

# O ESTATUTO JURÍDICO DA PESSOA DEPOIS DA MORTE

Diogo Leite de Campos

Ao Professor Doutor Ricardo Malheiros Fiuza

## 1. INTRODUÇÃO



enho dado, como jurista, voz aos mais desprotegidos, aos mais ignorados de todos, aos que não têm voz. Sobretudo a estes últimos, aos nascituros<sup>1</sup>. Também aos moribundos, aos deficientes profundos muitas vezes desprezados como aqueles; aos que já morreram e que se querem calados definitivamente – mas a quem nos referimos como estando vivos (Leibniz) e que aparecem a reclamar os seus direitos, um estatuto jurídico que se projecta para trás, para a vida que foi. Estatuto que garanta a pessoa na sua totalidade já que esta, pretendidamente, não se extinguiu totalmente com a morte.<sup>2</sup>

Vou determinar as primeiras linhas do estatuto jurídico do que morreu.

Primeiro, tentar situar o inapreensível, a morte; e enquadrar depois desse momento o estatuto jurídico do falecido.

## 2. A MORTE

---

<sup>1</sup> “A criança-sujeito: a vida intra-uterina”, in “Nós, Estudos de Direito das pessoas”, Coimbra, Almedina, 2005, pág. 57 e segs.; “O estatuto jurídico do nascituro”, *ibid.*, págs. 75 e segs.

<sup>2</sup> “A indemnização do dano da morte”, “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra”, Coimbra, 1974. Também in “Nós, Estudos de Direito das pessoas”, Coimbra, Almedina, 2005; “A vida, a morte e a sua indemnização”, Boletim do Ministério da Justiça”, Lisboa, 1987; “Plaidoyer pour la vie: l’indemnisation du dommage de la mort”, “Archives de Philosophie du droit”, Paris.

Nem a vida nem a morte são “naturais”<sup>3</sup>. São completamente “problemas” cuja solução sempre incompleta e transitória só se adquire por experiência e reflexão, de onde decorre a impossibilidade de normas para si mesmo e para os outros. A morte nunca foi um fenômeno meramente biológico, mas sim um fenômeno cultural do âmbito da existência moral.

É certo que para uma cultura fatigada, como a nossa, refugiada na técnica e na causalidade mecânica (por muito que esta seja desmentida pelas ciências quânticas), a “questão” da morte parece desprovida de sentido.

Vistas as pessoas na perspectiva das funções sociais, o morto (ou o doente, o inválido, o velho) é uma máquina que deixou de funcionar e que se deita para a sucata.

Mas em outras culturas – e nas raízes profundas da nossa cultura – não foi e não é assim.

Sócrates, no momento em que aceitava a morte, afirmava que cria nos deuses atenienses, como não acreditava nenhum dos seus acusadores; e, já que deus existia, não podia acontecer nada de mal ao homem justo, nem durante a sua vida nem depois da morte (Platão, *Apologia de Sócrates*, 35d). Para Sêneca (e os estóicos), tal como o ventre materno que nos traz nove meses não nos forma para o habitar para sempre, mas antes para este mundo onde nos deposita suficientemente fortes para respirar ar e sofrer as impressões do lá de fora, também o tempo que decorre da infância até à velhice amadurece-nos para um segundo nascimento; a morte nada mais é do que a passagem à eternidade (vd. M. Hadas, *The stoic philosophy of Sêneca*, carta 102).

É certo que a morte é impossível de se defrontar, por ser o “total vazio”, a ausência definitiva, a irreversibilidade de um tempo que não voltará, a iminência de uma finitude sem recurso; o sentimento do “nada” de Heidegger – que, porém, como

---

<sup>3</sup> Neste número utilizei notas de leitura tiradas há mais de vinte e cinco anos, mas sem referência de origem. Limito-me, assim, a enviar para autores indeterminados.

entendia Bergson, não se deixa substantivar. Como pode o não-ser deixar-se apreender pelo “ser”? O que morre afasta-se progressivamente do que está vivo, continuando a morrer cada vez mais.

Mas é aqui que faremos apelo à concepção de morte do primitivo. Este não vê a morte sequer como morte da vida. Tal como não concebe uma vida unitária, mas certos estados de vida, entre os quais o estado da vida do morto.

Por representar o tempo e a existência como circulares, indo da vida à morte e da morte à vida sem rupturas. Qualquer mudança é passagem, sendo a morte uma (outra) maneira de ser/viver, vista como provisória.

Assim, a personalidade jurídica do morto – adaptada ao seu estado de vida – seria facilmente explicável.

Para o cristianismo (por falta de conhecimentos não me referirei ao islamismo, judaísmo, etc.), o ser humano é uma unidade, espírito incarnado e corpo espiritual, sendo a pessoa um nódulo ontológico na base de todas as actividades do ser humano. Pessoa humana enquanto “super-existência” – chamada a ser deus com Deus, já “nesta” vida – manifestada ao longo da vida neste mundo e prometida “ipso facto” a uma vitória sobre a morte. Descobrimo-nos “a Presença absoluta no fundo do quotidiano” tudo se funde na unidade<sup>4</sup>, continuando depois da morte a fazer-se o que se fazia antes. Não rejeitando a morte corporal, aceitando-a antes, o que significará unificá-la com a vida, deixando de ser uma ameaça, mas antes um “êxodo de ressurreição”<sup>5</sup>. Imortalidade que se inicia com a concepção (biológica) – ou melhor, já antes dela, na concepção divina, antes de todos os tempos.

### 3. CONT. – O MORTO AFASTADO PELA OMNIPOTÊN-

---

<sup>4</sup> Julian Masiá, *A sabedoria do Oriente – Do sofrimento à felicidade*, trad. Port., Lisboa, Editorial Notícias, 2003, pág.49.

<sup>5</sup> Aut. ob. cit., pág. 201.

## CIA DOS VIVOS

O afastamento do morto pelos vivos é facilitado pela concepção dominante dos direitos das pessoas<sup>6</sup>.

A concepção dos direitos da personalidade ainda hoje dominante, vê-os basicamente como liberdades ou direitos contra os outros.

Temos de notar, antes de mais, que no Direito contemporâneo há uma ideia de não modelo, de relações sociais abandonadas à vontade das pessoas, eticamente neutral, onde nem sequer se aceita, em homenagem ao direito subjectivo absoluto, que a ética, a antropologia, a biologia, se determinem em normas, se positivem em Direito. Direito destruído pela liberdade absoluta do sujeito, ao serviço da sua vontade.

O dogma da vontade, extraído do domínio neutral do comércio das coisas, foi transferido para o domínio das pessoas. Excluindo-se qualquer interesse que não seja o interesse subjectivo. Excluindo-se o *nós*, o inter-relacionamento, em favor do *eu* em oposição ao *tu*.

Em termos de qualquer norma (externa à vontade das partes) se considerar como tolhendo a liberdade, criando limites externos, intoleráveis à liberdade do sujeito. A vontade de cada um está legitimada em si mesma, sem precisar de qualquer outra referência. Ou, se quisermos, a vontade positiva-se em direito da situação concreta. Em termos de um verdadeiro jusnaturalismo da liberdade<sup>7</sup>.

Em que libertando-se dos constrangimentos da ética, da biologia ou da genética, os sujeitos, acabam por ser submetidos

---

<sup>6</sup> Vd., sobre este ponto, Massimo Paradiso, “*Famiglia e nuovi diritti della personalità: norma, desiderio e rifiuto del Diritto*”, *Quadrimestre, Rivista di diritto privato*, nº 2, 1989, Milano, Giuffrè Editore, págs. 302 e segs.; Sérgio Cotta, “*L’attuale ambientatà dei diritti fondamentali*”, *Rivista di Diritto Civile*, 1977, I, Cedam, Padova, págs. 225 e segs.

<sup>7</sup> Lombardi Valauri, “*Manipolazioni genetiche e diritto*”, “*Riv. Diritto Civile*”, 1985, 1, págs. 11 e segs.

ao constrangimento das vontades dos outros sujeitos, em prejuízo dos mais fracos que estejam presentes na relação. O outro acaba por ser negado como limite. Transformando-se num meio para a satisfação dos interesses de outrem, numa verdadeira negação da solidariedade do *viver com os outros e para os outros*.

Esquecendo-se o principal protagonista que é, em geral, o mais fraco. Mais fraco para o qual é construído o Direito que visa precisamente obter uma relação de igualdade entre forças diferentes.

Negando-se qualquer projecto comum, qualquer normalidade, qualquer interesse geral, a favor da vontade de cada um. Transformando-se tudo o que é público em privado e o ser humano no elemento de um comércio jurídico que o ultrapassa.

A vontade/desejo enquanto nova categoria fundamental absoluta acaba por suprimir o próprio titular do desejo, ao corporizar-se num novo ser predador externo a qualquer uma das partes. Depois de (pretensamente) terem “morrido” Deus, a ética, a biologia, a genética, a sociologia e a família, assiste-se à morte do próprio sujeito desiderante.

O Direito deixa de suportar a pergunta do seu fundamento, para se identificar com a prática do desejo. Enquanto que antes era a forma lei que não permitia qualquer interrogação sobre os seus fundamentos, hoje é a vontade/direito/liberdade do sujeito que não permite qualquer limite ou qualquer interrogação que seria naturalmente violadora desse direito e portanto ilegítima.

Assim, os direitos das pessoas – e a própria pessoa - situados na esfera da legitimidade absoluta do individuo, caem no anarquismo.

Para conhecerem um exercício predador dos mais fracos.

O Direito visava uma igualação de posições entre o mais forte e o mais fraco. Hoje os direitos permitem a predação

do mais fraco (criança, velho, falecido, etc.) pelo mais forte. Este exclui o outro, submetendo-o ao seu desejo.

Daqui a expulsão – mais rápida do que era uso – do falecido do mundo dos vivos. A sua eliminação da vida jurídica.

Quando, tradicionalmente e ainda hoje, o fenómeno sucessório, a constituição de fundações e de “trusts”, etc., reflectem a projecção da pessoa que já morreu; da pessoa (jurídica) no estado (de vida) do morto.

#### 4. A LEI PORTUGUESA

O Código Civil dispõe no seu artigo 71º, 1 que os direitos da personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do seu titular.

A norma parece-me inquestionável e existiria com a mesma força jurídica mesmo na ausência de lei escrita. Com efeito, a pessoa positiva-se em Direito, não sendo o Direito que a cria.

Contudo, tal disposição não nos esclarece completamente – nem tinha de o fazer – sobre a tutela jurídica “post-mortem”.

#### 5. ESTATUTO JURÍDICO “POST-MORTEM”. PONTO DE PARTIDA: KAYSER.

Primeiro, entendeu-se que os direitos da pessoa, em virtude do seu carácter pessoal, terminavam com a morte do seu titular<sup>8</sup>. Contudo, outros propenderam no sentido de que, sendo interesses morais, sobrevivem ao seu titular enquanto interesses juridicamente protegidos<sup>9</sup>. Haveria um fenómeno de “herança moral”, ao lado da herança patrimonial, com os herdeiros a

---

<sup>8</sup> Vd. Pierre Kayser, “*Les droits de la personnalité - Aspects théoriques et pratiques*”, “*Rev. Trim. Dr. Civil*”, Sirey, Paris, 1971, p. 497.

<sup>9</sup> Aut. ob. loc. citis.

continuarem a pessoa do titular dos direitos<sup>10</sup>. A sucessão nos bens assentaria no dever do “de cuius”, perante os membros da sua família, de lhes assegurar a continuação da fruição do património familiar. A sucessão nos direitos da personalidade decorreria da assunção dos deveres dos sucessores perante o “de cuius”<sup>11</sup>. Seria o caso do direito moral de autor<sup>12</sup> e do direito à reserva da vida privada<sup>13</sup>.

Tais direitos seriam adquiridos pelos seus herdeiros, em termos de o *interesse* continuar a pertencer ao “de cuius” e o *poder* respectivo se transmitir aos herdeiros para lhes permitir a protecção dos interesses juridicamente protegidos do falecido<sup>14</sup>.

Outros direitos extinguir-se-iam com a morte do seu titular, como o direito ao nome e o direito de se opor à realização da sua imagem<sup>15</sup>; ou o direito de se arrepender da publicação de uma obra, ou o direito de resposta<sup>16</sup>.

Outros direitos são adquiridos pelos herdeiros originariamente, nunca tendo pertencido ao “de cuius”. Tratar-se-ia do direito de se opor à realização e publicação da imagem do falecido, ou o direito de resposta perante as difamações e injúrias veiculadas através da imprensa contra a memória do falecido<sup>17</sup>.

Acrescenta-se que os direitos da personalidade transmitidos “mortis causa” não se adicionaram simplesmente aos direitos patrimoniais transmitidos. Com base na ideia, referida supra<sup>18</sup>, de que, enquanto os direitos patrimoniais se transmitem no interesse dos adquirentes, os direitos pessoais se trans-

---

<sup>10</sup> Aut. ob. loc. cit., referindo S. Zarka, L'héritage moral, tese dact., Paris, 1954.

<sup>11</sup> Neste sentido, Aut. ob. cit., pág. 497 e 500.

<sup>12</sup> Sobre este direito vd. José de Oliveira Ascensão, O futuro do “Direito Moral” in “Direito e Justiça”, XVIII, 2004, T.1, págs. 41 e segs.

<sup>13</sup> Aut. ob. cit., págs. 497/8.

<sup>14</sup> Aut. ob. cit., pág. 499.

<sup>15</sup> Aut. ob. cit., pág. 497.

<sup>16</sup> Aut. ob. cit., págs. 497-8.

<sup>17</sup> Aut. ob. cit., pág. 498.

<sup>18</sup> Vd. Aut. ob. cit., p. 499.

mitem no interesse do falecido. Daqui que o interesse pertença a este último, e o poder aos herdeiros.

De onde decorreria que o “de cuius” poderia indicar livremente quem assumiria a defesa dos seus interesses, com eventual preferência da sucessão testamentária. Enquanto que, por seu lado, o herdeiro legitimário que renunciar à herança continuará a ter o poder de defender os interesses pessoais do falecido.

## 6. ESTATUTO JURÍDICO “POST-MORTEM” - CONT.

Estou de acordo com Kayser em que a transmissão dos direitos da personalidade, quando seja possível, não pode ser tratada como a transmissão de um direito de carácter patrimonial. Os direitos são transmitidos no interesse do “de cuius”; enquanto que, nos direitos patrimoniais, a transmissão é no interesse dos herdeiros.

Convém aqui desenvolver este ponto de partida na minha perspectiva.

Há que distinguir, desde logo, duas categorias de direitos da personalidade: os que pertenciam ao “de cuius”; os que pertenciam ou passam a pertencer aos seus herdeiros.

Os parentes mais próximos “do cuius” têm – e tinham – direitos da personalidade e interesses muito “próximos” daquele. O bom nome e reputação dos pais ou avós, sobretudo, interessa directamente aos filhos e netos.

Depois do falecimento do pai, os filhos aparecem a defender, no interesse dele, mas também no interesse (em termos de poder funcional) próprio, o seu bom nome e reputação.

E o seu interesse deixa de estar consumido juridicamente pelo interesse do pai enquanto vivo; podendo autonomizar-se daquele. Depois do falecimento, passa a funcionar directamente o juízo dos seus herdeiros sobre o interesse do “de cuius”, que também é um interesse seu sem se confundir com aquele.



Os direitos do falecido mantêm-se na medida em que ele tenha interesse nisso. Sendo exercidos no seu interesse pelas pessoas que tenham legitimidade para tal.

Não enquanto direitos dos parentes, mas enquanto direitos do falecido. Será este o seu titular; continuam a ser direitos da (sua) personalidade, mas também direitos dos seus familiares por os interesses destes se terem autonomizado depois da morte do titular dos direitos. Passando a coexistir estes com aqueles.

## 7. TITULARES DA CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS.

Se a personalidade jurídica (e a capacidade jurídica associada<sup>19</sup>) se mantem em homenagem ao que era, a capacidade de exercício tem de ser dos parentes próximos. São estes que, na terminologia de Kayser, passam a ter o poder de tutelar tais interesses.

Neste sentido dispõe o nº 2 do artigo 71º do Código Civil: têm legitimidade para requerer as providências de protecção dos direitos da personalidade depois da morte do respectivo titular, o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

Surege a letra da lei – de acordo com o que tenho sustentado – que os parentes próximos só têm capacidade de exercício dos direitos (“legitimidade”). Continuando os direitos a pertencer ao falecido.

O “de cuius” pode indicar, para além daquelas, outras pessoas que deverão proceder à tutela dos seus direitos. Podendo também excluir, em meu entender, por ex., um sucessível deserddado ou indigno.

---

<sup>19</sup> Vd. Sobre estes conceitos, Carlos Alberto Mota Pinto, *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, nºs 46 e 47.

Depois da morte, os direitos de carácter patrimonial extinguem-se ou transmitem-se. Assim como todas as relações de carácter pessoal que pressupõem um estado de vida (antes da morte) - como o casamento. Mas alguns direitos da personalidade sobrevivem à morte. Em termos de estes ocuparem todo o “espaço” desta fase da vida, ao lado da ideia de perpetuação de patrimónios assinalada tradicionalmente ao Direito das Sucessões<sup>20</sup>.

O que está aqui em causa é a continuidade da pessoa, pelo menos para efeitos de protecção da pessoa no passado<sup>21</sup>.

Tem-se vindo a descobrir a pessoa (jurídica) depois da morte, e a descrever cada vez mais interesses juridicamente protegidos “post-mortem”. Entre eles, o direito moral de autor, o direito à indemnização pelo dano da morte, o direito ao corpo, à sepultura, ao bom nome e reputação (da pessoa que era), etc.

Tais direitos só podem ser exercidos pelos parentes próximos, sucessores testamentários ou entidades encarregadas de tutelar os interesses dos ausentes.

Mas, repete-se: fá-lo-ão em nome e interesse próprios, ou por conta do falecido? Será sempre por conta do falecido, defendendo interesses do falecido na “fase da vida” em que se encontra – ou, se quisermos, em atenção, por conta da pessoa que foi. Não se trata de interesse próprio que pode ser até contrário ao do falecido – suponha-se a oferta de uma elevada quantia em dinheiro por alguém que pretende atribuir, falsamente, a um antepassado, a autoria de parte ou da titularidade de uma obra célebre. Mas também o fazem em nome e interes-

---

<sup>20</sup> Vd. Diogo Leite de Campos, “A indemnização do dano da morte”, in “Nós”, cit., pág. 348.

<sup>21</sup> Sobre algumas das posições tomadas nesta matéria, vd. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 3ª ed., 2005, págs. 49 e segs.; R. Capelo de Sousa, *O Direito geral da personalidade*, Coimbra, págs. 192 e segs.; J. Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria geral*, Coimbra, Coimbra Editora, Vol. I, 2ª ed., págs. 100 e segs.; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, I, III, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, págs. 451 e segs.

se próprios, pela sua proximidade do falecido.

A pessoa humana cria “*ipso facto*” o seu estatuto jurídico, os seus direitos fundamentais, objectivando-se em normas. Antes e acima do Direito legislado; servindo de fundamento primeiro e necessário deste. Em termos de a personalidade jurídica não terminar com a morte, mantendo-se em outro estado – o estado (da vida) do falecido. Extinguindo-se, sim, a capacidade jurídica de exercício de direitos.

