O DIREITO DE DIZER ADEUS: Faticidade e Juridicidade

THE RIGHT TO SAY GOODBYE: Facticity and Legality

Taisa Maria Macena de Lima[*]
Maria de Fátima Freire de Sá[**]

RESUMO

O presente texto tem por objetivo verificar a possibilidade de qualificar o direito de dizer adeus como um direito da personalidade. A partir do estudo das categorias das situações jurídicas subjetivas voltadas para a proteção da dignidade da pessoa humana, refletiu-se sobre a inclusão do direito de dizer adeus na categoria dos direitos da personalidade. Em seguida, com base em diferentes classificações doutrinárias, buscou-se fundamentar esse novo direito subjetivo. Ao final, fez-se o confronto entre o reconhecimento de um direito na ordem jurídica nacional e a sua efetividade, sobretudo, em tempos de pandemia, quando o direito social à saúde concorre com os direitos personalíssimos.

Palavras-chave: Dignidade humana. Direitos da personalidade. Direito de dizer adeus. Direito social à saúde. Pandemia.

ABSTRACT

This text aims to verify the possibility of qualifying the right to say goodbye as a personality right. From the study of the categories of subjective legal situations aimed at protecting human dignity, it was reflected on the inclusion of the right to say goodbye in the category of personality rights. Then, based on different doctrinal classifications, it was sought to justify this new subjective right. In the end, there was a confrontation between the recognition of a right in the national legal system and its effectiveness, especially in times of pandemic, when the social right to health competes with personality rights.

Keywords: Human dignity. Personality rights. Right to say goodbye. Social right to health. Pandemic.

> [...] Somos muitos Severinos iguais em tudo na vida: na mesma cabeça grande que a custo é que se equilibra, no mesmo ventre crescido sobre as mesmas pernas finas, e iguais também porque o sangue que usamos tem pouca tinta. E se somos Severinos iguais em tudo na vida, morremos de morte igual, mesma morte severina: que é a morte de que se morre de velhice antes dos trinta, de emboscada antes dos vinte, de fome um pouco por dia [...]. (MELO NETO, 2010, p. 74)

Artigo submetido em 11 de dezembro de 2021 e aprovado em 02 de fevereiro de 2022.

[*] Doutora e Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito na PUCMinas. Ex-bolsista do DAAD. Conselheira do KAAD. Desembargadora do Trabalho. E-mail: taisamacena@yahoo.com.br.

[**] Doutora (UFMG) e Mestre (PUCMinas) em Direito. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) em Direito na PUCMinas. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética no IEC/PUCMinas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito - CEBID. Advogada. E-mail: mfatimasa@uol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

O psiquiatra inglês, Colin Murray Parkes (1998, p. 22-23), um dos maiores especialistas em luto no mundo, escreveu que "o luto é o preço do amor". Trata-se de uma experiência dolorosa, diretamente proporcional ao amor vivido, ou seja, quanto maior é o amor, maior é a dor.

Quem experimenta uma queda livre sabe que é possível uma mão se estender no abismo. Rituais, com a presença de amigos e familiares trazem sensação de paz e quietude. Aliás, rituais ajudam no cuidado das feridas. Mas, como viver o luto em tempos de pandemia, quando não se pode preparar os corpos ou velar os mortos como a cultura determina?

Os rituais nos ajudam a "domesticar a morte". Ao escrever sobre o tema, Mary Del Priore (2014, p. 133-150) noticia que a cabeça de iniciados no candomblé precisa de ritos específicos depois da morte. Afirma que, pela cultura yanomami, se os mortos não passarem por determinados rituais, seu espírito vai e volta, sem descanso. Diz que, para muitas comunidades quilombolas, é essencial que as pessoas sejam enterradas naquele chão. Também segundo Del Priore, rituais fúnebres são cerimônias importantes na África, tanto assim que o enterro dura três dias e, três meses mais tarde, há nova cerimônia de mais três dias e, seis meses depois, outra cerimônia.

Há pouco tempo, os meios de comunicação noticiaram que, em Gana, os funerais são eventos culturais importantes. A profissão do carregador de caixão é comum no país. Homens de terno preto, dançando animadamente, balançam o caixão que carregam sobre os ombros. Essas festas são comuns quando se trata da morte de uma pessoa mais idosa, já que a expectativa de vida lá é inferior a sessenta e três anos.

No Brasil, no Alto do Xingu, quando alguém do povo indígena Kuikuro morre, seu corpo é preparado para entrar no mundo dos mortos. No ritual, há que se abraçar o morto, adorná-lo e pintar seu corpo com desenhos ancestrais. A solenidade da despedida é necessária para que quem partiu continue sendo respeitado na outra vida. A não realização do ato tem, como consequência, uma vida de vergonha no outro mundo. No Estado do Mato Grosso, é costume do povo Xavante da Aldeia Guadalupe abrir o caixão por diversas vezes e tocar o corpo morto. Trata-se de demonstração de respeito e dor pela partida. (JUCÁ, 2020)

Quantas tradições apareceram na tentativa de superar o luto, mas também no intuito de manter a memória... Tribos antigas costumavam enterrar flores com seus mortos... A solução vem da dor. Caminhamos, contando nossas histórias, na tentativa de manter conosco as pessoas que tanto amamos e que se foram de perto de nós.

A pandemia, se não elimina totalmente, mitiga, em muito, rituais de despedida, e a morte fica ainda mais difícil, para quem vai e para quem fica. Em tempos de normalidade a retirada do paciente do seu meio social e familiar, por si só, já é traumática, como ressalta Elizabeth Kübler-Ross:

> Morrer se torna um ato solitário e impessoal porque o paciente não raro é removido de seu ambiente familiar e levado às pressas para uma sala de emergência. Qualquer um que tenha estado muito doente e necessitado de repouso e conforto se lembrará de ter sido posto numa maca sob o som estridente da sirene, e da corrida desenfreada até se abrirem os portões do hospital. [...] É provável também que devêssemos dar mais atenção ao paciente sob os lençóis e cobertores, pôr talvez um ponto final em nossa bem intencionada eficiência e correr para segurar a mão do paciente, sorrir ou prestar atenção numa pergunta. O caminho do hospital é aqui o primeiro capítulo da morte como, de fato, acontece com muitos. É verdade que exagero um pouco na comparação com o doente que fica em casa, não querendo dizer com isso que não devamos salvar vidas se puderem ser salvas mediante hospitalização, mas querendo evidenciar a experiência do paciente, suas necessidades e reações. (KÜBLER-ROSS, 2000, p. 12)

Foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação o testemunho de uma médica italiana sobre uma senhora, internada com Covid-19, que pediu para ver a neta pela última vez. Sensível aos apelos da paciente, a Dra. Francesca Cortellaro pegou o telefone e conectou avó e neta, em uma chamada de vídeo. Foi assim que nasceu, na Itália, a campanha para que pacientes infectados pelo vírus, em fase de terminalidade, pudessem se despedir dos seus entes queridos.[1]

Sem a solenidade da despedida, resta-nos trazer aqui uma expressão muito trabalhada pelos estoicos: *Memento mori*. Lembremos de que somos mortais, lembremos de que vamos morrer, lembremo-nos da morte. Nesse novo tempo tão exigente, o desafio é ressignificar a morte, repensá-la e elaborá-la, na busca de maneiras de nos conectarmos com os nossos mortos, honrando-os, ainda que sem os ritos da despedida.

2 AS CATEGORIAS DE DIREITOS VOLTADAS À PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Despedidas e rituais fúnebres são um direito? Ao levantar essa questão, não podemos deixar de mencionar Antígona, obra clássica de Sófocles (2011), que traz o embate entre direito natural e direito positivo. Antígona, filha incestuosa de Édipo e Jocasta, enfrenta a tirania, opondo-se às razões do Estado, ao cuidar dos despojos do irmão, apesar da determinação do rei Creonte, que proibiu que lhe fosse dado sepultura. Ela diz:

> [...] Além disso, eu não acreditava que os éditos humanos tivessem força suficiente para conferirem a um mortal a faculdade de violar as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são imutáveis. Não é de hoje nem de ontem que elas vivem: são eternas e ninguém sabe determinar o tempo que foram promulgadas. (SÓFOCLES, 2011)

Na contemporaneidade, não é necessário invocar normas prescritas por imortais aos mortais para justificar direitos tão ligados ao fim da existência humana. Nos últimos séculos, a função do direito natural se esvaiu com as declarações dos direitos humanos, a positivação e a constitucionalização desses direitos e, por fim, a construção da categoria dos direitos da personalidade.

Como categoria jurídica, os direitos da personalidade emergem da elaboração doutrinária francesa e alemã, no contexto do jusracionalismo dos séculos XVIII e XIX.

Muitos argumentos contrários aos direitos da personalidade tiveram que ser enfrentados, para que a tese negativista ficasse no passado, apenas como reminiscência histórica, e triunfasse a tese positivista, que entende serem os direitos da personalidade situações jurídicas subjetivas, cujo objeto é constituído pelo conjunto de atributos e projeções da própria pessoa. Sua particularidade – que os diferencia das demais situações jurídicas subjetivas – é que o objeto do direito é parte do próprio sujeito-titular. Abandonou-se, assim, a ideia de que o objeto é, necessariamente, algo externo ao titular, que sobre ele exerce dominação.

O direito de dizer adeus – que ganha destaque em tempos da pandemia da Covid-19 – seria simultaneamente, direito humano, direito fundamental e direito da personalidade? Os conceitos expressos nessas expressões jurídicas são coincidentes?

[1] A campanha na Itália para que pacientes terminais com coronavírus possam dizer adeus a familiares. **BBC NEWS BRASIL**. 23 março 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52005958. Acesso em: 18 jul. 2020.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2017, p. 11-17) reúnem em três grupos as diferenças entre tais categorias, partindo dos seguintes critérios: fontes; âmbito e legitimação.

Pelo critério das fontes, as declarações de direitos humanos, por si sós, não constituem normas jurídicas, com força vinculante, mas desempenharam papel relevante na evolução dos direitos, à medida em que exerceram profunda influência nos direitos fundamentais, estes sim, insertos em norma estatal. Assim, as declarações de direitos, enquanto orientações, enunciam princípios políticos - e não princípios jurídicos.

Diferentemente dos direitos humanos, os direitos fundamentais e os da personalidade encontram-se abrigados em norma jurídica (leis, tratados, constituições e códigos). Os direitos ditos fundamentais emanam da própria norma constitucional ao passo que os direitos da personalidade têm sua regulação pelos códigos e demais normas infraconstitucionais. Tal distinção de fontes tornou-se uma referência histórica:

> Assim, historicamente, as fontes nomogenéticas foram instrumentos diferenciadores entre as categorias. E, apesar de tentador, não se pode relacionar de forma *estrita* a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, aos direitos da personalidade, embora haja uma relação *ampla* entre eles, já que em muitos dispositivos estatuía-se proteção para vários aspectos do indivíduo. (NAVES; SÁ, 2017, p. 12)

Antes de focar na distinção quanto ao âmbito, impõe-se frisar que as três categorias de direito buscam resguardar a dignidade da pessoa humana.

Sob o ponto de vista histórico, as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais" eram utilizadas apenas na perspectiva de direito público. Já os "direitos da personalidade" concernem à relação entre sujeitos privados. Reporta-se aqui à época na qual o Direito experimentava o abismo entre o público e o privado.

O âmbito dos três direitos é delineado no seguinte texto:

> Diferentemente dos direitos da personalidade, os direitos humanos atingem uma gama maior de bens jurídicos, protegendo não apenas a pessoa considerada em si mesma, mas também sua posição de partícipe político e cultural de dada sociedade. Assim, abrange direitos políticos, econômicos, sociais e culturais, podendo mesmo referir-se à proteção de grupos e comunidades. Já sob a categoria dos "direitos fundamentais" também são reunidos vários direitos, de direitos individuais a direitos coletivos. Todavia, enquanto os direitos humanos historicamente voltaram-se mais para a esfera internacional, adquirindo até meios próprios de proteção, como os tribunais e cortes internacionais, os direitos fundamentais voltam-se à seara interna, sendo estabelecidos constitucionalmente a partir de opções que definem a própria identidade do Estado. (NAVES; SÁ, 2017, p. 13-14)

Hodiernamente, essa rígida delimitação do âmbito dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade não mais se sustenta. Em vários casos, a dicotomia público/privado perde a força, quando, por exemplo, o sujeito privado pode opor ao próprio ente público o respeito a seus direitos da personalidade ou quando ocorre o fenômeno da eficácia direta dos direitos fundamentais, a incidir nas relações privadas, sem necessidade de norma infraconstitucional para regulamentá-los.

No entanto, nem os direitos humanos nem os direitos fundamentais são expressão da personalidade do sujeito. Só a categoria dos direitos da personalidade apresenta essa característica.

O último critério, o da legitimação, centra-se nas diferenças entre autonomia privada e autonomia pública, como determinantes da fundamentação jurídica de cada uma das categorias de direitos, ora analisadas (humano, fundamental e da personalidade); é a

dicotomia autonomia privada/autonomia pública que legitima a conformação das três categorias de direitos que, sendo tão próximas, ainda assim atuam sobre agentes distintos e permitem liberdades de ação diferenciadas. É o que se visualiza facilmente na saúde, que tanto é objeto de um direito da personalidade (autonomia privada) e um direito fundamental (autonomia pública). Em síntese, os direitos da personalidade são expressões da autonomia privada, enquanto possibilidades de autodeterminação, ao passo que os direitos fundamentais partem da noção de autonomia pública, perpassando pela ideia de soberania popular.

Numa sociedade que se pretende democrática, a realização da autonomia privada depende da autonomia pública, assim como a autonomia pública depende da autonomia privada. São codependentes, como ensina Jürgen Habermas:

> Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia. De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. (HABERMAS, 1997, p. 164)

De todo o exposto, as diferenciações acima apontadas revelam a evolução histórica das categorias de direitos voltadas para proteção da dignidade humana; no entanto, na contemporaneidade, o diálogo das fontes enfraquece as distinções e fortalece as correlações. Ainda que não tenha havido a fusão de todas as categorias de direitos numa só, é possível dizer que o âmbito de abrangência dos direitos da personalidade é mais restrito que o âmbito das duas outras categorias.

3 O DIREITO DE DIZER ADEUS: UM NOVO DIREITO DA PERSONALIDADE?

Podemos conceituar direitos da personalidade como aqueles que têm, por objeto, diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna.

O Código Civil de 2002 foi a primeira norma legal brasileira a disciplinar explicitamente os direitos da personalidade, dedicando-lhes os arts. de 11 a 21. Isso não significou a introdução dessa categoria de direitos subjetivos na ordem jurídica nacional, porquanto já reconhecida a categoria a partir da principiologia civilística e constitucional e, ainda, mediante leis esparsas.

Antes mesmo da recodificação do direito privado nacional, a Constituição Federal, ao inscrever a dignidade da pessoa humana[2] entre os fundamentos da República (art. 1º, inciso III), já conferia proteção aos atributos da personalidade, mediante cláusula geral de tutela.

Necessário salientar, nesse momento, que os direitos da personalidade desempenham função de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado. Nas lições de Paulo Mota Pinto (2003, p. 10-11):

> Na verdade, os direitos de personalidade desempenham uma função, de instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado, que deste modo (para utilizar a metáfora já comum) "irradiam" através deles para a ordem jurídico-privada. Tal não significa que a sua previsão seja inútil, ou redundante, perante aqueles – e mesmo numa perspectiva segundo a qual o direito civil, como todos os ramos do direito, é necessariamente também "direito constitucional

[2] Sobre a superação do abismo entre a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade na proteção do ser humano, leitura obrigatória é: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

> concretizado" –, ou que seja consumida pela previsão dos direitos fundamentais em nível constitucional. Na verdade, a imposição de níveis de proteção adequados às exigências dos direitos fundamentais, também no direito privado, conjugada com a rejeição da rigidificação e da inflexibilidade da vida jurídico-privada, que resultaria de uma "substituição do direito civil pelo direito constitucional", tornam hoje inaceitáveis, a meu ver, seja as posições de equiparação da actuação dos particulares no direito privado à das entidades públicas, seja aquelas que vêem os direitos fundamentais como dirigidos apenas aos entes públicos, requerendo antes soluções diferenciadoras.

Assim, a inovação do Código Civil é a consagração de uma evolução jurisprudencial à luz de princípios constitucionais e do reconhecimento do valor intrínseco da pessoa humana.

Esse novo olhar para a pessoa, enquanto ser concreto remete a uma compreensão da trajetória do ser humano e instiga a refletir sobre a terminalidade da vida em tempos de pandemia.

Quando se relaciona os direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da dignidade da pessoa humana, não se pode pensar no ser humano em si, desatrelado do seu contexto social e do seu universo particular. A dignificação do ser humano é um processo e não um simples reconhecimento da lei, mesmo a Lei Constitucional. Nas palavras de Hasso Hofmann: "Pode-se depreender que a dignidade não pode ser pensada desvinculada de uma comunidade concreta de reconhecimento e significação." (HOFMANN, 1999, p. 625)

O Código Civil de 2002[3], ao destinar um capítulo específico para os direitos da personalidade, de maneira alguma, pretendeu esgotar os diversos aspectos de proteção da personalidade. Os direitos subjetivos especificamente mencionados não constituem *numerus clausus*, mas apenas situações que, por serem mais corriqueiras na vida da pessoa, já haviam ensejado uma construção jurídica mais consistente na doutrina e na jurisprudência que, naturalmente, inspirou o legislador.

Vale mencionar duas construções teóricas distintas acerca da natureza dessa categoria de situação subjetiva. A teoria monista, inspirada na Lei Fundamental de Bonn, afirma a existência de uma única situação jurídica de personalidade: um direito geral de personalidade que seria suficiente para abrigar todos os atributos porventura violados. A adoção da teoria monista torna desnecessária a tipificação de situações de vulneração da pessoa, porquanto qualquer uma delas possui proteção jurídica. Por negar a multiplicidade de direitos da personalidade, a teoria monista é, também, conhecida como Teoria do Direito Geral de Personalidade.

A teoria pluralista afirma que há tantos direitos da personalidade quantas são as projeções e os atributos da pessoa. Implica, portanto, na existência e na tipificação de múltiplos direitos subjetivos. À evidência, o Código Civil brasileiro orientou-se pela pluralidade e não pelo monismo sem, contudo, ater-se à tipificação fechada dos direitos da personalidade. A técnica utilizada pelo legislador brasileiro também está presente na tipificação dos contratos, porquanto a existência de tipos legais não exclui a criação de novos tipos contratuais pela vontade das partes. Do mesmo modo, a tipificação de direitos da personalidade não exclui o reconhecimento de outras situações jurídicas subjetivas, nascidas de normas gerais de proteção à pessoa, constitucionais e infraconstitucionais.

Não se pode ignorar que a interpretação desse Código parte da premissa de que a ordem jurídica é um sistema aberto de normas, podendo abarcar novas construções jurídicas de proteção à pessoa.

[3] Sobre os arts. 11 a 21 do Código Civil ler: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol.1, parte geral e obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 29-63. Também o clássico: CUPIS, Adriano de. **I diritti della personalità.** Milano: Giuffré, 1950.

Seria interessante indagar se uma teoria é superior ou mais importante que a outra. Na realidade elas embasam técnicas legislativas distintas, mas que podem levar à mesma eficácia social.

A escolha da teoria monista, pela Lei Fundamental de Bonn, naquela época, é perfeitamente compreensível e justificada. Não havia uma construção jurídica anterior de respeito à pessoa humana a ser consagrada pelo legislador. Havia, sim, uma necessidade de a Alemanha reconquistar a credibilidade internacional e curar as feridas do seu próprio povo com o compromisso de respeito à humanidade em qualquer situação. E é exatamente isso que a Teoria Geral do Direito da Personalidade viabiliza ao proteger todos os aspectos da pessoa, independentemente de previsões específicas.

Por outro lado, é perfeitamente compreensível e justificada a escolha do legislador brasileiro pela teoria pluralista que teve, no entanto, o cuidado de afastar a tipicidade fechada, harmonizando-se com o disposto no art. 1º, inciso III da Constituição da República. Adotar a tipicidade fechada de direitos da personalidade em lei ordinária resultaria em disposição eivada de inconstitucionalidade.

A construção doutrinária dos direitos da personalidade se antecipou à sua positivação no Código Civil de 2002. No entanto, não há uniformidade entre os juristas na tarefa de classificá-los. Dentre tantas, aqui foram destacadas algumas, que podem sedimentar o caminho para a construção do direito de dizer adeus como um novo direito da personalidade.

Adriano De Cupis (1991) assim classificou: direito à vida e à integridade física: às partes separadas do corpo e ao cadáver; à liberdade; à honra e respeito ao resguardo; ao segredo; à identidade pessoal: ao título, sinal figurativo, ao nome; e o direito moral do autor.

Orlando Gomes (2000) agrupou-os segundo dois aspectos fundamentais: o direito à integridade física, nele estando compreendido o direito à vida, direito sobre o próprio corpo, que se divide, por sua vez, em direito sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas do corpo; e o direito ao cadáver. O segundo aspecto trata do direito à integridade moral, ou seja, direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e direito moral do autor.

Antônio Chaves (1982) assim relacionou-os: a) direito à honra; b) direito ao nome; c) direito à liberdade de manifestação de pensamento; d) direito à liberdade de consciência e de religião; e) direito à reserva sobre a própria imagem; f) direito ao segredo e g) direito moral do autor.

Pontes de Miranda (1954) classificou-os em: a) o direito à vida; b) o direito à integridade física; c) o direito à integridade psíquica; d) o direito à liberdade; e) o direito à verdade; f) o direito à igualdade formal (isonomia); g) o direito à igualdade material, que esteja na Constituição; h) o direito de ter nome e o direito ao nome, aquele inato e esse nato; i) o direito à honra; j) o direito autoral de personalidade.

Finalmente, para Francisco Amaral, (2003) os direitos da personalidade devem ser classificados considerando-se aspectos fundamentais da personalidade, quais sejam, o físico, o intelectual e o moral. O primeiro compreende a proteção da vida, ao próprio corpo (também as partes separadas dele), ao cadáver e ainda o direito de não se submeter a tratamento ou exame médico. O direito a integridade moral visa a proteção da honra, liberdade, intimidade, nome e imagem. O último, direito intelectual, protege o direito do autor.

As classificações[4] não exaurem as possibilidades de reconhecimento de novos direitos da personalidade. Quando um fato novo é capaz de impactar a vida do ser humano, de modo a atingir sua dignidade, o direito reage para alargar as possibilidades de tutela, abrigando novos direitos da personalidade.

[4] Sobre o tema: SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo:** doação de órgãos. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O distanciamento social – medida não medicamentosa de enfrentamento à pandemia – criou obstáculos à legítima expectativa de dizer adeus aos mortos e, também, àqueles que se encontram em fase de terminalidade pela Covid-19.

Mas essa expectativa é conteúdo de um direito da personalidade?

Na introdução desse texto, foram relatadas várias experiências que revelam quão importante são, para diferentes épocas, lugares e culturas, as cerimônias e os ritos para sepultamento.

Nas classificações apontadas, o direito de dizer adeus encontra eco.

Adriano De Cupis, Orlando Gomes e Francisco Amaral expressamente incluem, nas suas classificações, o direito ao cadáver; Antônio Chaves menciona o direito à liberdade de consciência e de religião e Pontes de Miranda afirma o direito à integridade psíquica como direito da personalidade.[5]

Quando frustrado o direito de dizer adeus, é desrespeitado o direito ao cadáver, que não foi velado, segundo a cultura e religião familiar; o exercício do direito à liberdade de consciência e de religião é mitigado e, por fim, o não viver o luto pode trazer sérias consequências para a integridade psíquica dos que ficaram.

Há um direito de dizer adeus, sim. Mas, como compatibilizar esse direito com a necessidade de observar as prescrições de proteção à saúde pública? É possível esta compatibilização?

4 DO FATO À NORMA: A DIFÍCIL CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE DIZER ADEUS EM FACE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

Retomando a análise da distinção entre as categorias de direito voltadas para a proteção da dignidade humana, observamos que a saúde é objeto de um direito da personalidade e, também, é objeto de um direito fundamental, este último qualificado como direito social.

A pandemia do novo coronavírus instalou situação de medo e insegurança diante da falta de vacina e de soluções medicamentosas testadas. As mortes vêm crescendo de forma vertiginosa e a contaminação acelera a cada dia alcançando grupos vulneráveis – idosos, indígenas, pessoas com comorbidades, gestantes, lactantes e outros – e mesmo aqueles que não integram a população de risco.

Nessa situação excepcional e anômala, espera-se a implementação de políticas públicas de combate à pandemia, tendentes a concretizar o direito social à saúde, do qual todos são titulares e o Estado é o sujeito em face do qual nós lançamos nossas expectativas de cuidado e proteção.

Durante muito tempo o sepultamento era visto como questão religiosa, familiar e cultural. Hoje é, sobretudo, uma questão sanitária, que justifica a edição de normas pelo Estado.

Diante do elevado número de funerais nessa época de pandemia, o Ministério da Saúde elaborou Protocolo denominado Manejo de Corpos no Contexto do Novo Coronavírus – COVID-19, contendo as recomendações de como devem ser realizados os funerais, o manuseio do cadáver nos hospitais, em domicílio e em espaço público, com o objetivo específico de orientar as equipes de saúde de medicina legal e funerárias.

[5] Cf. DE CUPIS, Adriano. **Responsabilidade civil por dano à honra**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000; AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982; PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v.1.

As pessoas que falecem em decorrência da covid-19 podem ser enterradas ou cremadas, mas há restrições relativas aos velórios e funerais de pacientes, confirmados ou suspeitos da doença. São elas: durante todo o velório o caixão deverá permanecer lacrado para evitar qualquer contato com o corpo; a cerimônia de sepultamento deverá ocorrer em lugares ventilados e, preferencialmente, abertos; somente poderão permanecer na cerimônia fúnebre no máximo dez pessoas, respeitando a distância mínima de, pelo menos, dois metros entre elas, assim como outras medidas de isolamento social e de etiqueta respiratória; deverá ser evitada a permanência de pessoas que pertençam ao grupo de risco, quais sejam: idade igual ou superior a sessenta anos, gestantes, lactantes, portadores de doenças crônicas e imunodeprimidos.

Em caso de ocorrer na própria residência o falecimento de pessoa, com diagnóstico confirmado ou simples suspeita de infecção pelo novo coronavírus, é necessário comunicar a morte imediatamente ao serviço de saúde, como ao Corpo de Bombeiros ou ao Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192), ou mesmo ao médico de confiança da família, que não deve ter contato com o corpo. Sua retirada deve ser feita por uma equipe de saúde, observando as medidas de precaução individual, como o uso dos EPIs. Ademais, aqueles que residiam com o falecido deverão receber orientações de desinfecção dos ambientes e objetos, usando água sanitária.

O mesmo Protocolo recomenda aos profissionais de saúde que lidam com pacientes infectados com o novo coronavírus:

> Remover os tubos, drenos e cateteres do corpo com cuidado, devido a possibilidade de contato com os fluidos corporais. O descarte de todo o material e rouparia deve ser feito imediatamente e em local adequado; Higienizar e tapar/bloquear os orifícios de drenagem de feridas e punção de cateter com cobertura impermeável; Limpar as secreções nos orifícios orais e nasais com compressas; Tapar/bloquear orifícios naturais (boca, nariz, ouvido, ânus) para evitar extravasamento de fluidos corporais; Limitar o reconhecimento do corpo a um único familiar/responsável. Sugere-se que não haja contato direto entre o familiar/responsável e o corpo, mantendo uma distância de dois metros entre eles; Quando houver necessidade de aproximação, o familiar/responsável deverá fazer uso de máscara cirúrgica, luvas e aventais de proteção; Sugere-se, ainda, que, a depender da estrutura existente, o reconhecimento do corpo possa ser por meio de fotografias, evitando contato ou exposição. Durante a embalagem, que deve ocorrer no local de ocorrência do óbito, manipular o corpo o mínimo possível, evitando procedimentos que gerem gases ou extravasamento de fluidos corpóreos; Preferencialmente, identificar o corpo com nome, número do prontuário, número do Cartão Nacional de Saúde (CNS), data de nascimento, nome da mãe e CPF, utilizando esparadrapo, com letras legíveis, fixado na região torácica; É essencial descrever no prontuário dados acerca de todos os sinais externos e marcas de nascença/tatuagens, órteses, próteses que possam identificar o corpo; NÃO é recomendado realizar tanatopraxia (formolização e embalsamamento); Quando possível, a embalagem do corpo deve seguir três camadas: 1ª: enrolar o corpo com lençóis; 2ª: colocar o corpo em saco impermeável próprio (esse deve impedir que haja vazamento de fluidos corpóreos); 3ª: colocar o corpo em um segundo saco (externo) e desinfetar com álcool a 70%, solução clorada 0,5% a 1% ou outro saneante regularizado pela Anvisa, compatível com o material do saco. Colocar etiqueta com identificação do falecido. Identificar o saco externo de transporte com informação relativa ao risco biológico: COVID-19, agente biológico classe de risco 3; Recomenda-se usar a maca de transporte do corpo apenas para esse fim. Em caso de reutilização de maca, deve-se desinfetá-la com álcool a 70%, solução clorada 0,5% a 1% ou outro saneante regularizado pela Anvisa; Na chegada ao necrotério, alocar o corpo em compartimento refrigerado e sinalizado como COVID-19, agente biológico classe de risco 3; O corpo deve ser acomodado em urna a ser lacrada antes da entrega aos familiares/ responsáveis; Deve-se limpar a superfície da urna lacrada com solução clorada 0,5%; Após lacrada, a urna não deverá ser aberta; Os profissionais que atuam no transporte, guarda e alocação do

> corpo no caixão também devem adotar as medidas de precaução, aqui expostas, até o fechamento do caixão; O serviço funerário/transporte deve ser informado de que se trata de vítima de COVID-19, agente biológico classe de risco 3; Após a manipulação do corpo, retirar e descartar luvas, máscara, avental (se descartável) em lixo infectante; Higienizar as mãos antes e após o preparo do corpo, com água e sabão; Não é necessário veículo especial para transporte do corpo; Não há necessidade de uso de EPI por parte dos motoristas dos veículos que transportarão o caixão com o corpo. O mesmo se aplica aos familiares que acompanharão o traslado, considerando que eles não manusearão o corpo. Caso o motorista venha a manusear o corpo, devem ser observados todos os cuidados apontados anteriormente. (BRASIL, 2020)

Em tempo de pandemia, a saúde pública tem prioridade e limitações são legítimas.

No entanto, dói saber que não será possível aproximar-se do corpo para reconhecer a morte da pessoa querida; que, muitas vezes, esse reconhecimento será feito por fotografia; que não será possível vestir o falecido com a roupa escolhida ou fazer com que o morto seja sepultado com objetos que lhe eram significativos. Ao invés, há que se conformar em ver o corpo morto daquele que tanto se ama ser envolto em um plástico e o seu caixão lacrado. No imaginário coletivo, o corpo limpo e maquiado volta à vida para a despedida, antes que a travessia aconteça.

Ao iniciar esse texto, relatamos uma história de cuidado vivida pela médica italiana que utilizou a tecnologia para conectar avó e neta, propiciando a ambas a oportunidade de dizer adeus.

Para além do cuidado biológico, os profissionais da saúde podem ser instrumentos para o conforto emocional dos pacientes e seus familiares, viabilizando, por exemplo, chamadas de vídeo, chamadas de áudio e leitura de cartas. Trata-se de um amparo psicológico necessário, de modo a minimizar a dureza das normas que criam óbices ao direito de dizer adeus.

Para os povos indígenas (JUCÁ, 2020), os rituais ancestrais para a despedida são muito mais difíceis de serem compatibilizados com as exigências sanitárias. Tomemos o exemplo do povo Yanomami: o morto nunca deve ser colocado sob a terra. Os rituais de despedida se prolongam por meses nas aldeias e têm por objetivo dar ao falecido tempo e força para que possa morrer para a comunidade e, em outro mundo, levar uma vida sem males. Durante um mês, o corpo deve ficar isolado para ser purificado e, depois, cremado. As cinzas são guardadas até que se faça nova celebração para relembrar a vida e as virtudes da pessoa que se foi. Posteriormente, as cinzas são diluídas em um mingau de banana para serem compartilhadas e, assim, o morto é esquecido e sua alma liberta. Os que ficam podem seguir em frente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Partida é um longa-metragem japonês, dirigido por Yojiro Takita, vencedor do Oscar de melhor filme estrangeiro em 2012, que tem como protagonista Daigo Kobayashi (Masahiro Motoki), um violoncelista profissional, que enfrenta dificuldade de firmar-se na carreira. Daigo retorna para a sua cidade natal com a esposa Mika em busca de emprego.

Ao ler o jornal de sua cidade, Daigo se depara com uma possibilidade de emprego em agência que *cuida de partidas*. Ele imaginou que se tratava de uma agência de turismo, mas na verdade era uma funerária.

No Japão, o preparador de corpos é incumbido da limpeza, da vestimenta, da maquiagem e da acomodação do corpo na urna. Não se trata de trabalho mecânico, mas de uma atividade executada com atenção, cuidado, suavidade e muito respeito.

Se, de início, Daigo tem rejeição pela nova atividade, aceitando o trabalho de preparador de corpos apenas pela necessidade de sobrevivência, ao longo do tempo, ele compreende o significado e a delicadeza do ritual de despedida digna.

Cada sociedade constrói rituais de passagem para despedida dos mortos. Muitos nascem da esperança de que, sendo observados, será possível reencontrar pessoas queridas em algum dia em outro mundo; outras nascem da pura necessidade de aceitar a perda definitiva. Sejam quais forem as causas que determinam ou inspiraram, os ritos são relevantes para entender a morte como o desaguar natural da vida. Nesse processo de aceitação, o luto tem que ser vivido e respeitado.[6]

Ao longo do texto, defendemos a tese de que o direito de dizer adeus, enquanto direito voltado para a proteção da dignidade da pessoa humana, é um direito da personalidade. Mas como direito, o dizer adeus deve conformar-se com a ordem jurídica, concorrendo com outros, sobretudo aqueles que, como ele, visam a dignificar o ser humano.

Essa reflexão lançada, em meio a pandemia da covid-19, busca uma solução possível e adequada a partir do panorama que nos é ofertado, mas que está sempre aberta à revisitação. Como intérpretes que somos, entendemos que, em que pesem todos os dessabores e as dores psíquicas das famílias, não há como dar adeus aos mortos nos moldes culturalmente construídos. Por absoluta necessidade de proteção à saúde da população, é imprescindível buscar meios alternativos de elaborar o luto. Afinal, todos são os titulares do direito social à saúde e as normas que mitigam o direito de dizer adeus revelam, sobretudo, o compromisso com a alteridade.

REFERÊNCIAS

A campanha na Itália para que pacientes terminais com coronavírus possam dizer adeus a familiares. **BBC NEWS BRASIL**. 23 março 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52005958. Acesso em: 18 jul. 2020.

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 5ª ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: http://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/25/manejo-corpos-coronavirus-versao1-25mar20-rev5.pdf. Acesso em: 07 de jul. 2020.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano: Giuffré, 1950.

DE CUPIS, Adriano. **Responsabilidade civil por dano à honra.** Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

[6] Sobre o luto, discorre Elizabeth Kübler-Ross: "O que estou querendo recomendar novamente aqui é o seguinte: deixem o parente falar, chorar ou gritar, se necessário. Deixem que participe, converse, mas fiquem à disposição. É longo o período de luto que tem pela frente, quando tiverem sido resolvidos os problemas com o falecido. E necessita de ajuda e assistência desde a confirmação de um chamado "mau diagnóstico", até os meses posteriores à morte de um membro da família. Naturalmente, não entendo por ajuda apenas conselhos profissionais de qualquer espécie; aliás, muitos não precisam, nem suportam isso. Mas necessitam de um ser humano, de um amigo, médico, enfermeira, capelão, pouco importa." (KÜBLER-ROSS, Elizabeth. **Sobre a morte e o morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.184-185).

DEL PRIORI, Mary. Morte e fronteiras culturais: passagens, rituais e práticas funerárias entre ancestrais africanos (outra lógica sobre a finitude). *In*: RODRIGUES, Cláudia; LOPES, Fábio Henrique (org.). **Sentidos da morte e do morrer na Ibero-América.** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell´uomo nella cultura giuridica tedesca. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Roma, serie 4, anno 76, p. 625, out./dez 1999.

JUCÁ, Beatriz. O coronavírus está quebrando a nossa crença, o luto imposto aos povos indígenas na pandemia. **EL PAÍS.** São Paulo. 11 jul. de 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-11/o-coronavirus-esta-quebrando-a-nossa-crenca-o-luto-imposto-aos-povos-indigenas-na-pandemia.html?ssm=TW_BR_CM. Acesso em: 11 jul. 2020.

KÜBLER-ROSS, Elizabeth. **Sobre a morte e o morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MELO NETO, João Cabral. **Morte e Vida Severina e outros poemas**. [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

MOTA PINTO, Paulo. Direitos de personalidade no Código Civil Português e no novo Código Civil brasileiro. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 51, n.314, 2003.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PARKES, Colin Murray. **Luto**: estudos sobre a perda na vida adulta. São Paulo: Summus, 1998.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÓFOCLES, **A trilogia tebana:** Édipo Rei, Édipo em Colono, Antígona. Trad. Mario da Gama Kury. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. vol.1, parte geral e obrigações.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.