

**Parecer nº 73/99**

Data: 1999.05.24

Processo nº 545

Requerentes: Sidónio Figueira da Silva e Maria Gorete de Sousa

**I – Factos**

1. Sidónio Figueira da Silva e Maria Gorete de Sousa, representados pelo Advogado José António Ferreira, pretendem, para efeito de registo civil, que o Hospital de São José emita:
  - a) Certidão de toda a documentação clínica e administrativa do depósito ou transladação do corpo de sua filha de nome Maria Adriana Sousa da Silva (também possivelmente identificada nos serviços hospitalares como Maria Adriana Silva Gomes), falecida no decurso de acto operatório efectuado no Hospital de Santa Marta, mas transferida, por falta de casa mortuária, para o Serviço de Anatomia Patológica do Hospital de São José;
  - b) Certidão de onde conste haver de tal depósito ou transladação sido dado conhecimento aos ora requerentes, seus pais, e terem estes dado o seu consentimento para o efeito;
  - c) Certidão de onde conste o destino dado ao corpo da referida Maria Adriana pelo Serviço de Anatomia Patológica do Hospital de São José.
2. O Hospital de São José recusa expressamente a emissão de certidão com os dados mencionados na alínea a) do número anterior, por entender que o pedido deve ser fundamentado e que a comunicação documental não é possível através de certidão entregue a advogado mas apenas a médico designado pelos requerentes (nº 1 do seu ofício 000476, de 2.2.1999).

Quanto à comunicação da mudança de hospital aos ora requerentes e à obtenção do consentimento destes para essa transladação, o Hospital de São José remete para o de Santa Marta, a quem, acrescenta, cabe deter tais informações (nº 2 do referido ofício).

No nº 3 do mesmo ofício o Hospital de São José declara que, “conforme se pode verificar do documento de onde consta o depósito da falecida, não é possível prestar informação sobre o destino do corpo” e que “o procedimento habitual na data era o de comunicar à Santa Casa da Misericórdia, que promovia todos os procedimentos com vista ao enterramento, no caso de os corpos não serem reclamados”.

Apesar de assim informar ser habitual na época do falecimento da Maria Adriana tal comunicação à Santa Casa da Misericórdia, o Hospital de São José não passou certidão da comunicação desse género que haja efectuado a respeito do referido cadáver nem explicou porque não a emitia.

## II – Direito

1. Nos termos da Lei nº 65/93, de 26 de Agosto – Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA) –, um serviço ou organismo da Administração Pública detentor de documentação deve comunicá-la, mesmo que outras instituições também detenham documentação com as mesmas informações: o interessado é livre de a requerer onde lhe aprouver.

Mas, à face da LADA, se não detém a documentação pretendida (independentemente da procedência das razões por que tal acontece, questão que teria de ser discutida noutra sede), a instituição requerida não está obrigada a procurá-la em serviços de outras instituições para satisfazer a pretensão que lhe foi apresentada; deve, sim, informar – se souber ou lhe for exigível que saiba por dever de ofício – onde a mesma pode ser obtida.

Assim, não detendo as informações a que respeitam as alíneas b) e c) do número 1 do capítulo I, o Hospital de São José, ao informar do facto os requerentes e ao remetê-los para as entidades que considera que as devem deter, cumpriu a lei quanto a essas duas alíneas do pedido, excepto no referente à aludida comunicação feita ou trocada com a Santa Casa da Misericórdia: tal documentação é, pelas suas características, de acesso livre, sendo obrigatória a emissão de certidão com o respectivo conteúdo aos peticionantes e ilegal a recusa ou ocultação de tal informação.

2. A recusa de acesso a toda a documentação hospitalar, clínica e administrativa, referente ao falecimento, depósito e transladação do corpo, com base na falta de fundamentação e de intermediação médica, merecem uma análise mais aprofundada, na hora de mudança de critério em face da redacção final da Proposta de Lei nº 246/VII, que altera a LADA e que foi recentemente aprovada como Decreto da Assembleia da República para ser promulgado, referendado e publicado como lei.

Esse novo diploma em curso de promulgação e publicação substitui o actual preceito do nº 2 do artigo 8º da LADA por outro, a que coube o nº 3 do mesmo artigo, com a seguinte redacção: A comunicação de dados de saúde, incluindo dados genéticos, ao respectivo titular, faz-se por intermédio de médico por ele designado. Este texto diz, por outras palavras, praticamente o mesmo que o nº 5 do artigo 11º da recente Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais - LPDP), cujo teor é: O direito de acesso à informação relativa a dados de saúde, incluindo os dados genéticos, é exercido por intermédio de médico escolhido pelo titular dos dados.

Aquela nova opção do legislador obteve parecer favorável da CADA e seguiu doutrina que se foi afirmando, ao longo do último ano, no seio desta Comissão, como recomendável de jure condendo.

Assim, por força desta alteração, desaparece, nos casos de acesso por parte de terceiros, a exigência de intermediação médica, que vinha sendo feita de acordo com o sentido conferido pela CADA ao conceito de interessado utilizado no dito nº 2 do artigo 8º da LADA, do seguinte teor: As informações de carácter médico só são comunicadas ao interessado por intermédio de um médico por si designado.

É verdade que essa nova redacção do preceito ainda não é lei vigente; mas esta deve ser, desde já, a interpretação a seguir, por duas razões:

- A LPDP é aplicável em geral a todos os dados pessoais na medida em que disciplina a matéria em apreço. É verdade que a preservação de dados pessoais tem que ver, em regra, com o acesso do próprio à sua informação pessoal e especialmente com a questão da auto-determinação informacional; mas várias são as normas aí insertas com a preocupação de reservar o acesso do próprio e de impedir ou pelo menos dificultar o acesso de terceiros, a estes colocando obstáculos no acesso à informação alheia. Em face da mudança de orientação que recentemente se vinha constatando, na doutrina da CADA, sobre eliminação da intermediação médica em casos de acesso a dados pessoais de terceiros, a LPDP, se entendesse demarcar-se dela, podia tê-lo feito, mesmo saindo um pouco do seu âmbito estrito, reafirmando o regime assim em crise. De certo modo, a LPDP (e a própria LADA) vão além do que é exigível na lógica de legislações de carácter geral, ao tratar do acesso a dossiers médicos, matéria nominativa específica que bem podiam, como acontece noutras legislações, deixar para o direito da saúde.
- Se bem que se possa discutir ou relativizar este argumento, a verdade é que o tempo e a prática de alguns anos se encarregaram de pôr em crise a doutrina da CADA sobre a exigência de intermediação médica no acesso de terceiros a dossiers clínicos: é difícil, nesses casos, invocar convincentemente a ratio legis do perigo que uma comunicação incontrolada pode ter para a saúde psicológica do doente (porventura, em alguns desses casos, já ex-doente, porque já curado ou já falecido). Os argumentos a favor dessa tese que, a certa altura,

assumiram relevância decisiva para a maioria dos Membros da CADA originando a doutrina ora rejeitada pelo legislador, por muito peso que tenham (ou tenham tido), não devem ser mantidos neste momento em que a CADA, apoiando a alteração legislativa, já se pronunciou contra eles.

Com a entrada em vigor do novo articulado, estaremos perante norma expressa que apenas exige a intermediação médica ao doente. Porém, pode e deve a CADA passar, desde já, a generalizar a interpretação do citado nº 2 do artigo 8º à luz deste novo enfoque – e que consta de alguns dos seus mais recentes pareceres – de que o interessado (na redacção desta referida norma) não abrange terceiros mas apenas os próprios titulares dos dados de saúde, em relação aos quais (e só aos quais) colhe a ratio legis da remissão para um médico da decisão de os comunicar, e em que termos, na defesa da sua sanidade, nomeadamente psicossomática, e na correcta observância dos métodos terapêuticos.

No fundo, esta orientação apenas antecipa a nova opção legislativa, actualizando a doutrina da CADA à luz dos novos argumentos que, sendo adoptados pelo legislador, seria descabido não acolher desde já, até porque – temos de convir – o preenchimento do referido conceito legal de interessado sempre se apresentou algo impreciso e difícil de balizar.

3. Quanto à fundamentação do pedido de acesso – que o Hospital de São José considera de exigir –, entendemos ser para o efeito suficiente a necessidade que os requerentes invocam de fazer inscrever no registo civil o óbito da sua filha Maria Adriana.

### III –Parecer

A CADA é de parecer que o Hospital de São José deve facultar aos requerentes ou ao seu advogado o pretendido acesso a toda a documentação que detenha sobre a falecida Maria Adriana.

Aprovado na sessão de 24 de Março de 1999.

*Castro Martins (Presidente) – José Magalhães - Narana Coissoró – João Figueiredo – Vasco Almeida - Francisco de Brito - José Renato Gonçalves (nos termos da declaração de voto que junta)- Branca do Amaral – João Labescat*

## Declaração de voto

1. Subcrevo o Parecer, tal como aconteceu em outros de idêntico teor já aprovados pela CADA.

Porém, no que toca à sua fundamentação, quero suscitar um problema já levantado antes, especialmente em debate da Comissão, que é o da qualificação dos requerentes.

Nos casos em que se pretende o acesso a documentos contendo informações relativas a falecido, o(s) requerente(s) tem(têm) sido qualificado(s) como terceiro(s) - o que, curiosamente, não é feito expressamente neste Parecer (embora constitua um pressuposto).

Tal qualificação não se afigura indiscutível, ao menos quando estiverem em causa os direitos referidos no art. 71º do Código Civil - como sucede aqui.

2. De acordo com o artigo 71º do Código Civil, os direitos de personalidade gozam de protecção depois da morte do respectivo titular, tendo legitimidade para promover a sua defesa, entre outros, os ascendentes do falecido.

A maioria da doutrina considera que os direitos de defesa referidos são próprios e não alheios. Nas palavras do Prof. Castro Mendes, só as pessoas vivas têm verdadeiramente direitos subjectivos (*Teoria Geral do Direito Civil*, Lisboa, 1978, I, 233). Em sentido convergente se pronunciaram, entre outros, os Profs. Galvão Telles, por exemplo em *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 4ª edição, Coimbra, 1980, nº 15, Mota Pinto, *Teoria Geral*, 2ª edição, 201, e Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, Lisboa, 1983, I, 214.

Diversamente se posicionam os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela (*Código Civil Anotado*, I, Coimbra, 1987, *sub* artigo 71º): « em certa medida, a protecção dos direitos de personalidade depois da morte constitui um desvio à regra do artigo

68º». Especificamente quanto ao regime de acesso aos documentos administrativos, diz o Prof. Fernando Condesso: «...quem morreu também tem o direito a uma boa memória junto da própria família» (“Acesso aos Documentos da Administração Hospitalar”, in *Encontro CADA/SAUDE*, Lisboa, 18 de Março de 1998, 19).

Tem sido esta, igualmente, a doutrina sustentada por esta Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos. Mas, isso não impede que se a questione e, se razões bastantes houver, que se a altere.

3. Para quem entenda que os direitos de defesa previstos no artigo 71º do Código Civil são próprios e não do *de cuius*, os dados a este relativos certamente «dirão respeito» às pessoas aí mencionadas.

A maioria da doutrina considera que ocorre uma transmissibilidade das situações pessoais do *de cuius*. As situações que pertenciam ao *de cuius* transmitir-se-iam com a morte para as pessoas enunciadas pela lei, ou, segundo outra óptica, estas pessoas sucederiam ou ingressariam na posição antes ocupada pelo *de cuius*. A este propósito o Prof. Galvão Telles fala em sucessão obrigatória, porque insusceptível de ser aceite ou repudiada (*op. e loc. cit.*). Mas nem todos os autores admitem tal transmissibilidade. É o caso do Prof. Oliveira Ascensão para quem o objecto da sucessão se restringe às situações jurídicas patrimoniais (*Direito Civil. Sucessões*, 4ª ed. Coimbra, 1989, Nº 18).

Se as pessoas enunciadas no artigo 71º como que ingressam na posição do *de cuius* nos casos de defesa dos direitos previstos naquele artigo, não deveriam ser qualificadas como terceiros quanto às informações respeitantes a quem já faleceu.

E, porventura, nem o poderiam ser nos casos em que pretendessem actuar direitos não resultantes de "sucessão" .

As informações referentes ao *de cuius* passam a «dizer respeito» aos seus «sucessores», a quem a lei atribui protecção de interesses relacionados com o *de cuius* e os meios de defesa respectivos. Se após a morte as informações dizem



respeito àquelas pessoas, porque ingressam nas situações jurídicas que antes cabiam ao *de cuius*, elas deixam de poder ser qualificadas como terceiros, ficando então dispensadas de demonstrar interesse directo e pessoal, o que a lei só exige aos terceiros (artigo 7º/2 da LADA).

4. A solução não terá de ser idêntica para quem afaste a sucessão dos direitos pessoais.

O artigo 71º do Código Civil atribuiria direitos de defesa diversos dos direitos pessoais do *de cuius*, porque estes se extinguiriam com a morte – que faz cessar a personalidade (artigo 68º do mesmo diploma).

Como os direitos atribuídos pelo artigo 71º não se confundem com os direitos pessoais, as informações que integrassem estes poderiam merecer uma tutela especial de reserva da intimidade da vida privada, que se manteria depois da morte e seria assegurada pelo Estado, designadamente através da CADA.

Todavia, uma coisa são os direitos pessoais outra as informações relativas ao *de cuius*. Ora, se estas não pertencem ou «não respeitam» às pessoas enunciadas no artigo 71º – nem ao *de cuius*, porque a respectiva personalidade já se extinguiu – então a quem pertencem ou a quem respeitam? Ao Estado? Por força de que disposição jurídica?

5. Menos duvidosa afigura-se a qualificação das pessoas referidas no artigo 71º como terceiros para quem aceite a tese segundo a qual é possível a protecção dos direitos de personalidade após a morte, não enquanto direitos transmitidos aos sucessores mas como desvio ao princípio da cessação da personalidade com a morte (previsto no artigo 68º também do Código Civil).

Em defesa deste entendimento pode insistir-se na falta de coincidência de interesses entre o *de cuius* e os seus sucessores por existir um núcleo de direitos pessoais, entre os quais se evidenciam os direitos de personalidade, que nunca se iriam confundir com o(s) sucessor(es), não podendo por estes ser adquiridos em

caso algum. Assim, os dados que integram a intimidade da vida privada «do *de cuius*» não diriam respeito aos seus «sucessores».

Daqui se concluiria que as pessoas mencionadas no artigo 71º deveriam ser qualificadas sempre como terceiros em relação a tais dados, mesmo quando actuassem em defesa dos direitos aí atribuídos.

Mas conviria esclarecer a quem caberiam tais dados tendo ocorrido a morte do seu (anterior) titular.

Se a morte cessa a personalidade (artigo 68º do Código Civil) a alguém deve pertencer, depois, a titularidade dos direitos referidos no artigo 71º. Para quem julgue que os direitos de personalidade são insusceptíveis de transmissão, a natureza daqueles direitos será distinta e a sua titularidade caberá às pessoas referidas no artigo, porque da lei não resulta a atribuição desses direitos a outra pessoa.

Alternativamente, poder-se-á dizer que o artigo 71º do Código Civil constitui um desvio à regra da cessação da personalidade com a morte (artigo 68º). Mas esta resposta leva-nos longe, talvez demasiado longe. Se a personalidade não cessa com a morte nas situações previstas no artigo 71º, então quando cessará? Ou não cessará nunca? Isso significaria, pura e simplesmente, o afastamento do disposto no artigo 68º. A sustentação desta explicação não se mostra, parece-nos, muito sólida.

Por outro lado, faltarão justificação, também no plano dos factos, para exigir a alguém a demonstração de interesse directo e pessoal em relação a certos documentos quando precisamente essa(s) pessoa(s) é que poderá(ão) promover a defesa dos direitos relativos às informações integradas naqueles documentos. Se essa(s) pessoa(s) de algum modo «representa(m)» o *de cuius* para defender a sua memória também o haveria(m) de «representar» para o acesso aos documentos respectivos, sem necessidade de demonstração de interesse directo e pessoal –

afinal, o interesse em proteger a «sua» memória «caberia ao *de cuius*» [naturalmente, com excepção dos casos em que fosse devida uma indemnização, porque esta já seria do interesse ou já respeitaria ao(s) «sucessor(es)» vivo(s)].

6. Julgar-se-á que esta última perspectiva melhor contribuirá para a composição dos interesses em jogo por haver informações relativas ao *de cuius* abrangidas pela reserva da intimidade da vida privada, a qual jamais deveria ser injustificadamente invadida pelos seus «sucessores».

Mas não é líquido que seja assim. Esta Comissão dificilmente poderia vedar o acesso a informações pessoais relativas ao *de cuius* quando requerido pelas pessoas mencionadas no artigo 71º do Código Civil, para efeitos da actuação dos direitos atribuídos por esse dispositivo legal, pela razão simples de que daí decorreria o respectivo "interesse directo e pessoal".

O «interesse directo e pessoal» resultaria da necessidade das informações «relativas ao *de cuius*» para o requerente poder actuar direitos próprios (enunciados no artigo 71º do Código Civil).

A exigir-se o parecer prévio desta Comissão sobre o interesse directo e pessoal do requerente, a única questão a solucionar seria a de saber se os dados «relativos» ao *de cuius* deveriam considerar-se necessários para o requerente fazer valer direitos seus mas «igualmente relativos» ao *de cuius*. A resposta seria, inevitavelmente, positiva.

A intervenção da Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, nestes casos, revelar-se-ia inútil e tautológica. Repetiria a lei. Afirmaria o óbvio e inevitável. «Solucionaria» o já dirimido pela própria lei.

7. Pode dizer-se ainda que a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos é posterior ao Código Civil e, por isso, visaria uma alteração do regime anterior.

Não é seguro que seja assim. Do Código do Processo Civil e do Código Civil já resultava, sem dúvida, o direito dos requerentes exercerem plenamente o acesso aos documentos com informações pessoais do *de cuius*, sob pena de se impossibilitar o exercício dos direitos atribuídos pelo artigo 71º.

Ora, não se afigura que o regime da LADA tivesse em vista alterar essa situação, para mais dificultando o acesso a dados com recurso a uma via enviesada de controlo sem efeitos úteis. Que direitos, que interesses e que pessoas se estaria a defender? Os direitos e interesses do Estado? A memória do *de cuius*? Mas será possível defender «a memória do *de cuius*» contra os seus sucessores ou titulares dos direitos a ele relativos?

Em caso de ofensa de qualquer natureza «à memória do *de cuius*» os efeitos respectivos repercutem-se, certamente, nas pessoas referidas no artigo 71º do Código Civil ... Qualquer indemnização devida passará a integrar o seu património, por terem sido essas as pessoas lesadas... O procedimento criminal por «ofensa à memória de pessoa falecida» (artigo 185º do Código Penal) depende de acusação particular, que cabe ao cônjuge sobrevivente não separado, aos descendentes e aos ascendentes (artigo 113º/2 do Código Penal)...

8. O artigo 7º/2 da LADA pressupõe que os documentos nominativos e os elementos neles contidos dizem respeito a alguém, a uma dada pessoa. Extinta a personalidade do *de cuius*, esse alguém será constituído, quanto aos documentos nominativos com informações àquele relativas, pelas pessoas enunciadas no artigo 71º do Código Civil. À luz do ordenamento vigente parecerá ficção supor a subsistência da personalidade de alguém após a sua morte.

O parecer desta Comissão (artigo 8º/3 da LADA) justifica-se nos casos em que as posições dos sujeitos (terceiro interessado e titular dos dados – a quem estes dizem respeito) não coincidem. Desta não coincidência de posições resulta divergência ou conflito de interesses, tendo a intervenção da CADA por função

dirimir este conflito de interesses, de quem pretende ter acesso à informação e da pessoa a quem os dados respeitam.

a) José Renato Gonçalves