

# ANÁLISE COMPARATIVA DAS TEORIAS SOBRE A TUTELA JURÍDICA DA HONRA APÓS A MORTE

Renata Oliveira Almeida Menezes <sup>1</sup>

Roger Eduardo Falcão Chacon <sup>2</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais da proteção da honra *post mortem* no Brasil. 2.1 Evolução histórica dos direitos da personalidade e da honra. 2.2 Os direitos da personalidade e a honra *post mortem* no código civil de 2002. 3. Teorias sobre a existência do direito à honra após a morte e a titularidade do possível direito violado pela ofensa ao morto. 4. Titularidade do direito subjetivo e capacidade processual ativa em ações judiciais sobre a tutela da honra *post mortem*. 4.1 Titularidade do direito subjetivo à honra *post mortem*. 4.2 Legitimidade ativa nas ações judiciais referentes à honra *post mortem*. 4.3 Titularidade do direito subjetivo à honra *post mortem* x Capacidade processual ativa. Conclusões. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta da *Universidade Federal do Rio Grande do Norte*. Professora da *Pós-graduação da Universidade Federal de Pernambuco*; Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais - *Universidad Federal de Campina Grande e Universidad del Museo Social Argentino*; Doutoranda em Direito Privado – *Universidade Federal de Pernambuco e Universidade de Lisboa*; Mestra em Direito Privado – *Universidade Federal de Pernambuco*; Especialista em Direito – *Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas*; Bacharela em Direito – *Universidade Estadual da Paraíba*.

<sup>2</sup> Advogado. Bacharel em Direito - *Faculdade de Direito de Olinda / Faculdades Integradas Barros Melo*. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial - *Universidade Federal de Pernambuco*.



tema da tutela jurídica da honra após a morte, objeto do presente artigo, em uma primeira abordagem, pode causar certa estranheza, pois, afinal, o Código Civil é peremptório ao dispor, no art. 6º, que a existência da pessoa natural (personalidade jurídica) termina com a morte (*mors omnia solvit*). Contudo, o raciocínio não é tão singelo como parece à primeira vista, basta imaginar o fato de que, muito dificilmente, alguém ficaria satisfeito ou inerte perante uma ofensa à memória de algum parente querido.

Com efeito, é razoável asseverar, que a memória do morto apresenta uma dignidade a ser preservada; assim, não é aceitável, nem justo, que a honra de uma pessoa falecida sofra ataques. Vale ressaltar que a proteção *post mortem* dos direitos da personalidade está contemplada nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil; porém, como seria possível conciliar as ideias constantes no Código Civil, aparentemente antagônicas, de que a personalidade da pessoa natural termina com a morte e a proteção *post mortem* dos direitos da personalidade? Assim sendo, os doutrinadores se debruçaram sobre esse dilema com o escopo de tentar solucioná-lo, conforme se verificará adiante, abordando-se algumas das várias teorias referentes ao tema.

Desta feita, o escopo do presente trabalho é examinar se o *de cuius* pode ou não ser titular de direitos da personalidade, bem como analisar se é possível, realmente, se defender a honra *post mortem*, verificando-se os prós e os contras de cada uma das linhas teóricas apresentadas. Por meio do método da abordagem dialética, fazendo-se uso de revisão bibliográfica, mostrar-se-á, neste artigo, um painel expositivo com os principais entendimentos sobre o assunto, de modo a possibilitar a contraposição de ideias, com vistas a verificar, por fim, se há alguma que se mostre mais apta para os propósitos da proteção da personalidade *post mortem*.

## 2. ASPECTOS GERAIS DA PROTEÇÃO DA HONRA *POST MORTEM* NO BRASIL

### 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DA HONRA

Os direitos da personalidade passaram a ser considerados como uma categoria de direito subjetivo em consequência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950. Contudo, a preocupação com os direitos humanos se faz presente desde o período da Antiguidade, tendo sido reforçada com a eclosão do Cristianismo (BELTRÃO; MENEZES, 2018, p.1408).

No Brasil, o primeiro a falar expressamente sobre os direitos da personalidade foi o eminente jurista Augusto Teixeira de Freitas (2003). Ele mencionou a respeito dos direitos da personalidade no prefácio de sua Consolidação das Leis Civis. O grande jurista baiano entendia que, apesar de serem direitos subjetivos, os direitos da personalidade, na qualidade de incorpóreos (considerando não estarem inseridos no conceito jurídico de coisa) e conseqüentemente por não serem passíveis de uma avaliação pecuniária, não poderiam ser incluídos na legislação civil (BORGHETTI, 2006, p.134-135).

Ao elaborar o projeto do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua excluiu a proteção, na ordem civil, aos “modos de ser da própria pessoa na vida social”, a exemplo da existência, da liberdade, da honra, etc. Destarte, entendeu como objeto dos direitos subjetivos, originários das relações reguladas pelo Código Civil, apenas as coisas corpóreas e a vontade das outras pessoas, ou, excepcionalmente, os danos patrimoniais resultantes da ofensa aos “modos de ser da pessoa”, em posicionamento semelhante ao de Teixeira de Freitas (2003).

É relevante salientar que o referido Diploma não possuía normas sobre a matéria, isto é, um capítulo específico sobre direitos da personalidade, de modo que seguiu a estruturação geral dos diplomas tradicionais de influência francesa (BITTAR, 2001, p. 38). Com efeito, apesar de o Código Civil de 1916 não dispor sobre os direitos da personalidade em um capítulo específico, tratou expressamente de proteger a honra, de forma pontual e esparsa, em determinadas situações (VENOSA, 2016, p. 183).

No século XX, os direitos da personalidade, só foram tratados, pela primeira vez, de forma expressa e com destaque no âmbito da previsão legislativa brasileira, com o anteprojeto do Código Civil de Orlando Gomes. Vale ressaltar que bem antes do anteprojeto do Código Civil, da lavra de Orlando Gomes, a doutrina pátria já debatia sobre o tema (BITTAR, 1991, p. 53) e a jurisprudência brasileira já tutelava tais direitos, espelhando-se na jurisprudência e na legislação estrangeiras (RODRIGUES, 2000, p. 85). Ocorre que, malograda a tentativa de codificação de 1963, de autoria de Orlando Gomes, surgiu um novo projeto, elaborado por uma comissão presidida por Miguel Reale, o qual foi aprovado na Câmara dos Deputados (GOMES, 1999, p. 67) e que em muitos pontos seguiu a mesma orientação do anterior, ou seja, retomou-se a matéria dos direitos da personalidade.

É importante mencionar que, durante o tempo de vigência do Código Civil de 1916, foi no Direito Penal que a tutela da honra ocorreu de forma mais efetiva, pois o Código Penal já previa os crimes de calúnia, difamação e injúria. Contudo, no âmbito do Direito Civil, só em fins do século XX, é que foi possível construir uma dogmática dos direitos da personalidade, através do destaque dado à dignidade da pessoa humana por meio dos incisos III do art. 1º e XLI do art. 5º, ambos da Carta Magna de 1988 (DINIZ, 2016, p. 133).

## 2.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A HONRA

## POST MORTEM NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002 resultou do projeto nº 634 do ano de 1975, o qual foi elaborado por uma comissão presidida pelo Professor Miguel Reale. Conforme foi mencionado anteriormente, o projeto desenvolvido pela comissão de Miguel Reale aproveitou os dispositivos, referentes aos direitos da personalidade, do anteprojeto de Orlando Gomes. De acordo com as notas explicativas do referido projeto, o capítulo referente aos direitos da personalidade possui poucos dispositivos, considerando que o tema é complexo e de significação ética essencial, razão pela qual pretendeu-se deixar o desenvolvimento da matéria para a jurisprudência e a doutrina, no que foi influenciado pelo Código Civil Italiano (BITTAR, 1991, p. 55). Por conseguinte, o atual Código Civil Brasileiro, não estabeleceu expressamente um conceito jurídico de honra e de honra *post mortem*, deixando em aberto essas definições para os operadores do Direito.

Merecem destaque os artigos 11, 12, 17, 19, 20 e 21 do Código Civil de 2002 que tratam da tutela geral, inclusive *post mortem*, dos direitos da personalidade, da proteção ao nome da pessoa natural, ao segredo, à imagem e à inviolabilidade da vida privada. Quanto ao parágrafo único do art. 12 do Código Civil de 2002, os juristas Álvaro Villaça Azevedo e Gustavo Rene Nicolau (apud ZANINI, 2011, p. 197) asseveram que os direitos da personalidade permanecem vivos, mesmo depois da morte do seu titular, de modo que representa uma grande inovação a proteção expressa dos direitos da personalidade de alguém que já faleceu.

Com relação ao art. 20, que dispõe sobre o direito ao segredo e à imagem, consta a proibição de divulgação de escritos, da transmissão de palavras ou da publicação, exposição e utilização de imagem da pessoa, se forem atingidas a sua honra, boa fama e respeitabilidade. Ademais, o parágrafo único do artigo 20 do Código Civil trata expressamente do direito à honra *post*

*mortem* quando dispõe que o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes, na hipótese de ofensa à honra do falecido, são partes legítimas para requererem a proteção. Nesse sentido, é relevante salientar, que o capítulo referente aos direitos da personalidade reflete bem o valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro que é a proteção da pessoa humana.

Com efeito, o direito à honra é elemento de cunho moral fundamental à composição da personalidade, de modo que é inerente à natureza humana e ao mais profundo do seu interior que é o reduto da dignidade. Ademais, a honra acompanha a pessoa desde o seu nascimento, durante toda a sua vida e até mesmo após a morte, em face da extensão *post mortem* da proteção à honra. Vale ressaltar que o reconhecimento do direito à honra pelo Código Civil de 2002 consiste na proteção da honra objetiva, ou seja, na defesa da reputação da pessoa, do seu bom nome e da fama que desfruta na sociedade.

Por outro lado, o direito à honra não se resume apenas à proteção da honra objetiva, mas também no sentimento pessoal de estima e da consciência da própria dignidade que se traduz na honra subjetiva. Por fim, é imperioso mencionar que ao destacar os direitos da personalidade, o Código Civil de 2002, que é uma legislação de âmbito privado, passou a estar em consonância com a Constituição Federal de 1988, a qual deu grande visibilidade aos direitos fundamentais, nesse sentido a doutrina majoritária se posiciona, a exemplo de Bittar (1991, p. 56-57).

### 3. TEORIAS SOBRE A EXISTÊNCIA DO DIREITO À HONRA APÓS A MORTE E A TITULARIDADE DO POSSÍVEL DIREITO VIOLADO PELA OFENSA AO MORTO

#### A) PRIMEIRA TEORIA

O artigo 6º do Código Civil de 2002 estabelece que a existência da pessoa natural termina com a morte, ou seja, com

a morte não há mais personalidade civil. Assim, considerando que essa norma é constante em vários ordenamentos jurídicos, foram desenvolvidas várias teorias que procuraram fundamentar a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade.

A primeira delas é a denominada teoria do direito novo, também chamada de teoria do direito dos vivos, sustentada por Carlos Alberto da Mota Pinto, Antônio Menezes Cordeiro e Pedro Pais de Vasconcelos, ilustres juristas portugueses, os quais asseveram que a personalidade extingue-se com a morte e que uma ofensa ao *de cuius*, em verdade, importa numa violação ao direito dos familiares de exigirem o respeito pelo descanso e pela memória do morto. Nesse diapasão, a tutela *post mortem* consiste na proteção ao referido direito dos familiares, até porque uma ofensa à memória do falecido atinge, de forma reflexa (leção indireta), a honra dos seus parentes sobreviventes, é o que se denomina de dano em ricochete.

Assim sendo, proteção *post mortem*, de determinados direitos da personalidade, possui como fundamento a dignidade e o respeito à pessoa humana, a qual não tem a sua inviolabilidade encerrada com o advento da morte, de modo que não apenas as pessoas já nascidas são portadoras de dignidade, mas também a memória das pessoas falecidas. Vale ressaltar que a memória consiste nos atos praticados pelo *de cuius* ao longo da vida e através dos quais são revelados alguns dos seus atributos da personalidade. Ademais, é razoável entender-se por memória a identidade que se formou durante a trajetória de vida do indivíduo. Com efeito, apesar do evento morte, a identidade da pessoa permanecerá nas lembranças daqueles que conviviam com o falecido. Assim, por exemplo, tem-se o pai carinhoso, o bom marido, o trabalhador honesto (WEISZFLOG, 2016, p. 141).

Não obstante a extinção da personalidade do morto, permanece a proteção *post mortem* de determinados direitos da personalidade, em relação aos quais a tutela se faz necessária, a exemplo do direito à honra, à imagem, à sepultura, entre outros,

que têm a ver com o respeito à dignidade da memória do *de cuius*. Por outro lado, com a ocorrência da morte, os direitos à vida, à liberdade de locomoção, ao livre desenvolvimento da personalidade e à integridade física, não possuem mais qualquer tutela, pois pressupõem um titular vivo e atuante.

Desse modo, surge um novo direito subjetivo de titularidade dos familiares do *de cuius* (CRAVEIRO, 2012, p.131-134), tendo em vista a não transmissibilidade do direito à honra em si mesmo, conforme dispõe o art. 11 do Código Civil Brasileiro, o qual dispõe que os direitos da personalidade são intransmissíveis, de modo que os familiares passam a ser titulares do direito de exigir o respeito à memória do parente falecido. Assim, por exemplo, o parente sobrevivente não é o titular do direito à honra, que pertenceu ao falecido, pois a lei proíbe a transmissão desse direito (ZANINI, 2011, p. 242). Adepto desse entendimento, o Professor Menezes Cordeiro (apud BELTRÃO, 2015, p.10) afirma que, por muito que se macule a memória do morto, a tutela *post mortem* é necessariamente uma defesa, por direito próprio, dos vivos, ou seja, dos familiares legitimados para agir. O Superior Tribunal de Justiça adere a essa teoria, pois reconhece que os familiares são afetados pela lesão à memória do morto.

Após a morte não há mais personalidade civil, porém, permanece a proteção de alguns atributos da personalidade, os quais estão relacionados com o respeito à dignidade da memória do falecido, bem como com a própria honra dos familiares. Seguindo esse raciocínio, Craveiro (2012, p.132) aduz que “ou a personalidade inteira persiste, em coerência com a unicidade que é da sua essência, ou então não se poderá dizer que a personalidade persiste após a morte”.

Os fundamentos dessa teoria demonstram uma maior razoabilidade, pois na ocasião da morte ocorre a extinção da personalidade jurídica. Desta feita, com o falecimento, não há mais um sujeito de direitos. Entretanto, é correto asseverar que a



proteção a certos atributos da personalidade, que são condizentes com a natureza do *de cuius*, permanece após a morte. Destarte, não ocorre a transmissão de um direito subjetivo, mas sim uma concessão direta da lei aos familiares do morto, os quais passam a ter o direito subjetivo de promover a defesa da honra do *de cuius*, e a deles próprios, a partir do momento da morte do parente.

Nesse sentido, é razoável o posicionamento de que os familiares sobreviventes possuem a titularidade do direito de proteção da honra *post mortem*, bem como a legitimidade processual para atuarem na defesa da memória do morto, tendo em vista que uma lesão à memória do *de cuius* importa, na verdade, numa ofensa à honra deles próprios.

## B) SEGUNDA TEORIA

Esta teoria, que é muito semelhante à anterior, consiste no entendimento do Renato Craveiro (2012), segundo o qual não há o surgimento de um novo direito para os familiares, com base nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil, mas, em verdade, o que ocorre, com o advento da morte, é uma transmissão, do falecido para os seus familiares, da tutela da honra, o que não se confunde com a transmissão da própria honra do morto. Nesse caso, com a transmissão, os familiares passam a ser titulares do direito subjetivo de tutelar a honra do parente falecido, uma vez que a proteção da honra do defunto confunde-se com a defesa da honra dos próprios familiares sobreviventes.

Da mesma forma que na teoria anterior, há o entendimento de que a personalidade extinguiu-se no momento da morte. Ocorre que, tal entendimento, *permissa venia*, não prima pela coerência, pois, em verdade, não se trata de uma transmissão do direito subjetivo, considerando que os familiares sobreviventes, por expressa previsão legal já mencionada, são os titulares do direito de defender a honra *post mortem*. Ademais, a lei

proíbe a transmissão dos direitos da personalidade, razão pela qual é mais adequado entender-se que com a morte não é possível ocorrer a transmissibilidade do direito da personalidade, bem como da sua tutela.

### C) TERCEIRA TEORIA

A terceira teoria é defendida pelos Professores José de Oliveira Ascensão e Silvio Romero Beltrão, os quais entendem que o valor pessoal e a memória do morto, vistos como bens autônomos, prolongam-se para depois da morte a fim de serem tutelados (BELTRÃO, 2015, p. 4-5). Com efeito, a proteção se faz em relação à memória do morto, considerada de forma autônoma, tendo em vista a ocorrência de ofensas a determinados bens da personalidade que não necessitam de um titular vivo e atuante para existirem. Seguindo esse raciocínio, a tutela jurídica não ocorre em relação à própria pessoa do morto, porque não há mais personalidade, a qual foi extinta com a morte. Desta feita, não existe um sujeito de direitos e obrigações, mas há sim determinados bens (atributos) da personalidade que são condizentes com a natureza de alguém que está morto.

Desse modo, o que se tem é uma lesão à memória do *de cuius*, a qual merece ser defendida em virtude das ofensas perpetradas contra os atributos da personalidade. Portanto, de acordo com essa teoria, não houve qualquer lesão à honra ou à personalidade dos familiares sobreviventes. Nesse sentido, não obstante o entendimento dos eminentes juristas que são favoráveis a essa teoria, com a devida *venia*, não parece ser a mais razoável, considerando o fato de que a lesão não afeta unicamente a memória do morto, mas também e principalmente a honra dos próprios familiares.

### D) QUARTA TEORIA

É a teoria do prolongamento da personalidade, a qual nega a extinção da personalidade com a morte, de maneira que a personalidade do defunto é “empurrada” para depois da morte (ZANINI, 2011, p. 193). Desta feita, a personalidade não se extingue totalmente com a morte, mas prolonga -se após tal evento (BELTRÃO, 2015, p.5) (ZANINI, 2011, p. 196). Em referência aos direitos da personalidade pós-mortais e à indenização pelo dano em decorrência da morte, o Professor Leite de Campos (apud SAMELO, 2015, p.18), ao analisar a legislação civil portuguesa, assevera que vê, na aquisição do direito *post-mortem*, “ainda uma manifestação da personalidade jurídica do *de cujus* e dos interesses que lhe estão subjacentes”.

Nas palavras do Professor Menezes Cordeiro (apud WEISZFLOG, 2016, p. 135), a extinção da personalidade com a morte é “dado ontológico que não pode ser revisto, sob pena de total contrariedade ao sistema”. Ademais, o que deve ser dito, em relação a essa teoria, é que contraria o próprio Código Civil Brasileiro, o qual dispõe, no seu art. 6º, que a existência da pessoa natural (personalidade jurídica) termina com a morte (*mors omnia solvit*).

## E) QUINTA TEORIA

Outra tese proposta é a que sustenta que a tutela *post mortem* é um dever jurídico geral a ser cumprido por todos, ou seja, qualquer pessoa do povo poderia defender a honra do morto, ainda que jamais o tivesse conhecido, desde que isso lhe parecesse conveniente (CRAVEIRO, 2012, p.123). Nesse caso, “o respeito pelo falecido adviria de um dever geral de respeito, que não se subjetivaria em nenhuma pessoa concreta” (WEISZFLOG, 2016, p. 137). Desta feita, essa proposta contraria os artigos 12 e 20 do Código Civil que estabelecem um rol de legitimados, ao beneficiar quem intentou a ação e não a família do morto.

## F) SEXTA TEORIA

A jurista Heloísa Cardillo Weiszflog (2016, p.142-143-163) sustenta que com a morte cessa a personalidade, mas não a sua emanção. Assim, segundo ela, ao ocorrer a morte o que fica no lugar da personalidade é, justamente, a dignidade do *de cujus*, a qual, ao contrário da personalidade, nunca cessa. Nesse contexto, tem-se que a personalidade é o sustentáculo dos direitos da personalidade, ou seja, é a investidura para a existência dos direitos da personalidade em vida.

Já a dignidade, consiste no pedestal sobre o qual se erige a eficácia póstuma dos direitos da personalidade, o que decorre do fato de a dignidade ser inerente à natureza humana e não ao homem como entidade fisicamente presente. Desta feita, o morto continua a ostentar dignidade. Portanto, asseverar que com a morte o aniquilamento não é completo significa sustentar a eficácia póstuma dos direitos da personalidade, a qual tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana que se apresenta como valor perene, desconhecendo barreiras de tempo-espço.

A dignidade da memória do morto, sem dúvida, deve ser preservada. Realmente trata-se de um valor perene que com o advento da morte incide sobre a memória do falecido. Com efeito, tal dignidade deve ser preservada e respeitada principalmente no interesse dos familiares, ou seja, uma afronta à dignidade da memória do *de cujus* constitui uma ofensa à própria dignidade dos familiares. Desta feita, os familiares possuem a titularidade do direito de defender a memória do defunto.

## 4. TITULARIDADE DO DIREITO SUBJETIVO E CAPACIDADE PROCESSUAL ATIVA EM AÇÕES JUDICIAIS SOBRE A TUTELA DA HONRA *POST MORTEM*

#### 4.1 TITULARIDADE DO DIREITO SUBJETIVO DE TUTELA DA HONRA *POST MORTEM*

A titularidade do direito à honra *post mortem* depende da teoria a ser adotada. Se considerarmos a primeira teoria, a titularidade do direito subjetivo da tutela da honra *post mortem* pertence aos familiares, pois uma ofensa à honra do morto importa, na verdade, numa lesão à sua memória, o que afeta a honra dos seus familiares sobreviventes. Já quanto à segunda teoria, os familiares sobreviventes possuem a titularidade de defender a honra do *de cuius*, o que importa em um direito subjetivo que lhes foi transmitido no momento da morte do parente, tendo em vista que uma ofensa à honra do morto provoca uma lesão à sua memória, o que afeta à honra dos seus familiares.

No caso da terceira teoria, tem-se o entendimento de que o familiar não possui a titularidade do bem jurídico violado, pois não se exige a comprovação do dano à sua personalidade, mas sim à memória do *de cuius* que é o valor protegido (BELTRÃO, 2004, p. 81). Entretanto, também há o posicionamento de que a legitimação, concedida pelo parágrafo único do artigo 12 do Código Civil, não permite concluir se os parentes sobreviventes são os titulares dos atributos da personalidade que merecem ser preservados após a morte (BELTRÃO, 2015, p. 7). Portanto, o aspecto que verdadeiramente interessa é que a memória sofreu uma lesão através de uma ofensa a determinado atributo da personalidade, razão pela qual a memória, considerada de forma autônoma, é que merece ser tutelada pelo direito e não a honra dos familiares sobreviventes (BELTRÃO, 2015, p. 3--7).

No que se refere à quarta teoria, o Professor Leite de Campos afirma que os parentes mais próximos só têm capacidade ou legitimidade para o exercício dos direitos. Logo, segundo ele, os direitos continuam a pertencer ao falecido, ou seja, o *de cuius* permanece com a titularidade dos mesmos. Desse modo, “as pessoas com legitimidade de exercício de direitos fá-

lo-ão sempre por conta do falecido, defendendo interesses do falecido, por conta da pessoa que foi” (apud SAMELO, 2015, p.18). Nesse diapasão, o referido doutrinador aduz que os herdeiros do falecido não defendem um interesse próprio, mas sim um interesse do defunto, de maneira que exercem tais direitos no interesse do *de cujus*, considerando que a personalidade jurídica se prolonga para depois da morte (apud BELTRÃO, 2015, p.12). Nesse caso, os familiares têm apenas uma legitimação processual para defesa do direito subjetivo do *de cujus*.

Quanto à quinta teoria, salvo melhor juízo, a titularidade da tutela da honra *post mortem* pertence a qualquer pessoa do povo, ainda que jamais tivesse conhecido o morto. Já em relação à sexta teoria (WEISZFLOG, 2016, p. 142-143), diferentemente da anterior, a titularidade do direito da personalidade permanece com o morto, o qual não possui mais personalidade, porém, ostenta a dignidade que não cessou com a morte.

#### 4.2 LEGITIMIDADE ATIVA NAS AÇÕES JUDICIAIS REFERENTES À HONRA *POST MORTEM*

Primeiramente cabe ressaltar que a legitimidade *ad causam* ou legitimidade processual ativa está relacionada com a titularidade do direito subjetivo, de modo que terá a legitimidade ativa aquele que for o titular do direito, salvo algumas exceções expressas na lei. Dito isso, é relevante asseverar que para um exame da legitimidade ativa, nas ações que envolvam a honra *post mortem*, é imperioso levar-se em consideração as teorias expostas anteriormente. Antes, porém, deve-se destacar que a legitimidade *ad causam* se subdivide em legitimação ordinária (regra geral), a qual consiste numa situação em que alguém, em nome próprio, defende interesse (direito) próprio, e a legitimação extraordinária, também chamada de substituição processual, que refere-se à situação de alguém “que defende, em nome próprio, interesse de outro sujeito de direito” (DIDIER JÚNIOR,

2016, p.347).

No caso da primeira teoria e da segunda teoria, a titularidade do direito de tutela da honra *post mortem* e a legitimidade processual ativa pertencem aos familiares do *de cuius*, pois como eles possuem a titularidade do direito subjetivo, é natural que também tenham a legitimidade processual. Vale ressaltar que não se trata de uma mera legitimação processual, concedida pela lei, uma vez que não estão defendendo um direito alheio, mas sim atuando em nome próprio e na defesa de direito próprio (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.198). Ainda com relação às duas primeiras teorias, o egrégio Superior Tribunal de Justiça entende que os familiares, enumerados nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil, na qualidade de titulares do direito subjetivo de defender a honra *post mortem*, possuem o direito próprio de pedir indenização, tendo conseqüentemente a legitimidade processual ativa (WEISZFLOG, 2016, p. 133).

No tocante à proposição da ação indenizatória, o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com as referidas teorias, considera que poderão ocorrer tantas ações indenizatórias quantos forem os herdeiros que tenham interesse em defender determinados bens da personalidade do falecido, os quais estejam relacionados com o respeito à memória do morto, de modo que os familiares assim atuam na defesa da personalidade deles próprios. Desta feita, mesmo que outros parentes, inclusive na condição de herdeiros necessários, já tenham ingressado com ação judicial e recebido o valor indenizatório, nada impede que outros familiares, elencados no parágrafo único do art. 12 do Código Civil, façam o mesmo, ainda que não demonstrado o vínculo afetivo entre eles e o falecido (BELTRÃO, 2015, p.6 e 12).

Contudo, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (1999) defende uma limitação para a denominada “cadeia da felicidade”, pois torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, considerando que ensejaria o surgimento de uma cadeia infinita de possíveis pretendentes à

reparação à dor moral. Nesse sentido, a Weiszflog (2016, p. 150) advoga que apesar do rol dos legitimados, constante nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20, referir-se ao cônjuge, parentes em linha reta e colaterais até o quarto grau, a aferição do dano deverá ser feita caso a caso, através de provas concretas de afetividade com o *de cuius*, no que contraria o entendimento supracitado do STJ.

Quanto à terceira teoria, a legitimidade processual ativa para a defesa *post mortem* dos direitos da personalidade é dos familiares, pois não é possível a transmissibilidade dos direitos em si mesmos (BELTRÃO, 2014, p. 85 et. 89-92). Nesse diapasão, os Professores José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, 1997, p.90) e Silvio Romero Beltrão (2015, p. 7) sustentam que o valor protegido é a memória do falecido e que a legitimação, conferida pela lei, não atribui a titularidade dos interesses em causa, mas uma mera legitimação processual.

Em relação à propositura da ação indenizatória, Beltrão (2015, p.7). assevera que ocorrendo violação a determinados atributos da personalidade, condizentes com a natureza de morto, haverá um único direito à indenização pela lesão à memória do falecido, razão pela qual basta uma única ação indenizatória, que pode ser proposta por todos os herdeiros legitimados em conjunto, por alguns deles ou por um único herdeiro, do contrário haveria um grande número de ações judiciais.

Ademais, não importa se quem propôs a demanda judicial foi um familiar mais remoto em detrimento de um mais próximo, pois o parágrafo único do art. 12 do Código Civil não estabelece uma ordem preferencial em que o familiar mais próximo excluiria o mais distante. Além disso, o valor pago a título indenizatório será repartido entre os familiares seguindo-se a ordem de vocação hereditária. Assim, por exemplo, se a ação judicial foi proposta por um irmão (parente colateral de segundo grau) do falecido, caso seja considerada procedente, os descendentes de grau mais próximo ao morto, em detrimento dos



descendentes de graus mais remotos, é que repartirão o valor indenizatório entre si, mesmo não tendo proposto a demanda.

No que se refere à quarta teoria, da mesma forma que na teoria anterior, os familiares possuem apenas a legitimação processual ativa, concedida pela lei, para defender a honra do *de cuius*. Porém, em se tratando da quinta teoria, a legitimidade processual ativa pertence a todos os indivíduos que, por direito próprio e na condição de titulares do direito de tutela *post mortem*, forem proteger a honra do *de cuius*. Já quanto ao sexto posicionamento, em relação à legitimidade *ad causam*, a jurista Heloísa Cardillo Weiszflog (2016, p.144) advoga que a proteção *post mortem* confere aos sucessores (familiares) apenas uma legitimidade formal para a defesa de tais direitos e não a respectiva titularidade, pois o direito material nunca lhes pertenceu pela sua intransmissibilidade.

#### 4.3 TITULARIDADE DO DIREITO SUBJETIVO À HONRA *POST MORTEM* X CAPACIDADE PROCESSUAL ATIVA

Para praticar pessoalmente os atos da vida civil, não basta que o indivíduo tenha apenas personalidade (capacidade de direito ou de gozo), mas também é necessário que tenha capacidade de fato, isto é, que ele seja capaz de pessoalmente praticá-los. Os atos processuais são atos da vida civil, razão pela qual também é preciso que a pessoa, além da personalidade, tenha capacidade processual (capacidade de fato) para poder praticá-los pessoalmente. Destarte, a legitimidade ativa, relaciona-se à titularidade do direito subjetivo, ou seja, ao fato de o indivíduo ser sujeito de direitos e obrigações, enquanto que a capacidade processual (capacidade de fato) tem a ver com a capacidade da parte para praticar pessoalmente os atos da vida civil.

No caso de ofensa à honra *post mortem*, é relevante considerar que o *de cuius* não tem personalidade jurídica, razão pela qual não poderá ser parte no processo, pois não é titular de

direito subjetivo, não é sujeito de direitos e obrigações. Assim, de acordo com as duas primeiras teorias, os familiares sobreviventes possuem a titularidade do direito subjetivo de defender a honra do falecido. Ocorre que, para que o familiar possa ingressar pessoalmente com a ação judicial é necessário que ele tenha capacidade para a prática dos atos da vida civil e consequentemente dos atos processuais.

Quanto ao entendimento da terceira teoria, a legitimidade *ad causam* (legitimidade processual ativa) é dos próprios familiares. Assim, não obstante o Código Civil proibir a transmissibilidade dos direitos da personalidade, esse mesmo Diploma, no seu parágrafo único do art. 12, concede uma legitimidade processual para a defesa *post mortem* de determinados bens da personalidade. Em relação à capacidade processual, é necessário que os familiares sobreviventes possuam a capacidade para praticar os atos da vida civil em geral.

No que se refere à quarta teoria, os familiares sobreviventes não possuem a titularidade do direito subjetivo, a qual pertence ao morto. Desta feita, os familiares atuam em nome próprio (a lei concede a legitimação processual), na defesa do interesse do morto e não de um direito próprio deles, uma vez que não são titulares do direito subjetivo violado. Concernente à capacidade processual ativa, basta que os familiares possuam a capacidade para praticar os atos da vida civil. Contudo, com relação à quinta teoria, salvo melhor juízo, é o caso de tratar-se de uma legitimidade ordinária ativa, tendo em vista que qualquer pessoa é titular do direito subjetivo de proteção *post mortem* dos direitos da personalidade. Quanto à capacidade processual (capacidade de fato), é necessário verificar-se se aquele que requereu a tutela está realmente no exercício dos atos da vida civil.

No tocante ao sexto entendimento, sustentado por Weiszflog (2016, p.133 e 144), os familiares possuem tão somente uma legitimação de ordem formal para a defesa da honra *post mortem* do morto, pois a titularidade do próprio direito da

personalidade não lhes pertence, considerando que não lhes pôde ser transmitido com a morte. Quanto à capacidade processual, é necessário apenas que os familiares possuam a capacidade para a prática dos atos da vida civil. Vale ressaltar que em se tratando da terceira, da quarta e da sexta teoria, os direitos da personalidade não são transmissíveis *causa mortis*, o que não se confunde com a legitimidade extraordinária dos herdeiros de defenderem os direitos do falecido no caso de proteção *post mortem*.

## CONCLUSÕES

A personalidade civil é inteira, una, ou seja, ela engloba a totalidade dos direitos da personalidade de um indivíduo. Não existe personalidade parcial, de modo que é completa ou não existe. Destarte, a personalidade jurídica, una, termina com a morte do ser humano, o qual deixa de ser sujeito de direitos e obrigações. Todavia, após a morte, permanece a proteção de alguns direitos ou atributos da personalidade, em face do respeito à dignidade da memória do morto.

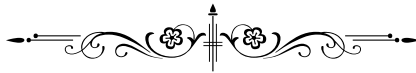
Vale ressaltar, que o Código Civil, nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20, reconhece expressamente a tutela *post mortem* de determinados direitos ou atributos da personalidade que são condizentes com a natureza de alguém que está morto, ou seja, que estão relacionados com a proteção à memória do falecido. No entanto, essa proteção à memória do falecido está diretamente relacionada com a honra dos seus familiares sobreviventes, pois uma lesão à memória do defunto deságua na honra dos seus familiares, é o que se denomina de dano indireto ou em ricochete, por atingir de forma reflexa a honra do familiar sobrevivente.

Desta feita, a tutela jurídica *post mortem* dos direitos da personalidade e da honra consiste mais na defesa da honra dos familiares sobreviventes do que propriamente na defesa da honra

do *de cuius*. Com efeito, os familiares é que possuem a titularidade de tutelar a honra do morto em face do respeito à sua memória e, principalmente, da proteção da honra deles próprios.

Desse modo, os familiares sobreviventes, na qualidade de titulares do direito subjetivo de tutelar a honra *post mortem*, também possuem a legitimidade processual ativa para propor a ação judicial indenizatória, em nome próprio, na defesa de direito próprio. Assim, os familiares, que por ocasião da morte passaram a ser titulares do direito subjetivo de defender a honra do falecido, possuem o direito próprio de requerer indenização reparatória do dano. Nesse ponto, vale ressaltar, não há qualquer transmissibilidade da tutela da honra do *de cuius* e muito menos do próprio direito da personalidade, mas sim o que ocorre, na verdade, é o surgimento de um novo direito subjetivo de titularidade dos familiares.

Ademais, o valor indenizatório decorrente das ações de reparação cível, deverá partilhado entre os herdeiros, seguindo-se estritamente a ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do Código Civil; entendendo-se que o ideal seria uma única ação, não somente por uma questão de razoabilidade, mas também por levar em consideração o aspecto da real eficácia da norma constante no parágrafo único do art. 12 do Código Civil.



## REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral, Introdução – As Pessoas – Os Bens*. Vol. I Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: De Acordo com o Novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- BELTRÃO, Silvio Romero; MENEZES, Renata Oliveira

- Almeida. *Evolução Histórica do Direito à Intimidade e os Desafios Contemporâneos para a Preservação do Paciente*. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, nº 3, 2018 (Ano 4).
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Tutela Jurídica da Personalidade Humana após a Morte: Conflitos em Face da Legitimidade Ativa*. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.247.07.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.07.PDF)> Acesso em 07 jun. 2018.
- BITTAR, Carlos Alberto. *O Direito Civil na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BORGHETTI, Cibele Stefani. *Pessoa e Personalidade Humanas: Uma Reflexão Histórico-Dogmática do seu Reconhecimento e Proteção Jurídicos, na Perspectiva da Teoria da Relação Jurídica e das Teorias dos Direitos de Personalidade*. Disponível em < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008493.pdf> > Acesso em 26 set. 2018.
- CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. *O Direito à Honra Post Mortem e sua Tutela*. 2012. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29102012-162957/pt-br.php> > Acesso em 14 jun. 2019.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 18ª ed., Edit. JusPodivm: Salvador, 2016.
- DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. 1. 33ª ed., São Paulo:

- Saraiva, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*. 14ª ed., Edit. Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2009.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil - Parte Geral*, Vol. 1. 31ª ed., Edit. Saraiva, São Paulo, 2000.
- SAMELO, Nuno Tiago Cruz Reis. *Aspectos Relativos à Tutela Post-Mortem da Personalidade Humana no Direito Civil: Uma Abordagem Juscivilística do Problema dos Cemitérios*. Disponível em < <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31346/1/Aspectos%20relativos%20a%20tutela%20post-mortem.pdf> > Acesso em 26 set. 2019.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes. *Teixeira de Freitas, O Jurista que Sedimentou o Direito Privado em Prol da Sociedade*. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-out-23/teixeira-freitas-jurista-sedimentou-direto-privado> > Acesso em 23 out. 2019.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*, Vol.1 (obra fac-similar). Senado Federal: Brasília, 2003.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*, Vol. I. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- WEISZFLOG, Heloísa Cardillo. *Pessoa, Personalidade e Intransmissibilidade dos Direitos de Personalidade:*

Proposta para fundamentação da tutela *post mortem*. 2016. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19285> > Acesso em 09 nov. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da Personalidade – Aspectos Essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.