eficácia. É por esse motivo que se faz necessário ter cautela na atividade criativa e ser exigente ao identificar novo direito fundamental, pois este pode não passar do mero reflexo de um dever fundamental (RAPOSO, 2014, p. 105-106).

Já que esse progresso de perspectiva, além de apresentar alta carga de moralidade, é plenamente compatível com o Direito vigente - conforme anteriormente se comprovou com a tese - questiona-se acerca da necessária positivação específica da possibilidade de eficácia *post mortem* para que seja amplamente reconhecida e tenha plena aplicabilidade. Em caso positivo, é essencial entender se tal positivação seria mais bem alocada no texto do artigo Art. 6 , do Código Civil, ou se seria preciso uma lei específica para esmiuçar dita alteração.

É praticamente uníssono o discurso de que não se acredita mais que as operações de interpretação do direito realizadas pelo juiz sejam apenas estritamente lógicas, elas não se resumem às operações de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas, não são meramente mecânicas ou automáticas (BOBBIO, 2016, p. 118). Essa visão do Direito faz com que seja possível afirmar que essa ciência, na sua atualidade, está em fase pós-positivista. Entretanto, no âmbito eficacial, a realidade demonstra que os operadores do Direito procuram recorrer às leis, quando se deparam com problemas perversos, a exemplo do agora enfrentado.

O horizonte das possíveis respostas aos casos concretos é amplo, flexível e condicionado às circunstâncias históricas do momento, mas, em todo caso, é oportuno estabelecer limites com base na Constituição, não só porque ela se impõe por sua própria força, também porque apresenta fortes razões para tê-la como legítima (CAPELLA, 2016, p. 37-38). É por tal razão que tanto se ressalta a necessidade de respeito da dignidade como finalidade última na interpretação do direito, e justifica os incessantes esforços em proteger os direitos da personalidade dos vulneráveis por se encontrarem em fim de vida.

O direito em seu fundamento é único, porém é variado em sua realização. Pode ser simples instrumento técnico destinado a uma convivência, mas pode ser a expressão da ideia de vida que motiva uma comunidade nacional. Na primeira acepção, é um conjunto de normas, mas somente na segunda, merece o nome de

Direito nacional (BRAVO, 1984, p. 137). O pós-positivismo defende esta última acepção, ressalta a importância principiológica, assume a pluralidade de métodos hermenêuticos e de fontes do Direito, em uma realidade na qual a lei pura não é a única fonte, assim como figura em situação de igualdade hierárquica com as demais.

O direito não simplesmente enuncia o que os cidadãos particulares devem ou não fazer, tampouco apenas aconselha os juízes e outras autoridades acerca das decisões que devem tomar, na verdade, estabelece que eles têm um dever de reconhecer e propiciar que vigore certos padrões (DWORKIN, 2002, p. 78). No rol desses padrões a serem realizados e priorizados, o mais importante é a proteção da dignidade da pessoa humana que, como foi constatado, é o objetivo nuclear da proteção *post mortem* dos reflexos dos direitos da personalidade.

Apesar de acreditar ser tecnicamente dispensável a positivação pós-eficácia dos direitos da personalidade, já que uma aprofundada análise das fontes legais já existente no Brasil, acrescida de outras fontes do Direito, especialmente a doutrina, por si só já basta para se posicionar a favor da plena aceitação da teoria no país. Entretanto, em termos de adesão no plano eficacial, acredita-se que a eventual positivação da eficácia póstuma dos direitos da personalidade seria de grande valia, por ter a potencialidade de ser mais bem recepcionada por aqueles juristas apegados ao positivismo.

Consideradas em si mesmas, as normas jurídicas são pouca coisa, as normas tratam, acima de tudo, de ser aplicáveis à realidade. É por isso que toda norma jurídica já é tida como um imperativo, uma regra de conduta ou como um critério de decisão de conflitos, nasce e perdura com a pretensão de que a realidade social seja ajustada a ela (DÍEZ-PICAZO; GULLÓN,1986, p. 173). É com esses pressupostos que se evidencia a importância da eficácia social para além da vida dos direitos à intimidade, à vida privada; ao sigilo; à imagem e à integridade moral.

As normas jurídicas são eficazes em dois sentidos: têm força de obrigar o seu cumprimento; regulam a parte da realidade social que abarcam, produzindo determinados efeitos jurídicos aos fatos que comtemplam, exercendo uma eficácia reguladora ou construtiva (ALBALADEJO, 1987, p. 113), que de muito valem para dotar de segurança jurídica o conteúdo das disposições em fim de vida.

Desta feita, no Ordenamento Jurídico brasileiro propõe-se a alteração do Art. 6º, do Código Civil, o qual em sua versão atual estabelece que: “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”; para que seu texto passe a constar nos seguintes termos: “a existência da pessoa natural termina com a morte, mas a lei põe a salvo a pós-eficácia de certos direitos da personalidade. A morte é presumida, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva” ou, ainda, inspirando-se mais diretamente no Código Civil português, “a existência da pessoa natural termina com a morte, mas os direitos da personalidade gozam de proteção após a morte do seu titular. A morte é presumida, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

A dita proposta referendaria e faria com que, em relação à matéria, continuassem atuais os dizeres de Guilherme Cruz (1955, p. 77), segundo o qual:

> Portugal e Brasil continuam a ser, no direito como em tudo o mais, duas pátrias irmãs, que se orgulham da sua ascendência comum, e que o Brasil mais ainda que Portugal, soube manter-se sempre fiel à velha tradição jurídica lusitana, dignificando-a e rejuvenescendo-a, e dando, assim, um admirável contributo para a sua perenidade no mundo.

Como a pós-eficácia do sigilo médico é uma consequência da eficácia póstuma dos direitos da personalidade, contextualizada nas relações entre pacientes e profissionais de saúde, instituições hospitalares ou clínicas, a consolidação por meio da positivação da proteção *post mortem* da personalidade já apresentaria grande potencialidade de dotar os médicos, demais profissionais, e as instituições de segurança jurídica suficiente para que eles se sentissem mais resguardados em atender aos pleitos dos pacientes no tocante à autodeterminação na tutela dos dados pessoais clínicos.

Novamente, voltando-se ao viés pós-positivista, levando em conta o moroso trâmite legislativo, entende-se que as previsões acerca da pós-eficácia poderiam ser especificadas em sede deontológica, fundamentadas juridicamente na projeção dos direitos da personalidade além da vida, consequentes à positivação da pós-eficácia dos direitos da personalidade. Compreende-se, pois, que a proteção *post mortem* do

dever de segredo médico resultaria em simples aplicação da teoria da pós-eficácia no âmbito da relação assistencial de saúde.

Tal conclusão só é possível devido ao fato de que a pós-eficácia, tanto dos direitos da personalidade quanto do sigilo médico, compartilhe do mesmo objetivo central: a proteção da dignidade do paciente. Ora, “os povos não se afirmam nem progridem senão na plena expressão da sua capacidade de prosseguir objetivos comuns, definidos no amplo debate de ideias” (SPÍNOLA, 1972, p. 29). Com isso, o debate interdisciplinar entre Direito e Medicina é essencial para a evolução do cuidado com os doentes.

Por outro lado, é compreensível que algumas instituições de saúde e profissionais da área, por falta de uma assessoria jurídica especializada, pudessem ter receios em respeitar a projeção após a morte do sigilo, ao salientar que, apesar de não ser inteiramente necessária, a positivação da pós-eficácia do sigilo médico seria benéfica para a proteção da autodeterminação do paciente e dos seus direitos da personalidade em questão.

Sob esse prisma, é interessante ter em vista que se o positivismo jurídico e a secularização da lei que caracterizam os sistemas contemporâneos determinaram a ausência de ditames diretamente relacionados com a moral, bem como a recuperação de valores éticos socialmente reconhecidos, essa adequação pode ocorrer por meio de fenômenos de autorregulação social entre os quais os códigos primários assumem os códigos deontológicos (BELLELLI, 1999, p. 18).

Em sede constitucional, no Brasil, cumpre suscitar que qualquer proposta que se predisponha a regularizar o problema da pós-eficácia do sigilo médico deve ter como meta obedecer, especialmente, a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária. Deve ser posta em confronto com a preservação da dignidade da pessoa humana, não só do paciente em fim de vida, mas, dos herdeiros e dos profissionais da saúde que interagem com o enfermo, como critério de ponderação. Tem o dever de analisar o dilema com base no princípio da isonomia, a fim de comparar o direito à liberdade da pessoa viva com o direito de se garantir a obediência às diretivas antecipadas em

fim de vida, para que obedeça aos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade.

No âmbito do Direito Civil, em relação aos direitos da personalidade, é necessário que se paute proteger os reflexos da integridade moral, intimidade, vida privada, sigilo e da imagem após a morte; sem que, com isso, atente contra a máxima de que a personalidade se extingue com a morte biológica. Na esfera contratual, em relação aos contratos de seguro e de prestação de serviços de saúde, é oportuno considerar o princípio da autonomia da vontade em consonância com a teoria social dos contratos, ou seja, sem tomá-la como absoluta, tendo em vista os limites aplicáveis a ela, especialmente a proteção da intimidade.

No tocante aos direitos sucessórios, deve-se fazer uma análise teleológica sobre os objetivos desse ramo do Direito, de modo que a proposta para a operacionalização da pós-eficácia do sigilo médico priorize a proteção da vontade do *de cujus* , com base no pensamento de que a legitimação dos herdeiros em proteger a memória do morto objetiva precipuamente a proteção dos bens da pessoa falecida, atingindo apenas de modo reflexo os terceiros.

Por fim, sabendo que a tutela inibitória apresenta uma técnica em que emitem ordens judiciais para que haja uma ação ou omissão sob pena de uma coerção indireta, que pode ser multa ou não, é voltada para que se impeça a prática, a continuação ou repetição futura de ato ilícito. Constata-se que a grande valia da positivação estritamente relacionada à pós-eficácia do sigilo médico deve-se ao reforço coercitivo do Direito, em comparação às normativas deontológicas.

9.4 APLICAÇÃO DA TEORIA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO PARA A EXIGIBILIDADE DA PÓS-EFICÁCIA DO SIGILO MÉDICO

Na atualidade, é mantida a dupla necessidade de sigilo que era preconizada pelos médicos gregos: juram a confidencialidade para manter a relação médico-paciente; e garantem o silêncio para poder transmitir a verdade, incorporada naquilo que vem a ser o conhecimento científico da medicina, aos outros médicos para que

possam ter o seu próprio corpo de conhecimentos e de modo de atuação (RUEFF, 2009, p. 68). No caso do segredo materializado em diretivas antecipadas de vontade, como é a morte que marca o termo inicial da eficácia do documento em questão, faz-se presente especialmente a primeira necessidade de sigilo acima expressa.

Conforme foi verificado ao longo da pesquisa, a coercibilidade inerente ao Direito mostra-se imprescindível para a segurança jurídica quanto à obediência do dever deontológico de sigilo médico. Essa segurança é benéfica tanto para o paciente, que tem maior probabilidade de ter a sua autonomia respeitada, quanto para os profissionais da saúde, pois os deixa respaldados para que os atos de atendimento à autodeterminação dos enfermos não configurem condutas ilícitas, puníveis nos âmbitos ético e jurídico.

O segredo médico incorpora deveres jurídicos positivados em sede de direitos da personalidade. Em caso de descumprimento, cumprimento parcial ou violação das cláusulas gerais, há a configuração de ilícito passível de reparação, via o instituto da responsabilidade civil.

Revisitando-se os artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro, constata-se que pode ocorrer violação ao direito e ocorrência de dano a outrem, ou seja, condutas ilícitas, quando não se respeitar a boa-fé no trato contratual. Menezes de Cordeiro (1984a, p. 18) esclarece que, no âmbito da Ciência do Direito, a cientificidade da boa-fé liga-se à possibilidade efetiva de com ela se resolver questões concretas. Na ordem sociojurídica, a integração desse princípio obriga que seja feita a síntese dos elementos colhidos e se isole das traves materiais que informem o todo. Sob esse prisma, urge a utilização da cientificidade da boa-fé como um argumento para reforçar a exigibilidade de observância do segredo médico inclusive na etapa *post mortem*.

A violação positiva do contrato concerne aos casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestação secundárias e de violação de deveres acessórios. Nessas hipóteses, podem ser aplicados os regimes do direito à indenização por danos, a possibilidade de recusar legalmente a prestação e a de mover a exceção do contrato não

cumprido, mantendo a violação positiva como figura unitária (CORDEIRO, 1984a, p. 602).

A jurisprudência brasileira tem recepcionado a teoria da violação positiva dos contratos, conforme é possível conferir no seguinte posicionamento do STJ, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti:[98]

> Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua consequente reparação civil, independente de culpa.

Quando se trata da aplicação da teoria às relações médico-paciente, em que a pessoa que recebe a assistência clínico-hospitalar encontra-se viva, não há grande desafio para reconhecer que afora a prestação da obrigação principal do médico e dos demais profissionais de saúde - que em regra é de meio - faz-se presente o dever de obedecer a boa-fé objetiva na relação contratual e, como consequência, de resguardar o sigilo. Nessa seara, o dever deontológico que resguarda a confidencialidade se mostra juridicamente exigível, e qualquer conduta destoante reveste-se da qualidade de ilícito passível de reparação cível.

Entretanto, quando a jurisprudência pátria se depara com lides específicas concernentes ao sigilo médico após a morte do paciente, por vezes apresenta posicionamentos que, por abarcarem uma vasta gama de situações consideradas como motivos justificáveis para a sua cessação, acaba adotando posturas contrapostas aos interesses prévios do falecido.

Essa realidade ressalta a urgência de os tribunais efetivarem a aplicação das teorias da concepção social dos contratos e da violação positiva do contrato às relações entre pacientes e profissionais de saúde. Essa atitude é necessária para que seja uníssona a ideia de que é ilícita a conduta de devassa das informações contidas no processo clínico, ainda que a quebra do sigilo ocorra após a morte do titular dos direitos da personalidade.

---

[98] REsp 262.823, julgado em 29/04/2015.

A título exemplificativo, podem ser apontadas duas jurisprudências do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o sigilo médico após a morte do paciente foi preterido, a requerimento dos familiares do *de cujus*:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – PRONTUÁRIO MÉDICO. RESULTADO DE EXAMES, PARECERES, ANOTAÇÕES DE ENFERMAGEM E DEMAIS DOCUMENTOS CORRELATOS – FAMILIAR INTERESSADO – FINALIDADE – DIREITO À INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DE EVENTUAL ERRO MÉDICO – MOTIVO JUSTO – SIGILO MÉDICO AFASTADO. O sigilo médico que recai sobre o prontuário do paciente não é absoluta e deve ser afastado quando houver motivo justo. Configura motivo justo o direito à informação ante a suspeito de erro médico no atendimento a familiar próximo do interessado. Pretensão procedente. Sentença mantida. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso desprovidos.[99]
>
> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CÓPIA DE RELATÓRIO E PRONTUÁRIO MÉDICO – FAMILIAR INTERESSADO – FINALIDADE – SEGURO DE VIDA – MOTIVO JUSTO – SIGILO MÉDICO AFASTADO. O sigilo médico que recai sobre o prontuário do paciente não é absoluto e deve ser afastado quando houver motivo justo. Configura motivo justo o recebimento de seguro de vida por familiar interessado. Extração de cópia autorizada. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário desacolhido.[100]

No primeiro caso, o afastamento do sigilo médico foi justificado – segundo a corte - pelo interesse dos familiares em investigarem a possibilidade de ter havido configuração de erro médico. Na segunda hipótese, a mitigação do segredo foi pautada na alegada necessidade de se ter acesso ao prontuário para fins de recebimento de seguro de vida.

Em que pese se concordar com o fato de que o sigilo médico não é absoluto, cumpre sublinhar que, na verdade, as hipóteses apreciadas nas jurisprudências supracitadas são apenas consequências incidentais da pós-eficácia do sigilo médico. Tal como já foi demonstrado na pesquisa proposta, por si só não justificam o afastamento do segredo, já que as suas pretensões finalísticas – embora justas – devem ceder aos interesses superiores da proteção póstuma dos direitos da personalidade.

Ao ser estabelecido um rol de exceções muito amplo ao sigilo médico, corre-se o risco de praticamente inviabilizá-lo no campo prático, desrespeitando a projeção

---

[99] TJ-SP - 1040357-77.2015.8.26.0002. Publicação em: 30/11/2017.

[100] TJ-SP – Reexame Necessário. REEX 1000692-23.2015.8.26.0562. Publicação em: 07/12/2015.

póstuma dos seus direitos da personalidade e a aplicação da boa-fé objetiva na fase pós-contratual do pacto de prestação de serviços de saúde. É por tal razão que é preciso que os tribunais tenham a cautela de analisar na casuística se o *de cujus* deixou expressa alguma diretiva prévia de vontade para fim de vida; e se, em caso positivo, no seu conteúdo há requerimento para a manutenção do sigilo médico após a vida, inclusive em relação aos herdeiros.

Na hipótese de ausência de testamento vital ou de outra diretiva prévia de vontade, é razoável que o magistrado entenda que os herdeiros, na qualidade de legitimados processuais, devem ter acesso aos dados clínicos pessoais do paciente; o que não é admissível é que, como aconteceu no caso da segunda jurisprudência, se condicione o recebimento do prêmio do contrato de seguro à violação da intimidade do contratante.

Contestar o senso comum não é uma atitude hermenêutica fácil. Como segundo ele não há prejuízo para o acesso por herdeiros e as seguradoras precisam de provas exaustivas para o cumprimento das suas obrigações, posicionamentos como os verificados na amostragem acima são os mais comuns. O conhecimento vulgar, nessa hipótese, deve ceder ao conhecimento científico.

É possível afirmar sobre o senso comum que ele não impede que se observe a subjetividade, o ponto de vista da experiência individual, mas é preciso atentar que, na multiplicidade do agir social e individual, em correlação com o senso comum, se seleciona dentre os infinitos objetivos e intenções possíveis, as ações que são plausíveis no âmbito da cultura na qual se insere, fornecendo um quadro de instrução que favorece a organização da conduta, a possibilidade pragmática que se supõe ser a mais sensata, em termos de resultados (TEDESCO, 2004, p.121). No entanto, o grande risco desse pensamento é que ele apresenta grande potencialidade de cegar-se para a individualidade dos pacientes que compõem uma minoria vulnerável, e que precisam de conforto psíquico no fim de vida.

“Somente quando o olhar está voltado ao sujeito em sua abrangência biopsicossocial é possível de fato cuidar sem que o aspecto físico seja absoluto” (BATISTA, 2015, p. 32). Desta forma, para muitos desses pacientes, o conforto psíquico só se concretiza na segurança de que após a sua morte, com a aplicação

da boa-fé objetiva na fase pós-contratual, será conservada a proteção dos seus dados pessoais contidos na história clínica. Mostra-se, pois, uma complementariedade entre os institutos da confidencialidade clínica e da boa-fé objetiva, bem como uma consonância de finalidades entre a pós-eficácia do sigilo médico e a eficácia póstuma dos deveres anexos contratuais.

Sabendo-se, então, que os deveres anexos são representativos de vinculações, adstrições finalísticas que se aplicam em ambos os polos da relação obrigacional, bem como apresentam uma feição mutualística de esforços conjugados no mesmo sentido, e que têm igual peso vinculante para as partes respectivas (LOBATO, 2013, p. 110-111), pode-se dizer que essa prestação de deveres ao aplicar a boa-fé objetiva na fase pós-contratual do pacto de prestação de serviços de saúde, acaba por proteger a projeção póstuma de efeitos dos seus direitos da personalidade.

Conclui-se que a proteção pós-morte das informações pessoais do paciente materializadas no processo clínico torna evidente o quanto é importante a aplicação dos deveres anexos na fase pós-contratual, ou seja, após o término da prestação de serviços de saúde que culminou com a morte do enfermo.

Esse pensamento é coadunado com o posicionamento de Clóvis Silva (2008, p. 17-21) que se baseia na concepção de relação como organismo, e defende que a obrigação deve ser entendida como um processo, para ressaltar a dinamicidade do conceito de dever. O autor alerta que “a concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexo finalístico tem posição relevante”, o que é o caso do sistema brasileiro, e justifica a ênfase dada nesta pesquisa aos propósitos da pós-eficácia do segredo médico.

Associam-se com a boa-fé as figuras de ponta do Direito Civil: a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional (CORDEIRO, 1984a, p. 17). Esses dois últimos aspectos se tornam mais presentes na problemática da pós-eficácia do sigilo médico.

A obrigação de manter a guarda do processo clínico e de proteção do segredo em relação ao seu conteúdo tem as suas circunstâncias modificadas

quando advém o óbito do paciente. Devido à complexidade do conteúdo obrigacional, na fase pós-contratual ainda remanesce o dever de observar a boa-fé objetiva, o que justifica a recepção da teoria da pós-eficácia dos direitos da personalidade.

Desta forma, apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro acerca da preservação do sigilo médico após a morte, é ilícita a conduta de devassa do conteúdo do processo clínico mesmo que o paciente não esteja mais vivo.

Presencia-se, então, a expansão da responsabilidade civil que pode apontar, como a primeira causa, o aumento do potencial lesivo da sociedade, especialmente em decorrência da continuada evolução tecnológica e da massificação da vida social (SCHREIBER, 2011, p. 719).

No caso em enfoque, é verdade que se faz presente uma expansão da responsabilidade civil, mas não como resultado necessariamente advindo da evolução tecnológica, em que pese ser verdade que a adoção do processo clínico eletrônico por algumas instituições, apresente a potencialidade de aumentar os riscos de transgressão do segredo das informações, dado ao facilitado fluxo de dados. Ademais, a massificação social é presenciada nas relações médico-paciente, essencialmente no âmbito da assistência pública.

No entanto, a expansão da responsabilidade civil em relação à exigibilidade de proteção do sigilo médico após a morte do paciente, na verdade, é decorrente do amadurecimento da reflexão teleológica sobre os direitos da personalidade. Os dois motivos elencados influenciaram, mas não foram determinantes. A evolução da teoria dos direitos da personalidade requereu a concentração de esforços na proteção da dignidade, priorizando os interesses das pessoas titulares de tais direitos e o respeito à individualidade de pretensões.

Essa perspectiva mostra-se consoante com o pensamento de Atias (1985, p. 30), segundo o qual não há regras mais protetoras da personalidade do que aquelas destinadas a garantir o respeito da palavra dada. Fazendo-se uso do método hermenêutico da interpretação histórico-progressiva, pode-se dizer que essa afirmativa atualmente se realiza por meio da pós-eficácia do sigilo médico.

De modo definitivo, não há que se falar em respeito pleno à boa-fé objetiva, nas relações médico-paciente, caso essa tutela não tenha projeção após a morte do enfermo. A pós-eficácia do dever de sigilo materializa o dever de observância da boa-fé na fase pós-contratual dos serviços clínico-hospitalares.

Em síntese, a responsabilização civil pautada na violação positiva do contrato deve ser aplicada em defesa da pós-eficácia do sigilo médico e, consequentemente, da pós-eficácia dos direitos da personalidade correlatos à intimidade. O poder coercitivo da responsabilidade civil é essencial para a proteção da vontade além da vida.

A eficácia social da projeção *post mortem* do dever de sigilo é dependente, em grande medida, da recepção da teoria da violação positiva do contrato de prestação de serviços médicos e afins, pela jurisprudência brasileira. Para que dita aceitação ocorra, e para que se efetive a persecução dos seus objetivos, faz-se imprescindível a adoção de algumas premissas pelos tribunais:

a) Constatação de que há uniformidade de propósitos entre o dever deontológico de confidencialidade e a boa-fé objetiva;
b) Compreensão de que a expectativa de manutenção de sigilo médico, após ter sido expressa em diretiva antecipada de vontade, é uma expectativa legítima do paciente;
c) Adoção de postura pós-positivista para o reconhecimento de que há direitos da personalidade pós-eficazes;
d) Reconhecimento de que é ilícita a conduta de devassa do conteúdo do processo clínico, mesmo que o paciente não esteja mais vivo;
e) Necessidade de resguardo da boa-fé objetiva na fase pós-contratual do contrato de prestação de serviços de saúde;
f) Adotar um raciocínio crítico-científico ao avaliar o acesso dos familiares e dos seguradores aos dados pessoais clínicos dos pacientes mortos, apartando-se do senso comum;
g) Fazer a dissociação entre consequências incidentais da pós-eficácia do sigilo médico e o conceito de justo motivo para devassa das informações;
h) Nos atos de ponderação entre interesses conflitantes, priorizar aqueles de natureza pessoal, especialmente os que refletem a vontade dos pacientes que

compõem uma minoria vulnerável – formada por aqueles que necessitam de manutenção de sigilo após a morte.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

"*As pessoas que mais admiro são aquelas que nunca acabam*."
Almada Negreiros (1986).

"O que dói na vida é estares nela e seres mortal (...)
A imortalidade devia estar incluída no amor."

Pedro Chagas Freitas (2019).

Para que haja uma melhor compreensão da realidade, é de grande valia a superação das barreiras de classificação do conhecimento científico, chegando-se à transdisciplinaridade. Nesse sentido, a complexidade e a constante mutação da realidade social do âmbito clínico-hospitalar estimulam a interferência dos preceitos jurídicos nesse contexto, promovendo a união dos saberes e fazendo com que as preocupações que originalmente estavam circunscritas à Medicina e outras Ciências da Saúde, sejam também apreciadas pelo Direito. Desse modo, não se poderia precisar a possibilidade de extensão do dever de sigilo médico após a morte do paciente, sem reconhecer a imprescindibilidade das Ciências Jurídicas para solucionar essa questão.

A superação do modelo paternalista como a forma ideal de relação médico-paciente, bem como a sua consequente substituição por um modelo sem hierarquia, horizontal, no qual há o reconhecimento do paciente como pessoa e agente autônomo, torna sedimentados os deveres de informação e de documentação por parte dos profissionais da saúde; e estabelece a Medicina de diagnóstico voltada à pessoa do paciente, e não à doença em si, como mero objeto cognoscível; é, em grande medida, resultado da interferência da Sociologia, do Direito e da Psicologia nas Ciências Médicas.

Nesse sentido, a consagração de modo eficaz da proteção global e pessoal do enfermo é imprescindível para que seja tutelada a confiança na relação clínico-hospitalar, tanto por meio do dever deontológico de sigilo médico quanto via direitos da personalidade. Destacam-se, nesta acepção, os direitos de privacidade –

intimidade, sigilo, vida privada e imagem –, a integridade moral e psíquica, assim como a honra objetiva.

Os direitos de sigilo médico e os direitos da personalidade são direitos subjetivos que compartilham do mesmo tronco principiológico, protegem a dignidade da pessoa humana; e apresentam projeção para o período pós-morte, conforme forem os anseios e necessidades individuais do paciente, materializados nas diretivas antecipadas, especialmente no testamento vital. Após o falecimento, a tendência no trato social é de que os herdeiros tenham acesso. Por isso, tanto a sedimentação do regime de titularidades quanto da teoria do segredo *post mortem* são fatores que figuram como imprescindíveis, pois contrariam o senso comum e realçam a observância dos propósitos dos direitos da personalidade.

Como a proteção da identidade humana resulta no direito de ser reconhecido como singular, de ser único, ao fazer uso da titularidade dos direitos universais e *erga omnes*, como o são os direitos da personalidade, o reconhecimento da individualidade do paciente justifica a defesa de um pleito minoritário, em termos quantitativos, mas que se sobressai na análise qualitativa, em relação aos valores que apresenta.

A preservação do sigilo médico após a morte, inclusive no tocante aos seus herdeiros, justifica-se por contribuir com a tutela da dignidade e da autonomia do paciente. Materializa uma liberdade inominada, que não requer a adequação como novo direito subjetivo; bastando o emprego de uma hermenêutica adequada, voltada aos argumentos que se ratificam a seguir.

O processo clínico é a compilação de toda a biografia clínica do paciente, bem como abarca dados pessoais sensíveis, cuja violação tem grande probabilidade de resultar em lesão aos direitos da personalidade e à dignidade que figura em seus cernes. A sua titularidade é decorrente da titularidade dos direitos da personalidade, em regra é imediata, incindível e cabível ao respectivo paciente.

Todavia, o direito ao sigilo médico é relativo, pode ceder em casos de autorização legal, prossecução de interesses legítimos, entre outros; de modo que a delimitação do rol de terceiros aptos a tomar ciência do conteúdo sensível da história clínica do paciente deve ser feita na casuística.

No Brasil, a proteção do sigilo médico é disciplinada de modo mais pormenorizado no âmbito deontológico, porém a coercibilidade, tão necessária para essa questão, é encontrada em uma análise sistemática da legislação *strictu sensu*. Nesse aspecto, a Lei Geral de Proteção de Dados, apesar de não ter tratado especificamente do segredo médico, ao disciplinar a proteção de dados pessoais sensíveis relacionados à saúde, acabou por contribuir com a sua observância.

Ainda no tocante à proteção jurídica do segredo médico, a boa-fé objetiva, como princípio contratual e cláusula geral, ao refletir a aplicação da teoria social dos contratos, abarca no Direito os valores deontológicos mais caros para a prática da Medicina. Verificou-se uma intersecção de finalidade essencial entre o princípio da confiança, como princípio deontológico, e como conteúdo da boa-fé objetiva; qual seja, a preservação das expectativas de lealdade e de privacidade, por meio da manutenção do sigilo.

Nas relações entre paciente, profissionais e instituições de saúde, tanto de natureza cível quanto consumerista, a confiança tem igual importância, por ter aplicação à generalidade dos contratos. A coercibilidade do Direito suscita, sob esse prisma, um dever de reparação na seara da responsabilidade civil, pautado na violação positiva dos contratos; levando ao entendimento de que o desrespeito ao sigilo médico implica violação da confiança e, por consequência, resulta na desobediência à boa-fé objetiva.

Ora, se a defesa das expectativas de confiança dos pacientes em vida já demanda grande cautela, a tutela *post mortem* dos dados pessoais dos pacientes acentua a importância dos esforços deontológicos e jurídicos. Para que se afirme que a projeção dos efeitos dos direitos da personalidade após a morte do titular e a consequente possibilidade de manutenção do sigilo médico além da vida do paciente é possível, deve-se reconhecer que, assim como há uma preocupação coletiva com o pós-morte, a proteção individual também merece respaldo.

Como foi comprovado, a antecipação das situações fáticas e jurídicas após a vida tem origens nas preocupações coletivas, com a ideia de justiça intergeracional e a tese do legado para as futuras gerações. Essa tutela pré-programada é destinada a proteger as pessoas que serão sujeitos de direitos no futuro,

estabelecendo o dever de cumprimento de obrigação prévia, geralmente na modalidade de dever de não fazer, por parte daqueles que hoje estão vivos.

Já a preocupação póstuma individual em relação aos direitos da personalidade, dada a intransmissibilidade desta classe de direitos, ocorre por meio da pós-eficácia, projeção após a morte de efeitos dos direitos que os titulares gozavam em vida, em prol do prolongamento da proteção moral e social da personalidade. Diferentemente de Portugal que, como se viu, prevê expressamente no seu Código Civil da proteção póstuma dos direitos da personalidade, a projeção dos direitos da personalidade além da vida, que demanda no Brasil um esforço hermenêutico maior, pautado no pós-positivismo.

Segundo foi delineado, são direitos pós-eficazes os direitos da personalidade que originalmente tinham como suporte fático a personalidade da pessoa viva, e que persistem no mundo jurídico, mesmo após a morte do sujeito de direito. São exercidos em legitimação extraordinária por terceiros, sem que configure transmissão de direitos, de modo que os legitimados apenas se mantêm no exercício da representação, em um reflexo da esfera jurídica do *de cujus*.

Diferentemente, no tocante aos direitos que tradicionalmente apresentam no suporte fático a morte, não há configuração de pós-eficácia, pois prevalece uma eficácia jurídica ordinária. Com isso, uma vez configurado o preceito previsto no suporte fático, contendo nele o evento morte, há a concreção e a consequente incidência das normas jurídicas, como o que ocorre no regime sucessório de direitos.

É juridicamente e moralmente defensável a pós-eficácia dos direitos da personalidade, sem que se tenha que negar que a morte rompe o suporte-fático de tais direitos. Apesar de extinguir a personalidade com a morte, em respeito à importância que a pessoa então falecida teve no seu curso social, quando estava viva, é possível a existência de efeitos pós-mortais de alguns dos direitos da personalidade, ao abrigo da dignidade da pessoa humana. É desnecessário efetuar uma abstração de existência de uma personalidade jurídica pós-mortal, de uma ficção jurídica de difícil delimitação e aplicação, incompatível com o disposto literalmente no Código Civil.

Deve ser reconhecida uma separação entre a proteção da memória do morto e os direitos da personalidade pós-eficazes, especialmente no tocante à honra objetiva. Em relação à memória, não há que se falar em pós-eficácia, por ser direito que na sua própria concepção já é reflexo, criado para que protegesse os que indiretamente podem, de fato, sofrer danos quando se atenta contra a memória de uma pessoa já falecida.

De modo semelhante, a proteção do cadáver também é autônoma em relação aos direitos da personalidade do morto: com a morte é extinto o direito da personalidade à integridade física, marcando a transmutação para um novo direito, sem precisar falar em pós-eficácia. Essa tutela do cadáver decorre dos reflexos da importância que a pessoa, que habitou naquele corpo, tinha, bem como torna evidente o reconhecimento da sacralidade do corpo, ainda que morto.

A pós-eficácia dos direitos da personalidade engloba o direito à honra objetiva e os direitos relacionados à privacidade, em especial, intimidade, vida privada e ao sigilo – essencialmente relacionado ao segredo concernente aos escritos pessoais; além da integridade psíquica e moral. A aplicabilidade dessa tutela póstuma à proteção da confidencialidade clínica viabiliza e serve de subsídio argumentativo-jurídico para a manutenção póstuma do sigilo médico.

Para garantir que o Direito permaneça plenamente atento à universalidade humana, é preciso considerar as necessidades individuais de tutela, principalmente as dos vulneráveis. Tal como foi constatado, a relevância da pós-eficácia de alguns dos direitos da personalidade persiste, ainda que os pleiteantes dessa medida sejam uma minoria. Em menor número ainda, seja o quantitativo de pacientes que tenham a intenção de se valer da pós-eficácia dos direitos da personalidade, para estendê-la ao sigilo médico. O critério quantitativo dos interessados serve para que se reconheça quem são os vulneráveis, os quais, à luz da individualidade, merecem maior atenção por parte do legislador e dos demais hermeneutas do Direito.

Essa pós-eficácia de alguns direitos da personalidade enseja uma pré-eficácia de autotutela, influencia no trato social mesmo antes do falecimento do titular, por apresentar um incentivo racional de autotutela e um conforto em relação ao alívio que a pessoa em vida pode vir a sentir, ao saber que a sua intimidade não vai ser

devassada após a sua morte, especialmente em relação aos seus dados pessoais clínicos. Tem-se, então, a potencialidade de propiciar um processo de envelhecimento e de evolução da doença com um maior conforto psicológico para o paciente, sendo consequência do amplo reconhecimento da autonomia do paciente, do direito ao consentimento livre e esclarecido, e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Desta feita, a eficácia social da previsão expressa no rol de princípios fundamentais da Medicina, do Código de Ética brasileiro, segundo a qual o sigilo médico deve ser mantido após a morte do enfermo, depende da coercibilidade jurídica, para que especialmente a intimidade, nas acepções negativa e positiva, faça oposição à devassa do processo clínico. O respeito à individualidade do paciente perpassa pela defesa das necessidades compatíveis com a Ordem Jurídica vigente, ainda que expressem interesses de uma minoria.

É conveniente sopesar, porém, que o direito ao sigilo médico após a morte não é absoluto. A defesa da autodeterminação informacional do paciente, inclusive além da vida, não ignora as consequências incidentais que pode suscitar. O enfrentamento desse problema perverso – com alta carga de moralidade, socialmente complexo, passível de antecipação das potenciais soluções, que pode ser sempre revisitado, e não comporta taxatividade entre falso e verdadeiro – busca o encontro de soluções mais benéficas e condizentes com o Ordenamento Jurídico em vigor. Para tanto, não se pode cegar em relação aos sacrifícios de direitos e interesses que pode causar.

Comprovou-se, ao longo da tese proposta, com a análise dos possíveis incidentes, que nenhum deles motiva o afastamento da proteção pós-morte do sigilo, pois são passíveis de operacionalização e de solução em harmonia com a teoria dos direitos da personalidade. É necessário destinar a devida atenção à dissociação entre consequências incidentais da pós-eficácia do sigilo médico e o conceito de justo motivo para devassa das informações, já que as primeiras não invalidam a tese de proteção póstuma do segredo.

No rol das consequências incidentais da pós-eficácia do sigilo médico, tem-se a possibilidade de ocultação de erro médico devido à inacessibilidade de

informações por herdeiros. Constatou-se que a atuação das Comissões de Bioética das instituições de saúde, tendo em vista a inexistência ou de suspeição destas, dos Conselhos Regionais e Federal de Medicina e, em último caso, do Judiciário, quando configurar ineficácia ou suspeição desses órgãos, possibilita que seja feita a triagem das informações pessoais protegidas pelo sigilo *post mortem*, bem como concedam aos herdeiros o acesso parcial ao processo clínico.

Ademais, ocorrendo a judicialização, será respeitada a publicidade restrita personalíssima, para que o magistrado efetue a divisão de conteúdos do processo clínico e conceda aos familiares o acesso a toda a parte que não estiver protegida pelo sigilo médico *post mortem* preconizado em sede de diretivas antecipadas de vontade. É sabido que em vários casos o interesse dos familiares não se trata de mera curiosidade, mas é legítimo para a averiguação de ocorrência de erro médico, de modo que caso haja forte indício de materialização de erro médico, caberá ao magistrado efetuar a ponderação de interesses em apreciação, podendo chegar, em casos excepcionalíssimos, a constatar que o sigilo pós-eficaz deva ceder.

Outro incidente decorrente da pós-eficácia do sigilo médico, seria um eventual prejuízo para a operacionalização dos seguros de vida. Entretanto, como foi alegado, tem-se como alternativa utilizar as informações dispostas nas certidões de óbito – que também devem respeitar o sigilo – e, em caso de litígio apreciado via judicial, deverá ser mantida a publicidade restrita personalíssima, já que os representantes processuais do morto serão os seus herdeiros. Em relação à consequência incidental de causar entraves para cálculos estatísticos direcionados às políticas públicas em saúde, foi demonstrada a necessidade de entes públicos e privados, que acabam tendo acesso aos dados pessoais sensíveis clínicos, protegerem os seus conteúdos, restringirem os seus acessos, bem como assegurar que o uso será feito para fins estritos de vigilância e gestão em saúde.

Em síntese, por meio da tese evidenciada, foi possível constatar que há uma congruência de propósitos entre o dever deontológico de confidencialidade e a boa-fé objetiva. Logo, é legítima a expectativa de que a manutenção do sigilo após a morte, solicitada em diretiva antecipada de vontade, será obedecida. Segundo a ótica pós-positivista do Direito, certos direitos da personalidade são pós-eficazes, o

que torna ilícita a devassa do conteúdo do processo clínico, mesmo que o paciente não esteja mais vivo.

Ademais, a boa-fé objetiva na fase pós-contratual do contrato de prestação de serviços de saúde deve ser observada. Assim, os Comitês de Bioética, os Conselhos Deontológicos e o Poder Judiciário devem efetuar um raciocínio crítico-científico ao avaliar o acesso de terceiros, inclusive de herdeiros ou seguradora, aos dados pessoais clínicos dos pacientes mortos, apartando-se do senso comum. Em acréscimo, nos atos de ponderação entre interesses conflitantes, deve-se priorizar aqueles de natureza pessoal, especialmente os que refletem a vontade dos pacientes que compõem uma minoria vulnerável – formada por aqueles que necessitam de manutenção de sigilo após a morte.

Pelo exposto, pode-se plenamente afirmar que foi confirmada a hipótese segundo a qual os documentos nos quais se materializam o processo clínico abarcam principalmente informações que são de titularidade dos pacientes, com dados pessoais e sensíveis, que a devassa do processo clínico transgride no tocante aos direitos da personalidade do paciente, especialmente a intimidade, sendo capaz de afetar a sua dignidade. Portanto, é algo que deve ser combatido, à luz da observância da boa-fé objetiva e com base na análise sistemática do Ordenamento Jurídico brasileiro, especialmente do Código Civil e da LGPD.

Dito isto, para a viabilização e a regulação da pós-eficácia dos direitos da personalidade e, consequentemente, da projeção póstuma do sigilo médico, em prol da proteção dos dados pessoais sensíveis dos pacientes, propõe-se:

a) Apesar de inicialmente serem destinadas a ter eficácia no processo de terminalidade, as diretivas antecipadas de vontade, especialmente os testamentos vitais, podem ter certos efeitos no período *post mortem*. Devem ser utilizadas para garantir a manutenção pós-eficaz do sigilo médico. Com isso, precisam ser estimuladas, tanto no âmbito de prestação de serviço de saúde público quanto suplementar;
b) A atuação dos Comitês de bioética, dos Conselhos de Medicina e, em *ultima ratio,* do Poder Judiciário, é de suma importância para que seja a operacionalização do sigilo médico póstumo, procedendo à publicidade restrita

personalíssima, quando for preciso operacionalizar seguros de vida; efetuar vigilância em saúde; investigar necessidade de responsabilização por erro médico, entre outras situações;

c) A difusão plena dos comitês de bioética em todas as instituições de assistência à saúde é necessária, devendo, pois, haver a fiscalização desse pleno cumprimento por parte da Comissão Nacional de Bioética em Saúde e subsidiariamente os Conselhos Federais deontológicos – principalmente de Medicina e de Enfermagem, em acréscimo até do Ministério Público;
d) Com vistas ao desestímulo à continuação ou à repetição futura de ato ilícito de violação de sigilo médico, é de grande valia a positivação estritamente relacionada à pós-eficácia do sigilo médico. Em que pese a atual fase pós-positivista do Direito, o reforço coercitivo nesse sentido serve para dotar de maior segurança jurídica e ser igualado em termos de complementariedade, em relação ao preceito de pós-eficácia do sigilo previsto nas normativas deontológicas;
e) Por fim, ressalta-se que a eficácia social da projeção *post mortem* do dever de sigilo é dependente, em grande medida, da recepção da teoria da violação positiva do contrato de prestação de serviços médicos e afins, pela jurisprudência brasileira.

Os direitos que se revestem de cunho humanitário são universais em suas características, e essa afirmação reveste-se de um pragmatismo fundado em solidariedade, coerente com a identidade e a individualidade humanas. A efetividade dos ideais subjetivos recepcionados no Constitucionalismo brasileiro e no Código Civil está intimamente dependente da tutela dos vulneráveis, assim como se coaduna com o fim precípuo da Medicina contemporânea, cuidar da pessoa doente, especialmente daquelas que se encontram em uma vulnerabilidade multifacetada, os que adentraram o estágio da terminalidade.

Figurar como paciente em uma relação clínica, por muitas vezes não é uma escolha e, ainda que seja, não pode ensejar em disponibilidade dos direitos indisponíveis, como o são os direitos da personalidade, inclusive a intimidade. A proteção do sigilo médico após a morte do paciente além de contribuir com o conforto psíquico em vida, realça o reconhecimento do enfermo como sujeito de direitos, digno e dotado de autodeterminação informacional. Então, afirma-se que a

pós-eficácia dos direitos da personalidade contidos no processo clínico é plenamente compatível com o Direito brasileiro. Portanto, deve ser difundida e aplicada sobretudo no âmbito médico.

REFERÊNCIAS

ABDELHAMID, Hassan. Les droits de l'homme et l' "homme universel". . In: PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios (Orgs.). **Droits fundamentaux et spécificités culturelles**. Paris: Editions L'Harmattan, 1997.

ABREU, Luís Vasconcelos. O segredo médico no direito português vigente. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2005.

ACOSTA, Aura María Baute; ROSADO, Laura Cristina Oñate. **El genoma humano y sus implicaciones socio jurídicas**. Bogotá: Leyer Editorial. 2007.

ADEODATO, João Maurício. Da "coisa em si" à concepção retórica dos eventos (homenagem ao professor doutor José de Oliveira Ascensão). In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coords.). **Direito Civil**: Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

AGUIRRE, Juan Luis Beltrán. Autonomía del paciente: limites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados. In: VIEIRA, María Luisa Arcos (Dir.). **Autonomía del paciente y intereses de terceiros:** limites. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016.
ALAMILLO, F. El secreto médico professional. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Tomo 3, Fasc/Mes 1, España, 1950, páginas 75-92.

ALBALADEJO, Manuel. **Curso de Derecho Civil Español.** Introduccion y parte general. Vol. I. Barcelona: Borsch, 1987.

ALBALADEJO, Manuel. **Curso de Derecho Civil Español.** Introduccion y parte general. Vol. I. Barcelona: Borsch, 2002.

ALBERT, Marta. Privacidad y derecho a morir. In: SANTOS, José Antonio; ALBERT, Marta; HERMIDA, Cristina. **Bioética y nuevos derechos.** Granada: Comares, 2016.

ALBUQUERQUE, Aline. Ombudsman do paciente: direitos nos cuidados em saúde. In: **Revista Bioética.** V. 26. N. 3. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2018.

ALEXANDRE, Laurent. **A morte da morte:** como a medicina biotecnológica vai transformar profundamente a humanidade. Barueri: Manole, 2018.

ALMEIDA, Luis Bigotte de. **A educação dos genes:** uma viagem às origens biológicas do comportamento humano. Lisboa: Climepsi Editores, 2018.

ALVES, Rubem. **O médico**. Campinas: São Paulo, 2012.

AMARAL, Francisco. A parte geral do novo Código Civil brasileiro. A influência do Código Civil português. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da**

reforma de 1977: a parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMUNDSEN, Darrel W**. Medicine, Society, and Faith in the ancient and medieval worlds**. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objecto. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1960a.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: facto jurídico, em especial negócio jurídico. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1960b.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito penal médico:** sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ANNAS, George J. **The rights of patients:** the basic ACLU guide to patient rights. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1989.

ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina.** In: RUEFF, Maria do Céu (Coord.). **Direito da medicina:** eventos adversos, responsabilidade, risco. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

ANTUNES, João Lobo. **A nova medicina.** Ensaios da Fundação. Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2012.

ANTUNES, João Lobo. A profissão de médico. In. **Análise social:** revista do Instituto de Ciências Sociais de Universidade de Lisboa. V. 38. N. 166. Lisboa, 2003.

ANTUNES, João Lobo. Prefácio. In: RUEFF, Maria do Céu. **O segredo médico como garantia de não-discriminação:** estudo de caso: HIV/SIDA. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão. A Repersonalização do Direito Civil a partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. v. 5. n. 1. Brasília, 2011.

ARANGO, Héctor Gustavo. **Bioestatística:** teórica e computacional. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009.

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida.** Coimbra: Almedina, 1999.

ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith:** o conceito mecanicista de liberdade. Colecção Teses. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia.** Coimbra: Almedina, 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia.** Vol. II. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAÚJO, Fernando. Prefácio do Livro de Amanda Cascaes, *Análise Econômica da Responsabilidade Civil. A Redução Equitativa da Indenização e as Atividades de Risco.* **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Ano 5, nº 6. Lisboa, 2019.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato.** Coimbra: Almedina, 2007.

ARBOUR, Marie-Ève; LACROIX, Marième. Le statut juridique du corps humain ou l'oscillation entre l'objet et le sujet de droit. In: **Revue de Droit Université de Sherbrooke**. volume 40, numéro 1-2. 2010.

ARCHER, Luís**. Da genética à bioética.** Coimbra: G. C. Gráfica de Coimbra, 2006.

ASCENSÃO, Oliveira. A terminalidade da vida. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Orgs.). **Bioética e responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ASCENSÃO, Oliveira. **Estudos sobre o direito da internet e da sociedade da informação.** Coimbra: Almedina, 2001.

ASCENSÃO, Oliveira. **Direito Civil:** Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

ASCENSÃO, Oliveira. **Direito Civil:** Sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

ASCENSÃO, Oliveira. **Direito Civil:** Teoria Geral. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ASCENSÃO, Oliveira. **Direito de Autor e Direitos Conexos**, Coimbra Editora, 1992.

ASCENSÃO, Oliveira. Prefácio. In: GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

ASCENSÃO, Oliveira. Sociedade do risco e direito do consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado.** São Paulo: Atlas, 2013.

ASSIS. Machado de. Uma Criatura. Ocidentais, **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994.

ATIAS, Christian. **Les personnes. Les incapacités.** Collection Droit Fondamental. Paris: Press Universitaires de France, 1985.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação.** Lisboa: Escolar Editora, 2014a.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do direito.** Lisboa: Escolar Editora, 2014b.

AUBIA, Jaume. Las organizaciones profesionales médicas en España desde la perspectiva de la Ley de Ordenación de las Profesiones sanitarias (LOPS). In: BOSCH, Albert Oriol; ALENTA, Helios Pardell. **Monografias Humanitas:** La profesión médica: los retos de um milenio. N. 7. Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo.** 215, jan./mar. Rio de Janeiro, 1999.

BACHELARD, Gaston. **A Formação do Espírito Científico:** Contribuição para uma Psicanálise do Conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BALINT, Michael**. O médico, o seu doente e a doença**. Lisboa: Climepsi Editores, 1998.

BALLESTEROS, Antonio Gullón. Persona y ordenamento jurídico. In: CUESTA, Ignacio Sierra Gil de la (Org.). **Comentario del Código Civil.** Vol. I. Barcelona: Borsch, 2000.

BARBOSA, Rui. **As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais**. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XL. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948.

BATISTA, Juliana dos Santos. Olhar o outro: o mais importante dos princípios da Bioética. In: GIMENES, Antonio Cantero et al. (Eds.). **Dilemas acerca da vida humana:** interfaces entre a Bioética e o Biodireito. São Paulo: Editora Atheneu, 2015.

BAUDELAIRE, Charles. **Oeuvres Completes I**. Paris: Gallimard, 1976.

BEANEY, William M. The right to privacy and american law. In: HAVIGHURST, Clark C.; EVERETT, Robinson O. **Law and contemporary problems.** Duke University, Vol. 31, n. 2, Durham, Noth Carolina, 1966.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. New York: Oxford University Press, 1994.

BELLELLI, Alessandra. Il codice deontológico medico e il suo valore giuridico. In: BARNI, Mauro. **Bioetica, deontologia e diritto per um nuovo codice professionale del medico.** Milano: Giuffrè Editore, 1999.

BELTRÃO, Silvio Romero. A fenomenologia do consentimento informado na relação médico-paciente: estudo baseado na teoria geral do direito civil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro.** Ano 3. N. 7. 2014a. Disponível em: chrome-extension://ohfgljdgelakfkefopgklcohadegdpjf/http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/07/2014_07_04751_04816.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade.** São Paulo: Atlas, 2014b.

BELTRÃO, Silvio Romero. Direito da personalidade – Natureza jurídica, delimitação do objeto e relações com o Direito Constitucional. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2. Nº 2. Lisboa, 2013.

BELTRÃO, Silvio Romero; MENEZES, Renata Oliveira Almeida. Os desafios para a preservação do princípio da dignidade humana em face da revolução biotecnológica. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**. v. 4, n. 1. Salvador, Jan/Jun. 2018.

BENAYAS, Carlos de la Veja. **Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil**. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1976.

BERGEL, Salvador Dario. Libertad de investigación y responsabilidad de los científicos en el campo de la genética humana. In: BERGEL, Salvador Darío; CANTÚ, José Maria (Org.). **Bioética y Genética.** .Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000.

BERNAL, Gilberto A. Gamboa. **El ser humano y su dimensión bioética.** Chía: Universidad de la Sabana, 2014.

BERRIOS, Fátima Regina Pérez. La protección a la familia a través del cumplimiento de los derechos y deberes familiares. **Revista de Derecho.** No. 19. Nicarágua: Universidad Centroamericana, 2015.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BLONDEL, Pierre. **La transmission a cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux a caractère personnel.** Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

BONINO, Silvia. **Mil amarras me prendem à vida**: (con)viver com a doença. Colecção Saúde e Sociedade. Coimbra: Quarteto, 2007.

BORRÀS, Susana. Análisis de la contribución del paradigma de desarrollo sostenible a la justicia ambiental, económica y social. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse; MENDONÇA, Maria; CARMO, Valter. **Diálogo ambiental, constitucional e internacional.** Fortaleza: Premius. 2014.

BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana e o direito à saúde – políticas públicas e ativismo judicial. In: NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago

Fidalgo. **A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2018.

BOUDON, Raymond. Rational choise theory. In: TURNER, Bryan S. **The new Blackwell companion to social theory.** West Sussex: Blackwell Publishing, 2009.

BRASIL. **Decreto N. 4.436,** de 23 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4436.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Decreto N. 8.771,** de 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. **Lei N. 3.268**, de 30 de setembro de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm#:~:text=Art%20.,Art%20. Acesso em 31 ago. 2020.

BRASIL. **Lei N. 5.433,** de 8 de maio de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5433.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei N. 5.905**, de 12 de julho de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5905.htm#:~:text=LEI%20No%205.905%2C%20DE,Enfermagem%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em 31 ago. 2020.

BRASIL. **Lei N. 6.015,** de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Lei N. 6.259,** de 30 de outubro de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. **Lei N. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei N. 9.434,** de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm. Acesso em: 08 jan. 2019.

BRASIL. **Lei N. 12.965,** de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei N. 13.709,** de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei N. 13.787,** de 27 de dezembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13787.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei N. 13.853,** de 08 de julho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art2. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **A declaração de óbito:** documento necessário e importante. Série A. Normas e Manuais Técnicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Vigilância em Saúde.** Brasília: 2017. Disponível em: https://www.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/sobre-vigilancia-em-saude. Acesso em: 17 de junho de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 204, de 17 de fevereiro de 2016 .** Brasília: 2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0204_17_02_2016.html. Acesso em: 17 de junho de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 264, de 17 de fevereiro de 2020 .** Brasília: 2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0264_19_02_2020.html. Acesso em: 17 de junho de 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. **Curso de Vigilância em Saúde.** Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE AGRAVOS DE NOTIFICAÇÃO. **Ficha de notificação/investigação:** AIDS. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: http://portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Agravos/AidsAdulto/Aids_adulto_v5.pdf. Acesso em 18 jun. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso especial 540048/RS**. Ministra Nancy Andrighi (Rel.). 02/12/2003. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SEGREDO+M%C9DICO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 60176**. Ministro Luiz Gallotti (Rel.). 17/06/1966. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SIGILO+MEDICO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yamupsea. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 91218**. Ministro Djaci Falcão (Rel.). 10/11/1981.Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SEGREDO+ME

DICO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yawq2yyj. Acesso em: 18 dez. 2018.

BRAVO, Federico de Castro y. **Compendio de Derecho Civil.** Madrid: Instituto de estudios políticos, 1964.

BRAVO, Federico de Castro y. **Derecho civil de España.** Madrid: Civitas, 1984.

BRECHT, Bertold. **Poemas 1913-1956**. Rio de Janeiro: Editora 34, 2012.

BRONOWSKI, Jacob. **Ciência e valores humanos.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1979.

CÁCERES, Juan Calixto Galán; BLANCO, Mariano Casado**. Las instrucciones previas: uma reflexión crítica.** Badajoz: Borame, 2016.

CALISSI, Jamile Gonçalves. A identidade como um direito fundamental articulado a partir dos direitos da personalidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido. **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. Birigui: Boreal, 2015.

CALLAHAN, Daniel. O bem social e o bem individual: aborto e reprodução assistida. In: FUNDAÇÃO LUSO-AMERICANA PARA O DESENVOLVIMENTO. **A condição humana:** ética, saúde e interesse público. Lisboa: Dom Quixote, 2009.

CALLE, Esther Gómez. El derecho civil ante las nuevas técnicas de investigación genética. En particular, las pruebas de detección genética. In: ***Derecho y genética**: un reto a la sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2006. Disponível em: http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/12/121_148%20E%20Gomez%20Calle.pdf. Acesso em 07 abr. 2020.

CAMILLUS, John C. Strategy as a wicked problem. **Harvard Business Review**. May 2008. Disponível em: https://hbr.org/2008/05/strategy-as-a-wicked-problem#:~:text=Environmental%20degradation%2C%20terrorism%2C%20and%20poverty,period%20by%20applying%20standard%20techniques. Acesso em: 14 out. 2020.

CAMÕES, Luís de. **20 Sonetos.** Campinas: Editora da Unicamp, 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador – ou a impotência do sujeito. In.: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de. A relação da pessoa consigo mesma. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**: a parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles). In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Comemorações**

dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol I. Direito da família e das sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. Vária. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** Vol. 67. Coimbra, 1991.

CAMPOS, Diogo Leite de. O direito em nós. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 2. Nº 2. Lisboa, 2013.

CAMPOS, Diogo Leite de. O estatuto jurídico da pessoa depois da morte. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, Ano 2, nº 4. Lisboa, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Funções da Parte Geral de um Código Civil e limites da sua prestabilidade. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**: a parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CANO, Ana Maria Marcos del. Entre la vida y la muerte: la voz del paciente suscitadora de um diálogo integrador. In: CABALLERO, Rosana Triviño; RODRÍGUEZ-ARIAS, David (Eds.). **Cuestiones de vida y muerte:** perspectiva éticas y jurídicas em torno al nacer y el morir. Madrid: Plaza y Valdés Editores, 2016.

CANOVAS, Diego Espin. **Derecho Civil Español**. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957.

CANTÚ, José Maria. El genoma humano e la medicina del siglo XXI. In: BERGEL, Salvador Darío; CANTÚ, José Maria (Org.). **Bioética y Genética.** .Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000.

CAPELLA, Vicente Bellver. Bioética, constitución, y dignidad humana. In: SANTOS, José Antonio; ALBERT, Marta; HERMIDA, Cristina. **Bioética y nuevos derechos.** Granada: Comares, 2016.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil:** Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple. Vol. 1. Paris: Quadrige / Puf, 2004.

CASTAÑEDA, Ilva Myriam Hoyos. Los derechos Humanos: Expresión de la reuperación de la dignidad de la persona humana em uma época de crisis. **Díkaion**: revista de actualidad jurídica, Colômbia, nº. 5, 1996. Disponível em: www.dialnet.com. Acesso em: 11 ago. 2018.

CEOM. Conselho Europeu das Ordens dos Médicos. **Carta Europeia de Ética Médica**. Grécia, 2011. Disponível em: http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Carta_Europeia_Princ%C3%ADpios_%C3%89tica_Medica.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018.

CHANAYO, Grégoire. **Les corps vils:** expérimenter sur les êtres humains aux XVIIIe et XIXe siècles. Paris: Éditions La Découverte, 2008.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Obras póstumas e direito de autor. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coords.). **Direito Civil**: Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

CHIUSI, Tiziana. A dimensão abrangente do Direito Privado Romano. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. **Direito Fundamentais e Direito Privado***:* uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

CID, Felipe. **Breve historia de las ciencias medicas**. Barcelona: Espaxs, 1990.

COELHO, José Gabriel Pinto. **Um tipo novo de responsabilidade civil ou a indenização de fantásticos danos... por factos de terceiros.** Cacilhas: Tipografia Mesquita, 1936.

COGGON, David. A importância da estatística na pesquisa em saúde. **Cogitare Enferm.** Jan/Mar; 20(1). 2015.

COLOMA, Aurelia María Romero. **La medicina ante los derechos del paciente.** Madrid: Montecorvo, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. 2009/2010. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=9&Itemid=122. Acesso em: 19 dez. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** 2018. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217. Acesso em: 19 dez. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica:** Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018 , modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação 08/2015**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2015/8. Acesso em: 01 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 1.638/2002**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1638. Acesso em: 19 dez. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.**Resolução 1.821/2007**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1821. Acesso em: 19 dez. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução 2.218/2018**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2218. Acesso em: 19 dez. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas**. Law and Economics.** United States: Addison-Wesley, 1998.

CORADAZZI, Ana Lúcia; CAPONERO, Ricardo. **Pancadas na cabeça:** as dificuldades na formação e na prática da medicina. São Paulo: MG Editores, 2018.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil.** Vol I., Coimbra: Almedina, 1984a.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no Direito Civil.** Vol II., Coimbra: Almedina, 1984b.

CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do Direito Civil.** Vol. I. Coimbra: Almedina, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. **Da pós-eficácia das obrigações. Estudos de Direito Civil.** Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991.

CORDEIRO, António Menezes. Prefácio. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil.** Parte geral. Vol. V. Coimbra: Almedina, 2011a.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil.** Pessoas. Vol. IV. Coimbra: Almedina, 2011b.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil.** Vol. IV. Coimbra: Almedina, 2019b.

COSTA, J. Pinto da. **Responsabilidade médica.** Porto: Felício & Cabral, 1996.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções fundamentais de Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2018.

CRUZ, Guilherme Braga da. A formação histórica do moderno Direito Privado português e brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 50. São Paulo, 1955. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66222. Acesso em: 26 out. 2018.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Afonso César Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

CUPIS, Adriano de. **Teoria y practica del Derecho Civil**. Barcelona: Borsch, 1960.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde** – Evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DAMÁSIO, António**. A estranha ordem das coisas:** a vida, os sentimentos e as culturas humanas. Lisboa: Temas & Debates, 2018.

DAMÁSIO, António**. E o cérebro criou o homem.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DELEURY, Édith; GOUBAU, Dominique. **Le droit des personnes physiques.** 4e éd. Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2008.

DENNING, Peter J. Resolving Wicked Problems Through Collaboration. In. WHITWORTH, Brian; MOOR, Aldo de. **Handbook of Research on Socio-Technical Design and Social Networking Systems**. New York: Information Sciense Reference, 2009.

DEODATO, Sérgio. **Decisão Ética em Enfermagem:** do problema aos fundamentos para o agir. Coimbra: Almedina, 2014.

DI MAIO, Vincent; FRANSCELL, Ron. **O segredo dos corpos**. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2017.

DÍAZ, Karina Ingrid Medinaceli**. El tratamiento de los datos sanitarios en la historia clínica electrónica:** Caso boliviano. Premio Protección de Datos Personales de Investigación 2016 Iberoamérica. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

DINH, Ngyen Quoc; DAILLIER, Patrick.; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público.** Lisboa, 2º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DOURADO, Marília. Envelhecimento – diferentes perspectivas. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). **Direito da saúde:** estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

DRUCKER, Peter F. **A nova sociedade.** Brasil/Portugal: Editôra Fundo de Cultura, 1962.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

DURAN, Juan Guillermo. Reflexiones sobre la buena fe en el derecho. **Universidad de la Sabana.** Vol. 2. Bogotá, Colombia, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos:** seguido de "envelhecer e morrer". Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ESPANHA. **Ley n. 41/2002.** BOE núm. 274. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188. Acesso em: 24 abr. 2018.

ESPANHA, Rita. **Informação e saúde.** Lisboa: Fundação Francisco Manoel dos Santos, 2013.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. **Direito da saúde**. Universidade Católica Editora: Lisboa, 2014.

EXTREMADURA. **Ley 3/2005**, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. Comunidad Autónoma de Extremadura. 2005. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/pdf/2005/BOE-A-2005-13470-consolidado.pdf. Acesso em 26 abr. 2018.

FABER, Berit A. Bioethics in Europe. In: GUNNING, Jennifer; HOLM, Søren (Eds.). **Ethics, law and Society**. UK: Ashgate, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil:** sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARACO, Carlos Alberto. Ética e linguagem. In: MERCER, Vânia; WANDERBROOCKE, Ana Claudia. **Hospital, saúde e subjetividade.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

FERIA, Luis González. **El futuro incierto de la Sanidad**. Colección de ensayo La Huerta Grande. Madrid: Le Huerta Grande Editorial, 2016.

FERNANDES, Luís A. Carvalho**. Lições de direito das sucessões**. Lisboa: Quid Juris, 2012.

FERNANDES, Luís A. Carvalho**. Teoria geral do direito civil**. Vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

FERNANDES, Márcia Santana; MORAIS, Leonardo Stoll de; FERNANDES, Natália Cepeda; GENRO, Bruna Pasaqualini; GOLDIM, José Roberto. Bioética e revelação do diagnóstico de AIDS para terceiros. In: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio

Romero (Coords.). **Direito Civil**: Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Maria de Fátima Prado; FREITAS, Genival Fernandes de. Processo de morrer. In: OGUISSO, Taka; ZOBOLI, Elma (Orgs.). **Ética e bioética:** desafios para a enfermagem e a saúde. Série Enfermagem. 2. Ed. Barueri: Manole, 2017.

FERNANDES, Mílton. **Proteção civil da intimidade.** São Paulo: Saraiva, 1977.

FERNANDES, Millôr. **Definitivo**: A Bíblia do caos. L&M Pocket, 1994.
FESTAS, David de Oliveira. **Do conteúdo patrimonial do direito à imagem:** contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido e *inter vivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FIDALGO, Sónia. Responsabilidade penal no exercício da medicina em equipa: o princípio da confiança e o princípio da divisão do trabalho. In: RUEFF, Maria do Céu (Coord.). **Direito da medicina:** eventos adversos, responsabilidade, risco. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

FIEM. FORO IBEROAMERICANO DE ENTIDADES MÉDICAS. **Carta Iberoamericana de Ética Médica**. Açores, Portugal; 10 de maio de 2013. Disponível em: http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/CARTA_IBEROAMERICANA_DE_%C3%89TICA_M%C3%89DICA.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico:** parte general del Derecho civil. Tomo segundo. Madrid,: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FRANÇA JÚNIOR, Ivan; AYRES, José Ricardo. Saúde pública e direitos humanos. In: **Bioética e saúde pública.** São Paulo: Loyola, 2003.

FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de risco e direito do consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado.** São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Genival Fernandes de; MATTOZINHO, Fabíola Campos Braga. Comissão de Ética de Enfermagem. In: OGUISSO, Taka; ZOBOLI, Elma (Orgs.). **Ética e bioética:** desafios para a enfermagem e a saúde. Série Enfermagem. 2. Ed. Barueri: Manole, 2017.

FREITAS, Pedro Chagas. **M#rda:** amo-te. Alfragide: Leya, 2019.

GARCÍA, Esther Hava. **La imprudência médica.** Colección los delitos. Valencia: Tirant to Blanch, 2001.

GASSET, R. Badenes. **Conceptos fundamentales del derecho:** las relaciones jurídicas patrimoniales. Barcelona: Boixareu Editores, 1972.

GAVIN, Juan Peman. Derecho a la salud y administracion sanitária. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.

GENERAL MEDICAL COUNCIL. **Confidentiality:** good practice in handling patient information. Manchester, 2017.

GENÈVE, M. J. Bernheim. L'opportunité de légiférer en médecine. In: **Procréation Artificielle, Génétique et Droit.** Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986.

GIL, Ernesto J. Vidal. Bioética y Derecho: principios y reglas en el final de la vida. In: VIEIRA, María Luisa Arcos (Dir.). **Autonomía del paciente e intereses de terceiros:** limites. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado:** o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Fernando. Deontologia e bioética. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). **Direito da saúde:** estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1971.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro.** Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha**. Princípios de Direito Civil Luso-brasileiro.** Vol. I. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GOSSERIES, Axel. **Desafios sobre justiça intergeracional**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2018. Disponível em: https://content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/sites/46/2019/02/13164358/Desafios-sobre-Justi%C3%A7a-Intergeracional.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

GOSTIN, Lawrence; MANN, Jonathan M.. Towards the development of a human rights impact assessment for the formulation and evaluation of public health policies. **Health and Human Rights.** Vol. 1, No. 1, Autumn, 1994. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/4065262?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents. Acesso em 21 jun. 2020.

GOSWAMI, Amit. **Consciência quântica**. São Paulo: Aleph, 2018.

GOTTSCHALL, Carlos A. M. **Pilares da Medicina**: a construção da medicina por seus pioneiros. São Paulo: Atheneu, 2009.

GRANJA, Mónica; OUTEIRINHO, Conceição Outeirinho. Registo médico orientado por problemas em medicina geral e familiar: atualização necessária. **Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar**. N. 34. Lisboa, 2018.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HANSON, Mark J. The idea of progress and the goals of medicine. In: HANSON, Mark J.; CALLAHAN, Daniel (Eds.). **The goals of medicine**: the forgotten issues in health care reform. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1999.

HEAD, Brian W. Wicked problems in public policy. In. **Public Policy.** Vol. 3. N. 2. Curtin University of Technology: Australian, 2008.

HIPÓCRATES. **Juramento de Hipócrates.** Forma tradicional completa. Disponível em: http://www.ipebj.com.br/docdown/_a4247.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018.

HOCQUET-BERG, Sophie; PY, Bruno. **La responsabilité du médecin.** Collection Droit Professionnel. Paris: Heures de France, 2006.

HOLM, Søren. Family Decision Making – a victim of the hegemony of autonomy? In: GUNNING, Jennifer; HOLM, Søren (Eds.). **Ethics, law and Society**. Vol. II. UK: Ashgate, 2006.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português**: Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 2003.

HOSSNE, William Saad. Bioética: a evolução na investigação científica. In: NEVES, Maria do Céu; LIMA, Manuela (Coords.). **Bioética ou bioéticas:** na evolução das sociedades. Edição Luso-Brasileira. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2, 2005.

HURST, J. Willis. Tem reasons why Lawrence Weed is right. **New England Journal of Medicine.** Vol. 284, N. 1. 1971.

JOVELL, Albert. La historia natural de la profesión médica vista por un paciente. In: BOSCH, Albert Oriol; ALENTA, Helios Pardell. **Monografias Humanitas:** La profesión médica: los retos de um milenio. N. 7. Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Bauru: Edipro, 2003.

KAYSER, Pierre. **La protection de la vie privee.** Paris: Economica, 1990.

KEOW, John. Euthanasia, **Ethics and Public Policy:** na argument against legalisation. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil dos hospitais:** Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KILKELLY, Ursula. **Le droit au respect de la vie privée et familiale**: um guide sur la mise de ouvre d l'article 8 de la Convention européenne des Droit de l'Homme. Allemagne: Conseil de l'Europe, 2003.

KLEINMAN, Arthur; BENSON, Peter. La vida moral de los que sufren enfermedad y el fracaso existencial de la medicina. In: BAYÉS, Ramón. **Monografias Humanitas:** Dolor y sufrimiento en la práctica clínica. N. 2. Barcelona: Fundación Medicina y Humanidades Médicas, 2004.

KONVITZ, Milton R. Privacy and the law: a philosophical prelude. In: HAVIGHURST, Clark C.; EVERETT, Robinson O. **Law and contemporary problems.** Duke University, Vol. 31, n. 2, Durham, Noth Carolina, 1966.

KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). In*:* **Revista de Informação Legislativa.** Outubro/dezembro. Ano 36, N. 144. Brasília: Senado Federal, 1999.

KURZWEIL, Ray; GROSSMAN, Terry. **A medicina da imortalidade:** viva o suficiente para viver para sempre. São Paulo: Aleph, 2019.

LARENZ, Karl. **Derecho civil.** Parte general. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LARROUMET, Christian. **Droit civil**: introduction à l'étude du droit privé. Tome 1. Paris: Economica, 1995.

LEGEMAATE, Johan. Patients' rights relating to patient safety. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). **Direito da saúde:** estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2016.

LEHMANN, Heinrich. **Tratado de Derecho Civil.** Parte general. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

LEME, Ricardo José de Almeida. **Saúde é consciência**: medicina da saúde x medicina da doença. São Paulo: Ciranda Cultural, 2012.

LEMINSKI, Paulo. **Melhores poemas de Paulo Leminski.** São Paulo: Global, 1996.

LEMUS, Manuel Medina de**. Derecho Civil:** Derecho de sucesiones. Tomo V. Madrid: Editorial Dilex, 2005.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMA, Joaquim Alberto Pires de.; VARELA, Antunes. **Código Civil Anotado**. Volume VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LIMA JÚNIOR, Oswaldo Pereira de. **Bioética, pessoa e o nascituro:** dilemas do Direito em face da responsabilidade civil médico. Rio de Janeiro: Editora Multifoco, 2017.

LINGUET, Simon Nicolas Henri. **Théorie des lois civiles:** ou príncipes dondamentaux de la société. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1984.

LIONÇO, Márcia Helena Caprara. **O Direito e a Morte**: uma abordagem ética. Caxias do Sul: Educ, 2010.

LISPECTOR, Clarice. **Correspondências**. Org. Teresa Montero. Rio de Janeiro: Rocco, 2015.

LOBATO, José Ceistóbal Aguirre. Análise da Responsabilidade do consumidor e do fornecedor no pós-venda: com ênfase no recall. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). **Sociedade de risco e direito privado.** São Paulo: Atlas, 2013.

LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/4445. Acesso em: 7 jun. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOHMANN, Susanne. Rational choice and political Science. **The New Palgrave Dictionary of Economics**. London: Palgrave Macmillan, 2008.

LOUREIRO, João Carlos. Bios, Tempo(s) e Mundo(s): algumas reflexões sobre valores, interesses e riscos no campo biomédico. In: COSTA, José de Faria; GODINHO, Inês Fernandes. **As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal:** uma perspectiva integrada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. Em busca de um direito da saúde em tempos de risco(s) e cuidado(s): sobre a incerteza do(s) nome(s) e da(s) coisa(s). In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). **Direito da saúde:** estudos em

homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

LOUREIRO, João Carlos. Filho(s) de um Gameta Menor? Procriação Medicamente Assistida Heteróloga. In: **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 3, n. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a.

LOUREIRO, João Carlos. Genética, moinhos e gigantes: Quixote revisitado: deveres fundamentais, «sociedade de risco» e biomedicina, In: ***Derecho y genética****: un reto a la sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2006b. Disponível em: http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/12/029_048%20j.%20Loureiro.pdf1. Acesso em 07 abr. 2020.

LURIA, Salvador Edward. **Vida**: experiência inacabada. São Paulo: Editora Itatiaia, 1990.

LUSARRETA, Javier Olave. Prólogo. In: SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. **Derechos del médico en la relación clínica.** Madrid: Editorial Comares, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Forense, 2002.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual**: biotecnologia e biodiversidade. São Paulo: Fiuza, 2011

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, J. Dias. **Teoria geral do Direito Civil**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1958.

MARTÍNEZ, Josefa Cantero. **La autonomía del paciente:** del consentimiento informado al testamento vital. España: Editorial Bomarzo, 2005.

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. **A responsabilidade penal do cirurgião plástico e a conduta do paciente.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado:** critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Ebook.

MATEO, Ramón Martín. **Bioética y derecho.** Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

MATOS, António Coimbra de. A identidade ameaçada e a transformação adaptativa a propósito do transplante de órgãos. In: FUNDAÇÃO LUSO-AMERICANA PARA O DESENVOLVIMENTO. **A condição humana:** ética, saúde e interesse público. Lisboa: Dom Quixote, 2009.

MAXIMIANO, Sandra. **Preferências Intergeracionais da população portuguesa.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2018. Disponível em: https://content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/sites/46/2019/02/13164404/Prefer%C3%AAncias-intergeracionais-da-popula%C3%A7%C3%A3o-portuguesa.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

MELO, Helena Pereira de. O direito a morrer com dignidade. In: **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 3, n. 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** Plano da eficácia. São Paulo: Saraiva, 2011a.

MELLO, Marcos Bernardes de: Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2011b.

MENDES, João de Castro. **Direito Civil:** Teoria geral. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1973.

MENDES, João de Castro. **Direito Civil:** Teoria geral. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1978.

MENDES, José Pinto. Comissões de ética para a saúde. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). **Direito da saúde:** estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

MENDES, Judas Thadeu Grassi. **Economia:** fundamentos e aplicações. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Recife, 2015a.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Ortotanásia:** o direito à morte digna. Curitiba: Juruá Editora, 2015b.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. O paciente em fim de vida como titular dos direitos da personalidade. In. ARAÚJO, Fernando (Dir.). **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** Ano 4. N. 6. Lisboa, 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_0039_0070.pdf?fbclid=IwAR09sYZ0JzwnZ_P96Rrj1rRHfXmI0BuvFsXX3VlljoE3HZqt5tTyAz-PlVs . Acesso em: 06 nov. 2018.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida; BELTRÃO, Silvio Romero. A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários. **Scientia Iuris,** Londrina, v. 22, n. 2, p.272-304, jul. 2018.

MENEZES, Sofia. Segredo médico: o princípio da confidência necessária (o caso particular do vih/sida). In. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 10, n. 20. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MÉRIDA, María Del Pino Acosta. **Seguro de vida y derecho de sucesiones.** Madrid: Dykinson, 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRANDA, Générosa Bras. La protection posthume des droits de la personnalité. In: **Les Cahiers de propriété intellectuelle.** Vol. 19, no 3. Éditions Yvon Blais, Montréal, 2007.

MIRANDA, Jorge. A Constituição e a dignidade da pessoa humana. **Revista Didaskalia**. Vol. 029 - Fasc. 1 e 2. Lisboa, 1999.

MIRANDA, Jorge. A constituição e o Direito do ambiente. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Marta Tavares de (Coords.). **Direito do Ambiente.** Lisboa: Instituto Nacional de Administração, 1994.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado:** parte geral. Tomo I. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado.** Tomo 26. Rio de Janeiro: Editor Borsói, 1959.

MOCHÓN, Francisco. **Princípios de Economia.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1995.

MONGE, Cláudia. **Das diretivas antecipadas de vontade.** Lisboa: AAFDL, 2014.

MONIZ, Helena. Risco e negligência na prática clínica. In: RUEFF, Maria do Céu (Coord.). **Direito da medicina:** eventos adversos, responsabilidade, risco. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

MORIN, Edgar. **O homem e a morte.** Lisboa: Publicações Europa-América, 1988.

MOURY, Catherine. **Perceções da classe política portuguesa sobre Justiça Intergeracional.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2018. Disponível em: https://content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/sites/46/2019/02/13164401/Perce%C3%A7%C3%B5es-da-classe-pol%C3%ADtica-portuguesa-sobre-a-Justi%C3%A7a-Intergeracional.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

MOZOS, José Luis de Los. **El principio de la buena fe:** sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosch, 1965.

MUÑOZ, Xavier O'Callaghan. **Compendio de derecho civil.** Parte general. Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

NAGELL, Hilde W. A penny for your thoughts – Ethics in sponsored research. In: GUNNING, Jennifer; HOLM, Søren (Eds.). **Ethics, law and Society**. UK: Ashgate, 2005.

NAZARIAN. Santiago. **Fé no Inferno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

NEGREIROS, Almada. **Textos de intervenção**. Vol. VI. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 1986.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Geraldo Oliveira dos Santos. **Código Civil Brasileiro de 2002**: Principais Alterações. Curitiba: Juruá, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Vol II. Coimbra: Almedina, 2016.

NUNES, Rui. Ética na relação com o doente. In: SERRÃO, Daniel; NUNES, Rui. **Ética em cuidados de saúde.** Porto: Porto Editora, 1998.

NUNES, Rui. Informação genética pessoal e informação de saúde. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2008.

NUNES, Rui. **Regulação da Saúde.** 3ª. Edição. Porto: Vida Económica, 2014.

NYS, Herman. Terapia gênica humana. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Org.). **Biotecnologia, direito e bioética:** perspectivas em direito comparado. Belo Horizonte: Del Rey; PUC Minas, 2002.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **SUS:** o desafio de ser único. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012.

O'NEILL, Onora. **Autonomy and Trust in Bioethics** Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

OGU, Michael I. Rational Choice Theory: assumptions, strenghts, and greatest weaknesses in apllication outside the western milieu context. **Arabian Journal of Business and Management Review**. (Nigerian Chapter) Vol. 1, No. 3, 2013.

OERTMANN, Paul. **Introducción al Derecho Civil.** Colección Labor. Barcelona-Buenos Aires, 1933.

OLIVEIRA, Guilherme. O Sistema Nacional de Notificação de Incidentes e Eventos Adversos (SNNIEA). In. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 9, n. 18. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme. **Temas de Direito da Medicina.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. O princípio da dignidade da pessoa humana e a regulação jurídica da bioética. In. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8, n. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Gabinete de Documentação e Direito Comparado.** [S. l.], [1984?]. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html. Acesso em: 20 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos.** Ficha Informativa sobre Direitos Humanos, [S. l.], n. 13, 2004. Disponível em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_13.pdf. Acesso em: 20 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum***.* Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

OSSWALD, Walter. **Da vida à morte:** horizontes da bioética. Lisboa: Gradiva, 2014.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano:** um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PAIS, Raul. **Direito civil:** apontamentos coligidos. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1936.

PARKIN, Michael. **Economia.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

PELLEGRINO, Edmund D. The goals and ends of medecine: how are they to be defined? In: HANSON, Mark J.; CALLAHAN, Daniel (Eds.). **The goals of medicine**:

the forgotten issues in health care reform. Washington D.C.: Georgetown University Press, 1999.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital.** Stvdia Ivridica. N. 55. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Da possibilidade de realização de autópsias ou outros exames post mortem a requerimento de particulares – estudo jurídico. . In. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8, n. 15. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Dever de documentação, acesso ao processo clínico e sua propriedade: uma perspectiva europeia**. Revista Portuguesa do Dano Corporal.** Ano XV, n. 16. Coimbra, 2006.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **Direitos do paciente e responsabilidade médica.** Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente:** estudo de direito civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Os direitos dos doentes. In: CAMPOS, António Correia de; SIMÕES, Jorge (Coords.). **40 anos de abril na saúde.** Coimbra: Almedina, 2014.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Processo clínico e mudança de unidade de saúde: anotação ao Acórdão do TRC de 10-10-2013 (2ª. Secção). In. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 10, n. 19. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. Responsabilidade médica e medicina defensiva. In: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos de Direito da Bioética**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2009.

PEREIRA, André Gonçalo Dias; BARBOSA, Carla. Confidencialidade da informação de saúde no direito português. In. **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 8, n. 16. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação médico-paciente:** o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PHELPS, Charles E. **Health Economics.** United States: Pearson Education, 2003.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; GHISI, Silvano. A manipulação de dados pessoais nas relações de consumo e o sistema “crediscore”. **Civilistica.com**. a. 4. n. 1. 2015.

PIDAL, Juan Menéndez. El derecho civil y el derecho social. In: **Estudios de derecho civil:** en honor del Prof. Castan Tobeñas. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1969.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O direito das sucessões**. Lisboa: AAFDL, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. **Direitos de personalidade e direitos fundamentais:** estudos. Coimbra: Gestlegal, 2018.

PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germanico**. Barcelona: Bosch, 1957.

PORTES, Louis. **À la recherche d'une éthique médicale.** Paris: Masson & Cie, Presses Universitaires de France, 1954.

PORTUGAL. **Código Civil.** Disponível em: http://www.codigocivil.pt/. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. **Código Civil Portuguez.** Segunda edição official. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868.

PORTUGAL. **Código de Direito do Autor e dos Direitos Conexos**. Lisboa, 2008. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 23 out. 2018;

PORTUGAL. **Código Penal.** 1995. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=109&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 26 nov. 2018.

PORTUGAL. **Código Penal Portuguez.** 1852. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1267.pdf/. Acesso em: 26 mar. 2018.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em: http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx/. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. **Decreto n. 32.171,** de 29 de julho de 1942. Disponível em: https://dre.tretas.org/dre/1085/decreto-lei-32171-de-29-de-julho. Acesso em: 20 jun. 2020.

PORTUGAL. **Decreto n. 48357** Disponível em: https://dre.tretas.org/dre/16804/decreto-lei-48357-de-27-de-abril. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 282/77,** de 05 de julho. Lisboa, 1977. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=868&tabela=leis&so_miolo=/. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n. 48 de 1995.** Lisboa, 1995. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34437675/view?q=c%C3%B3digo+penal/. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 40.651 de 1956. **Diário do Governo**. Lisboa, 1956. Disponível em: https://dre.pt/application/conteudo/56329/. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. **Decreto Regulamentar n. 63 de 1994**. Lisboa, 1994. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/621310/details/maximized?jp=true/en/en. Acesso em: 28 mar. 2018.

PORTUGAL. **Lei n. 12 de 2005.** Lisboa, 2005. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/624463/details/maximized. Acesso em: 28 mar. 2018.

PORTUGAL. **Lei n. 48 de 1990.** Lisboa, 1990. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/57483775/201812141104/57494538/diploma/indice?p_p_state=maximized. Acesso em: 28 mar. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 52 de 2012**. Lisboa, 2012. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/174841/details/normal?q=lei+de+bases+da+sa%C3%BAde/. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTUGAL. **Lei n.º 48 de 1990.** Diário da República. Disponível em: https://dre.pt/application/conteudo/574127/. Acesso em: 27 mar. 2018.

PORTUGAL. ORDEM DOS ENFERMEIROS. **Código Deontológico.** Disponível em: https://www.arslvt.min-saude.pt/uploads/writer_file/document/62/CodigoDeontologico.pdf/. Acesso em: 26 jun. 2020.

PORTUGAL. ORDEM DOS MÉDICOS. PORTUGAL. **Código Deontológico da Ordem dos Médicos.** Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1434&tabela=leis&ficha=1&pagina=1/ . Acesso em: 26 mar. 2018.

PORTUGAL. ORDEM DOS MÉDICOS. **Estatuto da Ordem dos Médicos.** 2015. Disponível em: http://ordemdosmedicos.pt/wp-content/uploads/2017/08/Novo_EOM_Lei_117_2015_31_Agosto_2015.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018.

PORTUGAL. PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DOS MINISTROS. **Proposta de Lei n.º 171/XIII.** Lisboa, 2018. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d5463784c56684a53556b755a47396a&fich=ppl171-XIII.doc&Inline=true. Acesso em: 14 de dezembro de 2018.

PORTUGAL. SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. **SIGA:** SNS – Sistema Integrado de Gestão do Acesso no Serviço Nacional de Saúde. Lisboa, 2016. Disponível em: https://www.sns.gov.pt/sns/sistema-integrado-de-gestao-do-acesso-no-servico-nacional-de-saude-siga-sns/ . Acesso em 28 mai. 2020.

PORTUGAL. SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. **SINAVE:** Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica. Lisboa, s/d. Disponível em: https://www.dgs.pt/servicos-on-line1/sinave-sistema-nacional-de-vigilancia-epidemiologica.aspx. Acesso em 18 jun. 2020.

PORTUGAL. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO. **Acórdão RP20150708487/11.6TBMTS.P1.** Relator Rui Moreira. Porto, r 08/07/2015. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0b4fbe780120452880257e96003b28e2?OpenDocument. Acesso em: 22 mar. 2018.

PORTUGAL. TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. **Acórdão 4/05.7TBMNC.G1**. Relatora Helena Melo. Guimarães, 30/05/2013. Disponível em: http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/4a95b05838d04cf080257b90003bcabb. Acesso em: 22 mar. 2018.

POSNER, Richard. ***Fronteiras da Teoria do Direito.*** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PRAÇA, J. J. Lopes. **A mulher e a vida ou a mulher considerada debaixo dos seus principais aspétos.** Coimbra: Edições Colibri, 1872.

PRICE, Jorge Merchán. **Ética médica, abusos y atropellos**. Bogotá: Ediciones de la U, 2012.

QUEIRÓS, Eça de. **O Conde d'Abranhos.** 1925. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eq000004.pdf. Acesso em: 22 mar. 2018.

QUEIROZ, Maria João. SOAP Revisitado. **Revista Portuguesa de Clínica Geral**. N. 25. Lisboa, 2009.

RABINOW, Paul. **The Foucault reader:** an introduction of Foucault's thought, with major new unpublished material. New York: Pantheon Books, 1984.

RAMÍREZ, José Maria Porras. Significado y alcance de la apelación al princípio constitucional de la dignidade de la persona em España. In: NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo. **A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2018.

RAMOS, Vitor. **A consulta em 7 passos**: execução e análise crítica de consultas em medicina geral e familiar. Lisboa: VFBM Comunicação, 2008.

RAPOSO, Vera Lúcia**. O direito à imortalidade:** o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. Coimbra: Almedina, 2014.

RAS, Aurelio. **Reflexiones sobre la economía**. Madrid: Librería Beltrán, 1944.

RESCIGNO, Pietro. La conclusione del discorso. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; BONESCHI, Luca. **Il diritto alla identità personale**. Bologna: Padova, 1981.

RIBEIRO, José Mendes. **Saúde:** a Liberdade de Escolher. Lisboa: Ed. Gradiva, 2009.

RICOU, Miguel. Ética e saúde mental. In: SERRÃO, Daniel; NUNES, Rui. **Ética em cuidados de saúde.** Porto: Porto Editora, 1998.

RIDOLA, Paolo. **A dignidade da pessoa humana e o "princípio liberdade" na cultura constitucional europeia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité de Droit Civil:** D'après le Traité de Planiol. Tome Premier. Paris: Librairie de Droit et de Jurisprudence, 1956.

RITCHEY, Tom. Wicked problems: Modelling Social Messes with Morphological Analysis. In: **Acta Morphologica Generalis**. Vol. 2. N. 1. Sweden: Swedish Morphological Society, 2013.

RITTEL, Horst W. On the Planning Crisis: Systems Analysis of the 'First and Second Generations'. In: **Bedriftsøkonomen.** N. 8. Oslo, 1972.

RITTEL, Horst W.; WEBBER, Melvin M. Dilemmas in a General Theory of Planning. In: **Policy Sciences**. N. 4. Amsterdam: Elsevier Scientific Publishing, 1973.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. Ebook.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta:** o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente

indeterminado do Direito Moderno. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Departamento de Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

RODRIGUES, João Vaz. Do exercício da medicina: dos “médicos escravos para escravos e (dos) médicos livres para os homens livres”. In: LOUREIRO, João; PEREIRA, André Dias; BARBOSA, Carla (Coords.). **Direito da saúde:** estudos em homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2016.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. Ebook.

ROMAIN, Jean-François. **Théorie critique du príncipe general de bonne foi en droit privé.** Bruxelas: Bruylant, 2000.

ROSE, Nikolas. **A política da própria vida:** biomedicina, poder e subjetividade no século XXI. São Paulo: Paulus, 2013.

ROWLAND, Robyn. Ética: política das relações na tecnologia de reprodução e no rastreio genético. In: FUNDAÇÃO LUSO-AMERICANA PARA O DESENVOLVIMENTO. **A condição humana:** ética, saúde e interesse público. Lisboa: Dom Quixote, 2009.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. **La buena fe:** el principio general en el derecho civil. Madrid: Montecorvo, 1984.

RUEFF, Maria do Céu. **O segredo médico como garantia de não-discriminação:** estudo de caso: HIV/SIDA. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RUEFF, Maria do Céu. Prefácio. In: RUEFF, Maria do Céu (Coord.). **Direito da medicina:** eventos adversos, responsabilidade, risco. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2013.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SÁNCHEZ-CARO, Javier; ABELLÁN, Fernando. **Derechos del médico en la relación clínica.** Madrid: Editorial Comares, 2006.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito das sucessões.** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

SARAIVA, Margarida Pimentel; COURRÈGE, Orlando García-Blanco. **Direito Civil**: conclusão do estudo da teoria geral da relação jurídica. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1938.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico.** Ano I. Vol. I.N. I. Salvador, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre A dignidade (da pessoa) Humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. **Revista Opinião Jurídica**; Ano 13, n. 17, p.249-267. Fortaleza, 2015.

SARTEA, Claudio. Aventuras y desventuras del derecho a la privacidad. In: SANTOS, José Antonio; ALBERT, Marta; HERMIDA, Cristina. **Bioética y nuevos derechos.** Granada: Comares, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição***.* São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea:** em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011.

SERRANO, Mário (Relator). **Parecer do Conselho Consultivo da PGR.** Parecer n. P000302005. Portugal, 01 set. 2005. Disponível em: http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/005c6694ec0bfe2980256fba0051ebcc?OpenDocument&ExpandSection=-2#_ftn1. Acesso em: 18 out. 2018.

SERRASQUEIRO, Mafalda. Moral ou dignidade no lenocínio: um crime à procura de um bem jurídico. In: NOVAIS, Jorge Reis; FREITAS, Tiago Fidalgo. **A dignidade da pessoa humana na justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2018.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética:** II – Aspectos médico-sociais. São Paulo: Loyola, 1997.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro, FGV, 2008.

SILVA, João Ribeiro da. **Perspectivas da bioética:** bioética contemporânea III. Lisboa: Edições Cosmos, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Manuel Duarte Gomes da. **Esboço de uma concepção personalista do Direito**: Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. XVII. Lisboa: F. D. L., 1965.

SILVA, Nilson Tadeu Reis C.; SERRA, Márcia de Fátima. **A tutela dos transplantes sob a ótica dos direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris., 2017.

SILVA, Suzana Tavares da. O problema da justiça intergeracional em jeito de comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013. **Cadernos de Justiça Tributária**. n.º 00. Centro de Estudos Jurídicos do Minho. Abril/Junho, 2013.

SILVEIRA, Luís Lingnau da. Família e proteção de dados pessoais. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Vol I. Direito da família e das sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SINGER, Paul. **Aprender economia.** São Paulo: Contexto, 2010.

SINGER, Paul. **O que é economia.** São Paulo: Contexto, 2011.

SIQUEIRA, José Eduardo de. Contribuição da bioética para a evolução das ciências: a prática clínica. In: NEVES, Maria do Céu; LIMA, Manuela (Coords.). **Bioética ou bioéticas:** na evolução das sociedades. Edição Luso-Brasileira. Coimbra: Gráfica de Coimbra 2, 2005.

SOLOW, Robert M. **Sustainability: an economist's perspective.** Lecture to the Marine Policy Center, Woods Hole Oceanographic Institution, Woods Hole, Massachusetts, on june 14, 1991. Disponível em: http://www.owlnet.rice.edu/~econ480/notes/sustainability.pdf. Acesso em 07 abr. 2020.

SORIANO, Vicente T. **El derecho civil desde la codificacion hasta el tempo presente.** S/l.: F. D.L., 1975.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. As partes especiais dos direitos da família e das sucessões, a parte geral e as outras partes especiais no Código Civil. In: FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Vol I. Direito da família e das sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de**. Lições de direito das sucessões.** Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SPÍNOLA, **António de. No caminho do futuro**. Lisboa: Agência-Geral do Ultramar, 1972.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente.** Coleção Qualitas. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STARCK, Boris. **Droit Civil:** Introduction. Paris: Librairies Techniques, 1972.

STEIMER, Rudolf. **Versos para Época de Micael**. Bremen,1910.

SURBLED, Georges. **A moral nas suas relações com a medicina e a higiene**: a vida orgânica. Tômo terceiro. Pôrto: Editôra Educação Nacional, 1940.

TABAK, Tatiana. **(não) Resolução de (não) problemas:** contribuições do Design para os anseios da Educação em um mundo complexo. Dissertação (Mestrado em Design). Departamento de Artes & Design - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.

TEDESCO, João Carlos. Memória, experiência e velhice: a recordação significativa. In: PASQUALOTTI, Adriano; PORTELLA, Marilene Rodrigues; BETTINELLI, Luiz Antonio (Orgs.). **Envelhecimento humano:** desafios e perspectivas. Passo Fundo: Editora UPF, 2004.

TERRÉ, François. **Introduction générale au droit.** Paris: Dalloz, 1998.

THE SAME old story. (Temporada 1, ep. 2). **Fringe** [Seriado]. Direção: Paul A. Edwards. Produção: Alex Kurtzman, Roberto Orci, J.J. Abrams, Jeff Pinkner, Bryan Burk. Distribuidora: Warner. DVD (50 min), son., color.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Justiça de Santos determina exclusão da Aids como causa de morte em certidão de óbito.** 2014. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/118056438/justica-de-santos-determina-exclusao-da-aids-como-causa-de-morte-em-certidao-de-obito. Acesso em: 15 ago. 2020.

TZITZIS, Stamatios. Droits de l'homme et droit humanitaire: mythe et réalité. In: PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios (Orgs.). **Droits fundamentaux et spécificités culturelles**. Paris: Editions L'Harmattan, 1997.

TJDFT. MACHADO, Alfeu (Rel.). **Acórdão n.1093175,** 20160111243320APC. 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 02/05/2018, Publicado no DJE: 08/05/2018. Pág.: 486/511. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/dano-moral-no-tjdft/legitimidade/dano-moral-reflexo-ou-por-ricochete. Acesso em: 28 out. 2018.

TOBEÑAS, José Castán. **Hacia um nuevo derecho civil.** Madrid: Editorial Reus, 1933.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967a.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil.** Madrid. Vol. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967b.

TRÍAS, Octavi Quintana. Bioética y consentimento informado. In: CASADO, Maria (Coord**.). Materiales de Bioética y Derecho.** Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

TUHR, A. Von. **Derecho civil:** teoria general del derecho civil alemán. Vol. I. Trad. Tito Ravá. Barcelona: Marcial Pons, 1998.

TUNC, André. **La responsabilité civile.** Paris: Economica, 1989.

UNIÃO EUROPEIA. **Reforma das regras de proteção de dados na União Europeia:** o que são dados pessoais? s/d. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform_pt. Acesso em 24 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679,** do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em: 24 de jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Health & Human Services. **Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996**. Disponível em: https://www.hhs.gov/hipaa/for-professionals/index.html. Acesso em 01 mar. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. SUPREME COURT. **Justia.** Griswold v. Connecticut 381 US 479. 1965. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/#annotation. Acesso em: 18 aug. 2018.

VANNIER, Guillaume. De l'universalité et de la particularité des droits de l'homme. In: PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios (Orgs.). **Droits fundamentaux et spécificités culturelles**. Paris: Editions L'Harmattan, 1997.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Bioética: a relação típica do médico com o doente. In: SILVA, João Ribeiro da; BARBOSA, António; VALE, Fernando Martins (Coords.). **Contributos para a Bioética em Portugal.** Lisboa: Edições Cosmo, 2002a.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral de Direito Civil.** Vol II. Coimbra: Almedina, 2002b.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra, Almedina, 2015.

VEAKH, Robert M. As comissões de ética hospitalar ainda têm função? **Revista Bioética.** Vol. 6 N. 2. Brasília, 1998. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/343/410. Acesso em: 01 set. 2020.

VEATCH, Robert M. **Bioética.** São Paulo: Pearson, 2014.

VENTURA, Catarina Sampaio. O Direito à Saúde Internacionalmente Conformado: Uma Perspectiva de Direitos Humanos. In: **Lex Medicinae**: Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 2, n. 4. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VERNIS, Miguel Moreno. Documentación clínica: organización, custodia y acceso. In: HIERRO, José Manuel Fernández (Coord.). **La historia clínica.** Granada: Editorial Comares, 2002.

VIEIRA, Péricles Saremba; BAGGIO, André. O envelhecimento sob o paradigma da corporeidade. In: SANTI, Janaína Rigo; BERTOLIN, Telma Elita; DIEHL, Astor Antônio (Orgs.). **Envelhecimento humano:** saúde e qualidade de vida. Passo Fundo: Editora UPF, 2009.

WAGNER, Wienczyslaw J.Le « droit à l'intimité » aux Etats-Unis. In: **Revue internationale de droit comparé**. Volume 17. Numéro 2. 1965.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, 1890. Disponível em: https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf. Acesso em: 21 nov. 2018.

WEED, Lawrence L. Medical records that guide and teach. **New England Journal of Medicine.** Vol. 278, N. 11. 1968.

WEISS, Edith Brown. Intergenerational equity: A legal framework for global environmental change. In: WEISS, Edith Brown (Ed.). **Environmental Change and International Law:** new challenges and dimensions. Tokyo: United Nations University Press, 1992.

WEIZSÄCKER, Viktor von**. Escritos de antropología médica**. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2009.

WIEACKER, Franz**. El principio general de la buena fe.** Madrid: Editorial Civitas, 1977.

WMA. **Código Internacional de Ética Médica.** 2006. Disponível em: https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/. Acesso em: 20 mar. 2018.

WMA. **Declaration of Geneva.** 2017. Disponível em: https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-geneva/. Acesso em: 20 mar. 2018.

WMA. **Declaration of Sydney on the determination of death and the recovery of the organs.** 1968. Disponível em: https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-sydney-on-the-determination-of-death-and-the-recovery-of-organs/. Acesso em: 01 mar. 2018.

WMA. **Declaration of Taipei.** 2016. Disponível em: https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-taipei-on-ethical-considerations-regarding-health-databases-and-biobanks/. Acesso em: 20 mar. 2018.

ZAHER, Vera Lúcia. Um passeio pela bioética. In: GIMENES, Antonio Cantero et al. (Eds.). **Dilemas acerca da vida humana:** interfaces entre a Bioética e o Biodireito. São Paulo: Editora Atheneu, 2015.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Omissão de socorro médico e sigilo médico. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares. (Coord.). **Responsabilidade civil na área da saúde.** Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2009.