

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
CARINE KELLY GONÇALVES

DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MINAS GERAIS

2015

CARINE KELLY GONÇALVES

DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga- FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Prof. MSc. Rafael Soares Firmino

FIC – CARATINGA

2015

**Os mortos são uns invisíveis, e não
uns ausentes. (Victor Hugo)**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por dar-me saúde, força e coragem para vencer mais essa etapa de minha vida.

Aos meus familiares por todo o apoio e incentivo e que em muitos momentos de cansaço me deram forças para seguir.

Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. E a todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

A todos os professores do curso que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Em especial para o meu professor e orientador Rafael Soares Firmino, com quem partilhei o que era broto daquilo que veio a ser esse trabalho. Quero expressar o meu reconhecimento e admiração pela sua competência profissional, e pela forma humana que conduziu minha orientação.

Aos meus amigos do curso de Direito, que pela união em busca de um mesmo ideal enfrentamos juntos nossos medos e anseios, lágrimas e sorrisos, dores e vitórias. Peço a Deus que os abençoe grandemente, preenchendo seus caminhos com muita paz, amor, saúde e prosperidade.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar as questões atinentes aos direitos da personalidade após a morte, ou seja, abordar direitos relacionados ao morto, iniciando pelo princípio da dignidade humana estabelecido na Constituição da República o qual é marco jurídico básico dos direitos da personalidade. A partir dessa premissa abordar-se-á o que se entende por cadáver e qual é a natureza jurídica do morto, para assim avaliar qual é a fundamentação de sua proteção jurídica. Se mesmo após a morte o falecido possui algum direito relacionado à personalidade, já que tal assunto, por si só é controvertido na doutrina, contudo, chegando-se a observação de que esses direitos realmente se estendem ao morto, necessário se faz saber exatamente quais seriam eles e quem os protegeria, caso ocorresse algum atentado.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade; cadáver; natureza jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
CAPÍTULO I – DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	13
1.1 Da dignidade da pessoa humana.....	13
1.2 A dignidade da pessoa humana em relação com o instituto da personalidade.....	16
1.3 Pessoa, personalidade e capacidade.....	17
1.4 Direitos da personalidade.....	19
CAPÍTULO II – A DIVERSIDADE DA MORTE.....	25
2.1 Natureza jurídica do morto.....	25
2.2 A morte no Direito Positivo Brasileiro e seus conexos.....	28
2.2.1 Conceito de morte.....	28
2.2.2 A morte no Direito Positivo brasileiro.....	29
2.2.2.1 Morte real.....	29
2.2.2.2 Morte presumida.....	30
2.2.2.3 Morte presumida sem declaração de ausência.....	31
2.2.3.4 Morte presumida com declaração de ausência.....	33
2.3 Nascituro e Natimorto.....	34
2.4 Direitos que se extinguem e Direitos que se iniciam após a morte.....	35
CAPÍTULO III – DA REPARAÇÃO CIVIL <i>POST MORTEM</i>.....	37
3.1 Da titularidade do direito <i>post mortem</i>	37
3.2 Da tutela jurisdicional.....	38
3.3 Da legitimidade.....	40

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....42

REFERÊNCIAS.....44

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “Direitos da personalidade post mortem” tem por objetivo analisar a possibilidade de o morto ser detentor de direitos da personalidade. Levanta-se como problema à aplicabilidade ou não dos direitos da personalidade ao morto, pois diante do atual cenário normativo, não podem ser considerados sujeitos de direito aqueles que perderam sua característica de sujeito de direito.

A esse respeito, tem-se como metodologia de cunho teórico-dogmático, abordando a interdisciplinaridade entre as matérias do Direito Constitucional e do Direito Civil.

Para desenvolvimento da pesquisa, tomar-se-á como metodologia de cunho teórico-dogmático a abordagem da interdisciplinaridade entre as disciplinas do Direito Constitucional e do Direito Civil. Será adotada como marco teórico a doutrina de Francisco Amaral, conforme exposto:

Verifica-se, com a morte da pessoa, uma *especial* sucessão de direitos da sua personalidade em prol dos herdeiros do falecido, o que os legitima a tomarem providências para eventual tutela jurídica desses direitos, entre os quais o de impedir ofensas à integridade física, moral e intelectual do falecido.¹

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que os direitos da personalidade por estar diretamente relacionados aos atributos da pessoa humana, visam sua proteção integral, e o princípio da dignidade humana resulta para toda essa proteção.

A presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Da dignidade da pessoa humana e os Direitos da personalidade”. No segundo capítulo, tratar-se-á a conceituação de morte, os tipos de morte e a natureza jurídica do morto; far-se-ão algumas considerações em torno dos direitos da personalidade que extinguem e os que nascem com a morte do titular. Para finalizar o terceiro capítulo abordará a tutela dos direitos do morto e os danos causados a lesões da personalidade, bem como titularidade advinda dessa violação.

¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 305

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática acerca dos direitos da personalidade *post mortem*, torna-se necessário explicitar alguns conceitos pertinentes ao tema. Como é de conhecimento, sabe-se que a morte traz inúmeras implicações jurídicas sob os mais variados aspectos.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de dignidade da pessoa humana, na qual nossa Constituição da República Federativa do Brasil² prevê em seu artigo 1º, dentre outros fundamentos a dignidade da pessoa humana. Assim os direitos da personalidade têm a proteção enraizada nas normas constitucionais como direitos fundamentais. Analisando o princípio da dignidade da pessoa humana, esclarece Ingo Wolfgang Sarlet.

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³

Os direitos da personalidade sustentados por Limongi França cuja tese trata-se de faculdades jurídicas do qual o objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, como suas emanações e prolongamentos⁴.

Nesse sentido Francisco Amaral preconiza que após a morte existe uma especial sucessão a favor dos herdeiros que passam a ter legitimidade para a tutela jurídica desses direitos entre os quais impedir eventuais ofensas⁵.

Necessário se faz conceituar cadáver, tendo em vista a importância desse entendimento para o desdobramento dos demais tópicos. Bittar conceitua de forma clara e simples que cadáver significa “corpo sem vida”⁶.

² BRASIL, **Constituição da República Federativa**, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

³SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 4 ed., ver. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006 p.73

⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980 p. 403

⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 305

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.84

Por fim é de suma importância analisar a natureza jurídica do corpo morto, na qual De Cupis se posiciona no sentido de que a morte não coloca fim nos direitos da personalidade classificando-o entre as coisas *extra commercium*⁷.

CAPÍTULO I - DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Neste item, trataremos da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, abordando seu conceito bem como suas disposições legais e sua

⁷DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008, p. 98

vinculação com os direitos da personalidade. Versaremos, ainda, sobre a pessoa, personalidade, capacidade e sobre os direitos da personalidade.

1.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição de um Estado é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do próprio Estado, sendo assim o meio no qual o Poder Constituinte reúne todos os elementos essenciais determinando a forma do Estado, do governo e os direitos fundamentais do homem e suas garantias.

A preocupação em se ter um documento que tenha hierarquia superior a qualquer outra norma do Ordenamento Jurídico, para preservar e proteger valores mais estimados para a humanidade fez o reconhecimento da Constituição da República como a certidão mais significativa de todo Direito, estando nela guardada toda estrutura de tutela aos Direitos Fundamentais.

O exímio doutrinador José Afonso da Silva assim conceitua Direitos Fundamentais:

No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.⁸

Diante do exposto, é possível dizer que os Direitos Fundamentais são inerentes ao homem apenas por este ser humano. São os direitos básicos de qualquer indivíduo, independente de qualquer condição pessoal em que esteja.

Só é possível falar em Estado Democrático de Direito se este respeitar o fundamento da dignidade da pessoa humana, princípio basilar que norteia todos os demais institutos do Ordenamento Jurídico. No Brasil, elencado no artigo 1º da Constituição da República, que diz:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁹

A dignidade da pessoa humana é a força centrípeta de todo ordenamento jurídico, sendo os demais princípios e normas, derivados deste. É, atualmente, amplo e total o entendimento de que é efetivo a todos os homens, uma vez que deve ser o ser humano o meio e a finalidade para qual há existência do Direito.

O conceito de dignidade da pessoa humana é tão complexo quanto subjetivo, dada a amplitude do princípio e ao tema profundamente complexo. Nesse sentido, é o que explana o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet:

Não há como negar que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na inquestionável (e questionada) validade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceitos de contorno vagos e imprecisos.¹⁰

O professor Edilson Pereira Nobre Júnior conceitua a dignidade da pessoa humana:

O constituinte de 1988 plasmou, à guisa de fundamento da república Federativa do Brasil como Estado Democrático de direito, a dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de se constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Dito fundamental, o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a priva-los dos meios necessários a sua manutenção.¹¹

Ingo Wolfgang Sarlet disserta acerca do princípio:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 mai. 2015

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 39.

¹¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Lex n266. 200. p. 5-20

deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar a promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integrem a rede da vida.¹²

É forçoso concluir, portanto, que a dignidade da pessoa humana é o instituto norteador do Direito. Por ele, entende-se que o homem deve ser tratado com dignidade, integridade e respeitabilidade simplesmente por estar na condição de ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana limita a autonomia de vontade do Estado e de qualquer particular perante outro igual, fazendo com que o ser humano seja titular de direitos inerentes a pessoa humana.

Ao citar a dignidade da pessoa humana, nos remetemos instantaneamente aos tratados e convenções internacionais a respeito. Dentre outras, a Declaração dos Direitos Universais do Homem (ONU/1948) é de suma importância e norte, e é possível perceber a incitação à dignidade da pessoa humana já no preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.¹³

Outro tratado basilar e consoante com a dignidade da pessoa humana é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966:

¹²SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 39.

¹³ BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 24 mai. 2015.

ARTIGO 5

1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

PARTE III

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.¹⁴

Ratificado pelo Brasil em 1992, a Convenção dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) é outro tratado internacional, que, assim, como os referidos, versam sobre temas derivados da dignidade da pessoa humana, como direito a vida, a preservação da liberdade, ao acesso à Justiça, ao direito a personalidade, bem como outros.

1.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM RELAÇÃO COM O INSTITUTO DA PERSONALIDADE

A dignidade da pessoa humana fundamenta o instituto da personalidade no Código Civil Brasileiro, conforme afirmado por Francisco Amaral na passagem abaixo:

O direito brasileiro segue a linha do direito alemão, considerando a dignidade da pessoa humana como princípio que positiva o valor fundamental da ordem jurídica, que é a pessoa humana, no qual se baseiam os direitos subjetivos fundamentais expressos na Constituição da República e os direitos da personalidade do Código Civil.¹⁵

O professor Edilson Pereira também expõe ideia semelhante:

Outra vertente de relevo pela qual se espraia a dignidade da pessoa humana está na premissa de não ser possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Veda-se a coisificação da pessoa. A abordagem do tema passa pela consideração de tríplice cenário, concernente às prerrogativas de direito e processo penal, à

¹⁴ BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 02 jun. 2015.

¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.77

limitação da autonomia da vontade e à veneração dos direitos da personalidade.¹⁶

A vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais estabelece assento no direito constitucional contemporâneo, e acerca dessa relação abordaremos algumas considerações.

1.3 PESSOA, PERSONALIDADE E CAPACIDADE.

Conforme disposto anteriormente, da dignidade da pessoa humana como direito humano fundamental, necessário se faz analisar os institutos da pessoa, personalidade e capacidade, tornando-se assim fundamental para a compreensão do tema proposto.

Pessoa é o ser humano ou entidade com personalidade, aptidão para titularidade de direitos e deveres. “Ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas.”¹⁷ É na pessoa que os direitos se localizam, por isso ela é sujeito de direitos ou centros de imputações jurídicas no sentido de que a ela se atribuem posições jurídicas.

Para Maria Helena Diniz, “toda a pessoa, por necessidade de sua própria natureza, é o centro do direito e, assim, tem personalidade, sendo capaz de direitos e obrigações.”¹⁸. Da análise do art. 1º do Código Civil, surge a noção que a pessoa liga-se a ideia de personalidade, sendo a mesma sujeito de relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito ou aptidão a ela reconhecida, portanto, toda pessoa é dotada de personalidade.

No que se refere à pessoa natural ou física, o Novo Código Civil, substituindo a expressão homem por pessoa, em “evidente atualização para uma linguagem politicamente correta e compatível com a nova ordem constitucional”¹⁹, dispõe, em seu art. 1.º, que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”²⁰. Essa disposição permite a dedução de que a personalidade é atributo de

¹⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Lex n266. 200. p. 5-20

¹⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9 ed. ver. e atual. de acordo com o novo código civil(Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral**. 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012, p. 118

²⁰ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/02, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

toda e qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, uma vez que a própria norma civil não faz tal distinção de acepções.

A personalidade deve ser entendida em suas duas expressões, assim preconiza Gustavo Tepedino, referindo-se que existem duas possibilidades de ser sujeitos de direito e obrigações na qual a primeira não é conferida apenas a homens podendo ser também associada às empresas, fundações, agrupamentos de indivíduos, assim o direito confere personalidade. A segunda personalidade é aquela associada ao ser humano como valor objetivo, reconhecendo a personalidade emanada do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração do ser humano em sua complexidade.²¹.

A pessoa natural ou física é o ser humano, nesse contexto Francisco Amaral manifesta-se da seguinte forma:

Existem três princípios fundamentais, sendo que a) todo ser humano é pessoa, pelo simples fato de existir, e por isso, é capaz de direitos e deveres na ordem civil; b) todos tem a mesma personalidade porque todos tem a mesma aptidão para a titularidade de relações jurídicas e; c) ela é irrenunciável.²²

A personalidade é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos, estendendo-se aos grupos constituídos legalmente, sendo assim uma “qualificação formal, materializando-os na capacidade jurídica ou de direito.”²³

O conceito de personalidade está ligado ao de pessoa, sendo a personalidade, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a “estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade”²⁴. É qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Da análise do art. 1 do CC, “surge a noção de capacidade, que é maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa.”²⁵

²¹TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 p.2-3

²² AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7ª ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 255

²³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 254

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: Parte Geral**. 8 ed. – São Paulo. Saraiva: 2010 p. 94

²⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9 ed. ver. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5

A personalidade é um valor e a capacidade é a projeção desse valor, compreendendo a existência de direitos da personalidade, ou seja, a capacidade é um atributo da personalidade, sendo a manifestação do poder de ação, diz respeito à “extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade”.²⁶

O que ocorre com os direitos da personalidade nessa categoria: como os ao corpo, ou a parte, a imagem, e o direito moral de autor, em que mantêm-se efeitos *post mortem*. “Esses direitos são sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão, cabendo aos herdeiros, promover a sua defesa contra terceiros”²⁷.

1.4 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A segunda metade do sec. XIX, foi marcada por injustiças e revoltas, nesse entorno surgiram as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade. Expressão concebida pelos jusnaturalistas (que tem suas origens no cristianismo) que é uma ordem preconcebida e por isso não tem natureza jurídica, mas surge pela origem natural das pessoas.²⁸

No Código Civil de 1916 inexistiam disposições acerca da personalidade. Havia referências à imagem, direito moral, sigilo de correspondência, conforme análise de Renan Lotufo:

Absolutamente inovador sobre o texto do Código antigo, abre-se um capítulo para os direitos da personalidade, estabelecendo-se não uma disciplina completa, como reivindicado por autores contemporâneos, mas de qualquer maneira o tratamento dos seus princípios fundamentais. Essa disciplina não constou do Código Civil brasileiro por uma razão: na época em que foi elaborado, ainda se discutia se, realmente, havia direitos subjetivos da personalidade, tendo em vista que forte corrente doutrinária considerava não ser possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito.²⁹

Com o advento da Constituição da República, os direitos da personalidade foram fortalecidos, havendo um grande passo rumo a proteção dos mesmos, conforme consta no seguinte dispositivo:

²⁶ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral** (arts. 1 a 232) vol. 1. 2 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989 p. 13

²⁸ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008, p. 18-19

²⁹ LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral** (arts. 1 a 232) vol. 1. 2 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004, p.59

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;³⁰

Uma das inovações do Código Civil de 2002, em sua parte geral, tratou-se de um capítulo exclusivamente dedicado aos direitos da personalidade, conforme podemos ver a partir do artigo 11 do referido.

Carlos Alberto Bittar define a personalidade:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.³¹

Para Elimar Szaniawski “através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens”³². Importante salientar que esses bens são aqueles inerentes a natureza humana, como a vida, honra, imagem, liberdade, denominados de direitos de personalidade.

Conforme classificação proposta por Limongi França os direitos da personalidade são:

[...] aqueles relacionados, a integridade física, como o direito a vida; à saúde e ao corpo; à integridade intelectual: como a liberdade de pensamento e direitos de autor; e à integridade moral, como honra, a imagem, a privacidade, intimidade e identidade³³.

Ainda acerca do conceito do que são os direitos da personalidade, preceitua o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves:

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 mai. 2015

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.1

³² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.35

³³ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. 4 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980, p. 403

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.³⁴

Nessa ordem o homem biológico tem direitos na categoria do ter, relacionar e do ser (direito das coisas, direito de família, direitos fundamentais). Como observa Bittar:

Esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual) e, de outro, a sua disposição frente a outros seres na sociedade (patrimônio moral), representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).³⁵

Em suma, numa perspectiva constitucionalista, os direitos privados da personalidade se equiparam aos direitos fundamentais do homem. *Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes*, defendem que os direitos da personalidade perante a proteção constitucional da dignidade humana mostram-se como “cláusula geral de tutela da pessoa humana”³⁶.

Ou ainda Orlando Gomes:

[...]sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do CC como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.³⁷

Dessa forma, importante dizer que os direitos da personalidade são aqueles derivados da relação da pessoa consigo mesma, ou seja, são aqueles bens que qualquer sujeito carrega dentro do próprio corpo, abrangente por propósito todas as particularidades físicas, emocionais, psíquicas e morais de cada indivíduo e do detrimento desses atributos na sociedade. É uma proteção de

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: Parte Geral. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. P. 135.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 17

³⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004p. 31-33

³⁷ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986 p. 131

valores pertencentes a um âmbito extrapatrimonial, que não podem ser reduzidos a pecúnia, embora sua ofensa possa gerar efeitos econômicos.

O universo dos direitos de personalidade é polêmico, havendo controvérsias entre doutrinadores no que se refere a existência, natureza, extensão e à sua especificação, da ausência de conceituação global e o enfoque sob ângulos diferentes do direito positivo público/privado³⁸.

Os direitos da personalidade são orientados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana³⁹, e origem nas normas constitucionais. Nela tutelam-se como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X)⁴⁰.

Nos termos do Artigo 11 do Código Civil Brasileiro, “são *intransmissíveis e irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, nesse sentido Fábio Ulhoa Coelho dispõe :

Os direitos da personalidade são absolutos, oponíveis erga omnes, ou seja, o titular pode resguardar-se nele perante qualquer outro sujeito de direito, indistintamente. Assim, eles podem ser defendidos mesmo daqueles com quem o titular não tenha tido nenhuma relação jurídica anterior. Contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido direito da personalidade, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta.⁴¹

Conclui-se que os direitos da personalidade tem caráter absoluto uma vez que é destinado à coletividade, tanto para ser titular quanto no dever de respeitá-los, são generalizados a todos os homens simplesmente por estarem na condição de ser humano e somente em caráter excepcional pode se admitir a transmissibilidade de alguns poderes a certos direitos da personalidade, e são possuem natureza vitalícia, pois são inatos e permanentes ao indivíduo desde a primeira manifestação vital até o falecimento, chegando a alcançar até mesmo o post mortem.

Acerca da possibilidade de flexibilização da transmissibilidade dos direitos da personalidade, é possível dizer que a concepção atual dos mesmos se mostra

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 18

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: Parte Geral. 8 ed. – São Paulo. Saraiva: 2010 p. 159

⁴⁰ BRASIL, **Constituição da República Federativa**, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**, volume 1. 5 ed. –São Paulo: Saraiva, 2012 p. 424

falha, pois veremos que tais direitos não são sempre indisponíveis ou intransmissíveis, ou mesmo de todo imprescritíveis e extrapatrimoniais.

O direito da personalidade pode sofrer limitações, voluntárias e involuntárias, dependente e independentemente da vontade humana, como a retirada de mamas, venda de foto para comercial e no que refere a involuntárias é aquela que a vontade individual é desprezada em prol de bens mais preciosos como a administração da justiça e a ordem pública, o direito a vida, entre outras.

Ainda no que concerne à titularidade dos Direitos da Personalidade, o Código Civil de 2002 reconhece, expressamente, a possibilidade de sua tutela para o caso de pessoa falecida, concedendo, no parágrafo único do artigo 12, legitimação ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Elimar Szaniawski diz o seguinte sobre o assunto:

O Direito têm se ocupado em proteger o corpo humano após a morte no sentido de lhe dar um destino onde se mantenha sua dignidade. Esse direito respeita aos parentes do morto, tratando-se de um direito familiar, diferente do tratamento que se dá às partes separadas do próprio corpo, e possui conotações de um direito de propriedade.⁴²

Renan Lotufo concorda com a ideia de um direito de personalidade que se projeta no tempo para além da morte, invalidando assim o preceito *mors omnia solvit*.

Em sentido contrário Adriano de Cupis, ensina que:

O ordenamento jurídico não consente que a personalidade jurídica persista depois da morte. Quando atribui a personalidade jurídica aos indivíduos que ainda não atingiram a existência, fá-lo considerando que a atingirão; mas uma vez que essa se extinga, não subsiste mais o pressuposto da personalidade, a qual só é concebível radicada naquele que é portador de interesses próprios- não podendo dizer-se tal de um morto.⁴³

O brocardo jurídico *mors omnia solvit* remontam a Roma antiga, onde a morte real era de fato a responsável pela extinção da personalidade jurídica.

⁴² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 303

⁴³ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008, p. 92

Assim, acabou sendo positivado em inúmeras legislações, petrificando a ideia que a morte acaba com todos os seus bens, atributos, qualidades, aspirações.⁴⁴

Contrariando essa definição do *mors omnia solvit* como regra no ordenamento, Ney Rodrigo Lima Ribeiro alude que se trata de uma regra relativa, não podendo ser generalizada e que sua aplicação deve ser minuciosa dependendo do caso concreto, todavia, sendo melhor aplicado de forma absoluta no direito penal.⁴⁵

Carlos Alberto Bittar menciona acerca dos direitos *post mortem*.

De um modo geral, os direitos da personalidade terminam como os demais direitos subjetivos, com a morte do titular, exaurindo-se assim com a exalação do último sopro vital. Mas, isso não ocorre com alguns direitos dessa categoria, como os ao corpo, ou à parte, à imagem, e o direito moral do autor, em que subsistem efeitos *post mortem*, ou mesmo *ad aeternum*⁴⁶

Verifica-se que o corpo humano morto mantém alguns direitos da personalidade.

CAPÍTULO II – A DIVERSIDADE DA MORTE

2.1 NATUREZA JURÍDICA DO MORTO

Conforme disposição inicial do art. 6º do Código Civil, “a existência da pessoa natural termina com a morte”. Não há uma regra que cuide do fim da personalidade jurídica. Entretanto, é fundamental para entendimento do tema proposto a conceituação de morte e qual a natureza jurídica do cadáver.

⁴⁴ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos post mortem**. São Paulo. LTr, 2009, p. 61-62

⁴⁵ RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito à proteção de pessoas falecidas**. Olinda: Livro Rápido, 2011, p. 48-49

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989 p. 13

O corpo humano a cada dia é mais valorizado no que concerne a reserva de órgãos e tecidos, desse modo existem dificuldades de ordem ética e jurídica pois a princípio o corpo humano é inviolável e inalienável, porém, essa inviolabilidade não deve ser totalmente proibida.⁴⁷

Esse progresso se deve aos avanços biológicos, sendo cada vez mais presentes a necessidade de doações *post mortem* para transplantes, embora não seja esse o objeto do presente estudo, recentemente veio ao conhecimento o primeiro transplante de cabeça que poderá ser realizado a partir de 2017 pelo neurocirurgião italiano Sergio Canavero, no qual afirma, que a partir de um corpo doado, qualquer paciente poderá combater diferentes tipos de câncer e degenerações, sendo portanto, um marco histórico para a medicina, o que leva a sérios questionamento éticos e culturais⁴⁸.

O homem é sujeito de direitos, porém o corpo morto deixa de ser sujeito de direito ou prolongamento do indivíduo no momento exato da morte. Portanto essa modificação não ocorre somente na realidade, onde começa a se decompor, mas também no mundo jurídico onde o corpo passa a ser objeto; coisa.⁴⁹

Isto porque, quando se fala em pessoa, sujeito de direitos e obrigações, existe uma junção entre o corpo e o espírito, “quando este espírito desaparece, não se pode mais afirmar que aquele corpo é um sujeito de direitos e obrigações, pois transforma-se em um cadáver”⁵⁰.

Entretanto, o que se pode adiantar, é que com o fim da vida não existe o fim dos direitos, pois o cadáver possui proteção jurídica, e isso se pode comprovar pelas leis existentes, tais como: lei n.º 8.501/92, que dispõe sobre a destinação de cadáveres não reclamados junto às autoridades públicas, lei n.º Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências, bem como art. 12 do Código Civil Brasileiro⁵¹, art, 1º inciso III da Constituição Federal, dentre outras.

⁴⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7 edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2004, p. 332

⁴⁸ ROMANZOTI, Natasha. **Homem russo será primeiro a receber transplante de cabeça na história**. Disponível em < <http://hypescience.com/transplante-de-cabeca-humana-pode-se-tornar-realidade-em-2017-diz-pesquisador/> >. Acesso em 22 de maio de 2015.

⁴⁹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos post mortem**. São Paulo. LTr, 2009 p. 266

⁵⁰ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008, p. 98

⁵¹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/02, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

Por muito tempo a doutrina entendia que a natureza jurídica do cadáver era de coisa nula. Com o passar dos anos, verificou-se que tal atribuição não estava de acordo com a prática social, uma vez que o cadáver, através de seus herdeiros, tinha o direito de defender sua memória, havendo, inclusive, dispositivos legais para sua proteção.

Genival Veloso de França entende que o direito do homem sobre o seu cadáver é da mesma natureza que tem sobre o seu próprio corpo⁵². Portanto se o homem tem o direito de viver conforme suas concepções filosóficas e religiosas, ele tem também o direito de exigir que suas vontades sejam respeitadas e executadas após sua morte.

Quando o homem doa seu cadáver para uma instituição científica existe um amparo legal que também é consagrado pelos costumes.

Nesse mesmo viés Genival França entende que o cadáver não faz parte da sucessão. A família do morto tem deveres e direitos. Tem como dever primordial respeitar e executar a sua vontade, se essa vontade é lícita, a não ser que ela entre em contradição com a lei⁵³. O cadáver tem um estatuto próprio, determinado pela tradição, baseado no culto dos mortos, muito antigo, porém ainda atual.

Bittar conceitua de forma clara e simples que cadáver significa “corpo sem vida”⁵⁴.

Elimar Szaniawski citando Borrel-Maciá, menciona:

Assim como se transfere o patrimônio do de cujus para os herdeiros, bem como todos os direitos e obrigações, menos as personalíssimas, são estes herdeiros os continuadores da personalidade do morto, adquirindo os direitos sobre o corpo, podendo sepulta-lo ou destina-lo para fins de estudo e pesquisas científicas, ou ainda doar parte deste corpo para aproveitamento através do transplante de órgãos para outros corpos de pessoas vivas.⁵⁵

Nesse sentido Szaniawski entende que o corpo humano sem vida tem a natureza jurídica de propriedade, pois os direitos da personalidade do falecido são transferidos para os seus familiares.

⁵² FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7 edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2004, p. 333

⁵³ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7 edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2004, p. 333

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p.84

⁵⁵Borrel-Maciá apud SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304.

Em contrapartida, De Cupis se manifesta da seguinte forma com relação a natureza jurídica do morto:

[...] o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto, que não podendo ser objeto de direitos privados patrimoniais, deve classificar-se entre as coisas *extra commercium* (fora do comércio). Não sendo a pessoa, enquanto viva, objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e resíduo de pessoa viva.⁵⁶

Portanto, boa parte da doutrina e com base nas lei de doações de órgãos e tecidos que trata da gratuidade da disposição para fins de transplante e tratamento o nosso entendimento é que a natureza jurídica do cadáver é de coisa *extra commercium*,), pois os direitos extrapatrimoniais de personalidade não podem ser transferidos, vendidos ou comprados, nem antes e nem depois da morte, ao contrario dos direitos patrimoniais do falecido que são bens disponíveis por ter valor econômico estão sujeitos á apreensão pelo homem, podendo ser herdados ou transmitidos.

2.2 A MORTE NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO E SEUS CONEXOS

Neste item, far-se-á um breve apanhado circundado da morte no Direito Positivo Brasileiro, abordando seu conceito e suas bifurcações.

2.2.1 CONCEITO DE MORTE

O direito admite que a personalidade fictícia, artificial, presumida, exista ao lado daquela denominada real. Segundo a doutrina, os casos em que se verifica a personalidade fictícia são do nascituro, do ausente e da pessoa cuja possibilidade de vir a existir é admitida para a aquisição de direitos. No entanto o que estamos á verificar não é o início da personalidade jurídica, mas sim o fim desta.

O conceito de morte para o direito teve variações ao longo do tempo, a morte para os antigos não é a mesma dos dias de hoje. A tanatologia Médico-Legal

⁵⁶ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008, p. 98

é parte da medicina legal que estuda a morte e as consequências jurídicas a ela inerentes.

Genival Veloso de França assim dispõe:

É difícil precisar o exato momento da morte porque ela não é um fato instantâneo, e sim uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida. Hoje com os novos meios semiológicos e instrumentais disponíveis, pode-se determiná-la mais precocemente.⁵⁷

Assim nesses parâmetros Delton Croce conceitua a morte como sendo:

[...] a cessação dos fenômenos vitais, por parada das funções cerebral, respiratória e circulatória, e o surgimento dos fenômenos abióticos, lentos e progressivos, que lesam irreversivelmente os órgãos e tecidos. Assim, deve-se prudentemente deixar escoar certo lapso na ampulheta do tempo para afirmar com rigorismo clínico a realidade da morte.⁵⁸

Anteriormente como diz Caio Mário, a morte era determinada pela cessação das funções orgânicas, como ausência dos batimentos cardíacos, movimentos respiratórios, contração muscular e pupilar.⁵⁹

A resolução do Conselho Federal de Medicina de n. 1480/97⁶⁰ regulamenta os critérios para diagnóstico de morte encefálica, conforme preceitos já estabelecidos pela comunidade científica mundial, assim, seu artigo 3º diz que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Porém a matéria não poderia ser decidida de maneira tão simplista. Há que se respeitar a personalidade das pessoas. Cada um tem direito a dispor sobre o destino de seu corpo.

Desse modo, ao declarar a morte de uma pessoa, o profissional competente e legalmente autorizado para isso, que é o médico, no qual é competente para

⁵⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7 edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2004, p. 333

⁵⁸ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1094.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. v. 1. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 223

⁶⁰ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1480/1997**. Disponível em <http://www.Câmara.gov.br/sileg/integras/374216.pdf> Acesso em 26 de maio de 2015

atestar a ocorrência da morte, em documento solene, o atestado de óbito, que tem como finalidades principais a confirmação da ocorrência do evento.

Hodiernamente é reconhecida como fim da vida a morte encefálica, que é a cessação completa e irreversível de toda a atividade cerebral.

2.2.2 A MORTE NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Versaremos em breves apanhados acerca das possibilidades de morte reconhecidas no Direito Positivo Brasileiro.

2.2.2.1 MORTE REAL

O falecimento na morte real é verídico, palpável, perceptível, concreto e visível. Assim disciplina o ilustre civilista Carlos Roberto Gonçalves:

A morte real — que ocorre com o diagnóstico de paralisação da atividade encefálica, segundo o art. 3º da Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre o transplante de órgãos — extingue a capacidade e dissolve tudo (*mors omnia solvit*), não sendo mais o morto sujeito de direitos e obrigações. Acarreta a extinção do poder familiar, a dissolução do vínculo matrimonial, a abertura da sucessão, a extinção dos contratos personalíssimos, a extinção da obrigação de pagar alimentos, que se transfere aos herdeiros do devedor (CC, art. 1.700) etc.⁶¹

Conclui-se, portanto que a morte real é um fato condensado, espesso, material. “A regra geral é que se prova a morte pela certidão extraída do assento de óbito.”⁶²

A morte real — que ocorre com o diagnóstico de paralisação da atividade encefálica, segundo o art. 3º da Lei n. 9.434/97, que dispõe sobre o transplante de órgãos — extingue a capacidade e dissolve tudo (*mors omnia solvit*), não sendo mais o morto sujeito de direitos e obrigações. Acarreta a extinção do poder familiar, a dissolução do vínculo matrimonial, a abertura da sucessão, a extinção dos contratos personalíssimos, a extinção da obrigação de pagar alimentos, que se transfere aos herdeiros do devedor (CC, art. 1.700) etc. Lembra, todavia, Washington de Barros Monteiro, que “não é completo o aniquilamento do *de cuius* pela morte.”⁶³

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 10 ed. 2012. p. 100.

⁶² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 165

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 10 ed. 2012. p. 100.

2.2.2.2 MORTE PRESUMIDA

Enquanto a morte real tem por falecimento um fato palpável e concreto, diante da visibilidade do cadáver e com o lavramento do atestado de óbito, há casos em que não foi possível encontrar o corpo, não houve mais aparições ou sinais do sujeito e nem tanto testemunhas para constatar a morte, porém, há fortes indícios de que essa ocorreu. Conforme os artigos 6º e 7º do atual Código Civil, esta pode ser sem declaração de ausência e com declaração de ausência.

Art. 6º 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.

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento. ⁶⁴

Neste sentido, delibera Carlos Roberto Gonçalves: “A morte presumida pode ser com ou sem declaração de ausência. Presume-se a morte, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (CC, art. 6º, 2ª parte).” ⁶⁵

Em casos em que não foi encontrado resquícios ou cadáver do sujeito, não houveram testemunhas nem outra forma de provar a morte, mas o falecimento é altamente suspeitado, uma vez que o individuo se encontrava em situação de perigo de vida, há a morte presumida.

Conforme assevera Silvio de Salvo Venosa “tudo que é presumido é altamente provável, mas não constitui certeza.” ⁶⁶

⁶⁴BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 25 mai. 2015.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral.** São Paulo: Saraiva. 10 ed. 2012. p. 102.

⁶⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral.** 13 ed. São Paulo: Atlas.2013. p. 164

Em tais disposições, não há a absoluta certeza da morte, porém, havendo tais circunstâncias que induzam a veracidade do acontecimento, a lei autoriza o uso do instituto.

2.2.2.3 MORTE PRESUMIDA SEM DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA

Disposto no artigo 7º do Código Civil vigente entende-se por morte presumida sem declaração de ausência:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.⁶⁷

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam ausência como sendo “um estado de fato, em que uma pessoa desaparece de seu domicílio, sem deixar qualquer notícia”⁶⁸

Conclui-se através do exposto acima, que qualquer indivíduo que tenha desaparecido, em sua consciência ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente é o referido ausente.

Carlos Roberto Gonçalves disserta acerca do instituto:

O Código Civil amplia, no art. 7º, I e II, as hipóteses de morte presumida, usando expressão genérica: “quem estava em perigo de vida”. Desse modo, abrange não somente aqueles que desapareceram em alguma catástrofe, como também os que estavam em perigo de vida decorrente de qualquer situação, sendo extremamente provável a sua morte. Nesse caso, somente poderá ser requerida a declaração de morte presumida “depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”⁶⁹

⁶⁷ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/02, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Volume I – Parte Geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 140.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva. 10 Ed. 2012. p. 103.)

A Lei nº 6.015/73, ou simplesmente A Lei dos Registros Públicos permite uma modalidade de justificação judicial de morte:

Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.⁷⁰

Tendo-se por base os dispositivos expostos acima, conclui-se que a sentença do magistrado substituirá a declaração de ausência, ou seja, sem decretação de ausência será decretada por sentença, sendo esta responsável por fixar a data da suposta morte, após esgotadas todas as formas de buscas e averiguações de pessoas que estavam em situações de iminente perigo de vida, ou, que estivesse em guerra, não tendo retornado dois anos após o término desta.

2.2.2.4 MORTE PRESUMIDA COM DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA

Já mencionada a morte presumida sem declaração de ausência, o atual Código Civil, dispõe outra possibilidade para declarar a morte presumida, se tratando da morte presumida com declaração de ausência. Conforme o legislador estabeleceu no artigo 6º do vigente Código Civil “ 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”⁷¹

Os artigos 22 e 23 do referido dispositivo também fazem alusão ao instituto:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa

⁷⁰ 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 01 jun. 2015.

⁷¹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 01 jun. 2015.

exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.⁷²

Dispõe o doutrinador Silvio de Salvo Venosa:

A regra geral é que se prova a morte pela certidão extraída do assento de óbito. Em sua falta, é preciso recorrer aos meios indiretos, à prova indireta. Não devemos confundir, entretanto, a prova indireta da morte com a ausência, em que existe apenas a certeza do desaparecimento, sem que ocorra presunção de morte.

⁷³

No caso da morte presumida com declaração de ausência, a morte é identificada após uma sequência de atos, conforme exposto nos artigos 22 e 23 do atual Código Civil. É necessário o requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público e a nomeação de curador, após será aberta a sucessão provisória e após será dada abertura a sucessão definitiva. Exclusivamente após o respectivo último item, é que poderá ser considerada a possibilidade da morte presumida, e há necessidade de declaração judicial.

2.3 NASCITURO E NATIMORTO

O artigo 2º do atual Código Civil dispõe: “ A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Neste contexto analisa-se que a pessoa natural começa sua existência com nascimento com vida e, com isso, sua capacidade jurídica.⁷⁴

Francisco Amaral considera que a vida é um processo de desenvolvimento constante e o embrião humano como sendo produto da concepção é protegido por ser considerado um ser humano em potência e como tal é revestido da dignidade da pessoa humana.⁷⁵

A professora Maria Helena Diniz, aduz:

⁷² BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 01 jun. 2015.

⁷³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas.2013. p. 161

⁷⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução** 7 ed. rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255

⁷⁵ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução** 7 ed. rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 298

O referido artigo não contemplou os requisitos da viabilidade, ou seja, da permanência da vida no recém-nascido, e forma humana para o início da personalidade natural, afirmando que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois. Basta a vitalidade, pois o nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente sujeito de direito e, em consequência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tinham sido atribuídas na fase da concepção.⁷⁶

No que concerne aos direitos do nascituro o professor Rafael Soares Firmino em sua dissertação de mestrado diz o seguinte:

[...] considerando que o nascituro tem seus direitos resguardados por lei, desde o momento da concepção, pode-se assumir que ele é um sujeito de direito na ordem jurídica, porém desprovido de personalidade civil. Em uma leitura clássica a personalidade civil seria um requisito imprescindível para figurar na relação jurídica e ser detentor de direitos ou obrigações. Daí, conclui-se que o nascituro é sujeito de direito despersonalizados. Neste viés dialético, identifica-se que a existência de personalidade jurídica deixa de ser requisito para que o sujeito seja detentor de direitos e deveres, sendo necessário reconstruir ou ressignificar a ideia de personalidade jurídica e seus limites de extensão.⁷⁷

Qual diferença social existente entre o corpo que nasceu sem respirar e o que respirou apenas uma vez? O método para verificação se o feto nascera com vida ou não, somente importa para o Direito Sucessório, mas em caráter universal na seara dos Direitos da Personalidade e da Dignidade humana, esse feto é um ser humano e, portanto, o natimorto é o cadáver do pequeno feto nascido sem vida, é um corpo humano e inspira sentimentos semelhantes aos que os outros defuntos inspiram.

2.4 DIREITOS QUE SE EXTINGUEM E DIREITOS QUE NASCEM COM A MORTE

A morte é um fato que até hoje não pôde ser contrariado, as ciências médicas avançam cada vez mais e o Direito raramente consegue acompanhar essas mudanças que surgem na sociedade. A vida pode ser prolongada, mas ainda não é possível que ela seja contornada.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9 ed. ver. e atual. de acordo com o novo código civil(Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva. 2003. P. 5.

⁷⁷ FIRMINO, Rafael Soares, 2014. **Situações Subjetivas Existenciais do Nascituro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Brasil. p. 105

Existem várias questões em aberto em nosso sistema jurídico que nos levam a repensar sobre o fenômeno e elementos que são tratados de modo limitado nas conceituações tradicionais do Direito.

O reconhecimento da existência de direitos da personalidade somente foi reconhecida quando resguardado em primeiro lugar, a pessoa humana. O morto não é reconhecido como dotado de personalidade jurídica por critérios meramente cronológicos, o que demonstra como nosso sistema jurídico não comporta o desenvolvimento e novas descobertas de nossa sociedade.

Destaca Caio Mário:

Em linhas gerais, os direitos da personalidade envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo e tudo mais que seja digno de proteção amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.⁷⁸

Entretanto, há direitos que se projetam para além da morte, “tais como direito a imagem, honra e atributos individuais que transcendem a realidade do corpo físico. Sendo o homem único e individual em todo o tempo e espaço, a proteção se estende para além da vida.”⁷⁹

Os direitos que se esvai com a morte do titular, são portanto, obviamente o direito à vida, a integridade física, o direito à saúde, esses direitos morrem juntamente com o seu titular.

Por conseguinte há os direitos que nascem a partir da morte da pessoa, sendo eles, o direito à sepultura, à recomposição digna, o direito ao corpo morto, referindo-se ao direito que a pessoa tem de descansar em paz.

Nesse sentido Francisco Amaral elucida que nos casos de doação post mortem, a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica.

[...] Nos mortos não identificados, não se poderá fazer colheita ou retirada de elementos para transplante. Vê-se, assim, que o corpo humano, com a morte, mantém-se como elemento da personalidade. Disso se deduz que, para utilização de tecidos, órgãos ou partes do cadáver humano, são imprescindíveis o consentimento para a prática do ato e a incontestabilidade da morte, assim como a finalidade terapêutica e a gratuidade da disposição.⁸⁰

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012., p. 203-204

⁷⁹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos post mortem**. São Paulo. LTr, 2009 p. 21

Portanto os direitos da personalidade são protegidos antes e depois da morte do seu titular, demonstrando que o brocardo *mors omnia solvit* é melhor aplicado de forma relativa.

CAPÍTULO III - REPARAÇÃO CIVIL *POST MORTEM*

3.1 DA TITULARIDADE DO DIREITO *POST MORTEM*

O Código Civil em seu artigo 11 tratou de fazer referência expressa a irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade, por não terem caráter patrimonial, não podem ser transmitidos.

Na ilustre obra Direitos da Personalidade do nobre jurista Carlos Alberto Bittar⁸¹, ele diz que os direitos da personalidade terminam, assim como os demais direitos subjetivos com a morte, porém, alguns direitos dessa categoria mantem

⁸⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 304

⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989 p. 13

efeitos *post mortem* e são transmissíveis aos herdeiros para que esses promovam a defesa contra terceiros.

O grande cerne da questão é a titularidade desses direitos personalíssimos, se são pertencentes aos familiares, ao morto ou qualquer interessado. A lei é omissa a esse questionamento, surgindo na doutrina várias posições que parecem confundir legitimidade com titularidade⁸².

Titular de direito é aquele que sofre a ofensa e merece a respectiva tutela. “A se considerar o herdeiro como titular do direito, não haverá por que dizer a lei que terá legitimação para defender o direito do morto, seus parentes até quarto grau”⁸³.

Assim, quando alguém ofende a honra de um falecido, pode ser responsabilizado. A lei legitima algumas pessoas para a defesa desses direitos da personalidade que o morto titularizava. Os legitimados à proteção dos direitos da personalidade da pessoa falecida se efetivam na figura do cônjuge sobrevivente e qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau.

Qualquer um deles pode agir em defesa da imagem, honra da pessoa falecida. Ocorrendo desrespeito à memória de uma pessoa, os legitimados do morto, “tem as mesmas ações que o pai teria em vida para a proteção desse direito. Isto é, poderá obter em juízo uma ordem de cessação da ofensa e a indenização pelos danos morais decorrentes”⁸⁴.

Acerca da possibilidade de flexibilização da transmissibilidade dos direitos da personalidade, é possível dizer que a concepção atual dos mesmos se mostra falha, pois veremos que tais direitos não são sempre indisponíveis ou intransmissíveis, ou mesmo de todo imprescritíveis e extrapatrimoniais.

A legitimação estabelecida nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 dizem respeito aos direitos extrapatrimoniais da personalidade. Portanto, são legitimados à proteção dos direitos da personalidade da pessoa falecida o cônjuge sobrevivente e qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau.

⁸² MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos post mortem**. São Paulo. LTr, 2009 p. 173

⁸³ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos post mortem**. São Paulo. LTr, 2009 p. 179

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**, volume 1. 5 ed. –São Paulo: Saraiva, 2012, p. 500

Elimar Szaniawski⁸⁵ diz que quem sofre a violação desses direitos referentes ao morto é a família, pois o herdeiros é que se sentiram pessoalmente constrangidos com essa violação hipotética.

Os familiares também podem sofrer com a violação do direito de um ente falecido, por exemplo, a honra de um pai, avô, marido, desta maneira, o dano que os herdeiros sofrem referem-se a ofensa a honra subjetiva e o dano a ofensa do morto trata-se de dano a honra objetiva.

Nos ensinamentos de Limongi França os direitos da personalidade não são objetos de direito, mas emanções e prolongamentos do próprio sujeito.⁸⁶

Desse modo entende-se que o titular do direito ofendido seja o morto, não por ele ter condições de adquirir direitos, mas, quando era vivo possuía o interesse de protegê-lo.

3.2 DA TUTELA JURISDICIONAL

O Direito age na efetiva tutela dos interesses dos lesados impedindo que a ofensa se perpetue, garantindo a reparação pelos danos, retornando, desse modo ao estado anterior quando possível e diante da inviabilidade deste é possível a compensação por perdas insanáveis.

A matéria da tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida consiste em um dos problemas clássicos neste campo, tendo em vista que o próprio Código Civil expressamente estabelece no artigo 6.º que a existência da personalidade termina com a morte. Em consequência, há uma dificuldade dogmática a superar, na medida em que não se pode conceder a tutela dos direitos da personalidade sem que haja um titular destes mesmos direitos.

Nos direitos da personalidade essa tutela não há que ser diferente, sendo proibitiva, repressiva, e/ou indenizatórias, ressarcitória, para compensar as perdas sofridas, geralmente de cunho moral.

Nas lições de Carlos Alberto Bittar alguns ilícitos como o uso indevido da imagem alheia ou mesmo qualquer ofensa ao morto dá ensejo as tutelas referidas, podendo ser em esfera constitucional, criminal e civil e essa proteção jurídica se

⁸⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 p. 303

⁸⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980 p. 403

reveste apenas da reparação de danos morais e materiais ou a supressão da prática nociva⁸⁷.

Szaniawski, acerca da tutela jurisdicional do corpo morto alude que os atentados praticados contra cadáver são legitimados pela necessidade, que por vezes ocorre para estudo de evolução de doenças, cujo fundamento amparado por causa superior, visando a conservação de vidas humanas. E os casos de exames cadavéricos que objetivam a constituição de meios de provas em casos de mortes por homicídio ou acidente, em virtude de verificação do motivo da morte da pessoa.⁸⁸

A tutela que resguarda os direitos do morto estão elencadas nos arts. 12 e 20, parágrafos únicos do Código Civil e outras legislações soltas em nosso ordenamento jurídico pertinentes ao tema.

Como posto anteriormente o corpo humano quando vivo não pode ser objeto de negociação, depois da morte também não é possível, pois o cadáver é tutelado pelo direito da personalidade como se vivo estivesse. Inicialmente o destino que o cadáver deve ter é o da sepultura, salvo em casos de testamento feito pelo próprio defunto antes do falecimento e em casos de doações de órgãos para fins de transplantes por consentimento da família.

3.3 DA LEGITIMIDADE

Inicialmente cabe recordar que a pessoa tem como atributo a personalidade, que gera a capacidade de direito, de gozo ou de aquisição, bem como é possível que decorra a capacidade de fato ou de exercício ou de ação.

O artigo 1º do Código Civil pátrio prescreve que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, nasce então a capacidade de exercício e de direito conforme ensinamento da professora Maria Helena Diniz.

Da análise do art. 1º deste Código surge a noção de *capacidade*, que é maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa. De modo que a essa aptidão, oriunda da personalidade para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de gozo* ou de *direito*.

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 48-49

⁸⁸ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993 p. 304- 305

A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despidendo-o dos atributos da personalidade.⁸⁹

A capacidade de direito é aquela que torna o indivíduo apto para ser titular de direitos e deveres nas relações jurídicas. A capacidade de fato relaciona-se com o direito de praticar os atos da vida civil, é a aptidão para demandar em juízo.

Francisco Amaral acerca do assunto entende que a capacidade de direito é fundamental ao homem por torná-lo em potencialidade como sendo sujeito de todos os direitos.⁹⁰ Portanto, a capacidade de fato juntamente com a capacidade de direito enseja a capacidade civil plena.

Capacidade e legitimação não se confundem, pois de acordo com professor Flavio Tartuce “a legitimação é uma condição especial para celebrar um determinado ato ou negócio jurídico”⁹¹.

Francisco Amaral conceitua legitimidade como sendo “aptidão para a prática de determinado ato, ou para exercício de certo direito, não da qualidade dessa pessoa, mas de sua posição jurídica em face de outras pessoas”⁹².

A legitimidade e a capacidade processual são distintas, a legitimidade trata-se aptidão específica para agir em juízo em determinada situação jurídica, à medida que a capacidade é uma aptidão genérica para agir em juízo conferida àqueles que não forem absolutamente incapazes nem relativamente incapazes.

Portanto, a legitimidade, está ligada à titularidade de um Direito, sendo desta forma que cada um deve demandar quando forem sujeitos de uma relação jurídica. A vedação contida no art. 6º do Código do Processo Civil dispõe como sendo o “titular de ação apenas a própria pessoa que se diz titular do direito”⁹³.

No que tange aos direitos da personalidade, estes possuem caráter personalíssimo, mas mesmo com a morte do titular, esses direitos projetam-se para seus familiares. Caio Mário esclarece da seguinte forma:

⁸⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9 ed. ver. e atual. de acordo com o novo código civil(Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5

⁹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. rev. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 264

⁹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e parte geral**. 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2010 p. 151

⁹² AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 264

⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 282

Em vida, somente este tem o direito de ação contra o transgressor. Morto ele, tal direito pode ser exercido por quem ao mesmo esteja ligado pelos laços conjugais, de união estável ou de parentesco. Ao cônjuge supérstite, ao companheiro, aos descendentes, aos ascendentes e aos colaterais até o quarto grau, transmite-se a *legitimatío* para as medidas de preservação e defesa da personalidade do defunto. Há, contudo, distinguir. As medidas de pura defesa da personalidade podem ser intentadas por qualquer deles, sem observância da ordem de sua colocação. No caso, entretanto, de indenização por perdas e danos, há que respeitar a ordem de vocação hereditária.⁹⁴

No que se refere aos direitos da personalidade *post mortem* a legitimidade dos parentes do morto para propor ações indenizatórias decorrentes de ofensa a direito alheio corresponde as questões de legitimidade extraordinária, o direito nesse caso é do morto, mas, por não poder ser exercido por ele, a lei deixa expresso que o seus parentes até o quarto grau e o cônjuge podem pleitear.

De acordo com Alfredo Migliore a ofensa a direito do morto, no que diz respeito a sua personalidade é estendida após a morte, e as pessoas elencadas taxativamente pelo Código postulam em nome próprio direito alheio, havendo assim uma substituição processual, pois o titular desse direito não tem mais capacidade para demandar qualquer ação.⁹⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo a morte tão dolorosa experiência para a maioria das pessoas, independentemente de suas convicções religiosas, e uma das poucas certezas que temos na vida é a morte, mas essa certeza seguramente não nos faz pacientes, pois não sabemos previamente como e muito menos quando iremos partir desse mundo para aquele que não sabemos no pós-morte.

O ser humano de fato quer ser eterno, porém é o único ser vivo ciente de sua perecibilidade. Com isso esperamos que o ser humano seja sempre respeitado, seja antes do “início” ou seja depois do “fim”. A resistência do direito do morto é grande, mas lembremos de que o homem cria o Direito e não o inverso, mas é fácil perceber a existência desses direitos que vão além da vida.

A personalidade verdadeira opõe-se a personalidade jurídica que é aptidão para ser sujeito de direitos, que diz respeito à pessoa de direito e não o ser humano, a primeira acaba com a morte, a segunda se projeta além da existência

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1. p. 203

⁹⁵ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos post mortem**. São Paulo. LTr, 2009 p. 225

humana e é, portanto essa individualidade que o direito da personalidade alcança antes do começo e depois do fim da vida.

Diante do dever do Estado de tutelar a dignidade da pessoa humana, que, portanto, não cessa com a morte, assim o brocardo jurídico *mors omnia solvit* não deve ser compreendido como absoluto e inflexível, mas sim relativo.

A dignidade da pessoa humana pressupõe a extensão dos direitos da personalidade ao morto, como sabido, a morte é um fato para o Direito que traz inúmeras consequências no meio jurídico. E os direitos da personalidade se estendem ao corpo humano morto, não sendo ele objeto de negociação. Embora não se consiga explicar a existência desses direitos que ultrapassam a barreira da vida, necessário seria um código que reunisse todas as leis que se encontram soltas no nosso ordenamento.

A tutela dos direitos da personalidade é recente em nosso ordenamento, e o legislador ao tutelar os direitos dos mortos nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil foram omissos, sem uma orientação firme e segura sobre qual caminho seguir para a sua interpretação, deixando essa função ao juiz de preencher a lacuna.

Em suma, como não proteger a pessoa que em vida muitas vezes colaborou com a evolução da sociedade, contribuindo para o seu funcionamento, pagando tributos, depois da morte não sabemos o que nos espera, assim como em vida a proteção que temos dos direitos da personalidade deve se projetar para além da morte. Os direitos *post mortem* é a tutela do que fomos em vida, é a proteção da imagem, da honra, do nome, é o real direito de repousar em paz. O corpo morre, mas os atributos que tornaram esse ser único no tempo e no espaço não se apaga.

REFERENCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil : Introdução**. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/02, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL, **Constituição da República Federativa**, 55 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>
Acesso em 24 maio. 2015.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 02 junho. 2015.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina** n. 1480/1997. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/374216.pdf>. Acesso em 25 de maio de 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**, volume 1. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de medicina legal**. 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende – São Paulo: Quórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 9 ed. ver. e atual. de acordo com o novo código civil(Lei 10.406, de 10-1-2002) – São Paulo: Saraiva, 2003

FIRMINO, Rafael Soares. **Situações Subjetivas Existenciais do Nascituro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Brasil, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7 edição. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1 : parte geral. 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: Parte Geral. 8 ed. – São Paulo. Saraiva: 2010

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: parte geral** (arts. 1 a 232) vol. 1. 2 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **Direito além da vida: um ensaio sobre os direitos *post mortem***. São Paulo. LTr, 2009

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Lex n266. 2008

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. v. 1. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado** (tomo XII). 3 ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito à proteção de pessoas falecidas**. Olinda: Livro Rápido, 2011

ROMANZOTI, Natasha. **Homem russo será primeiro a receber transplante de cabeça na história**. Disponível em < <http://hypescience.com/transplante-de-cabeca-humana-pode-se-tornar-realidade-em-2017-diz-pesquisador/> >. Acesso em 02 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 4 ed., ver. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e parte geral**. 6 ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2010

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Parte Geral**. 13 ed. São Paulo: Atlas.2013.

