

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

---

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 3

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA  
Periodicidade Semestral  
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

---

#### COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)  
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)  
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)  
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)  
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)  
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)  
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)  
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)  
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)  
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)  
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)  
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)  
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)  
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

---

#### DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

---

#### COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira  
Catarina Monteiro Pires  
Rui Tavares Lanceiro  
Francisco Rodrigues Rocha

---

#### SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

---

#### PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

#### EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

---

ISSN 0870-3116

---

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

## TOMO 1

---

**M. Januário da Costa Gomes**  
13-44 Editorial

## ESTUDOS DOUTRINAIS

- 
- Alexandre Libório Dias Pereira**  
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?  
*Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?*
- 
- Alfredo Calderale**  
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese  
*Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition*
- 
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas**  
85-133 Sobre a liquidação de fundações  
*On the liquidation of foundations*
- 
- André Moreira Simões**  
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A  
*Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts*
- 
- António Barroso Rodrigues**  
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna  
*In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics*
- 
- António Menezes Cordeiro**  
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local  
*Horizontal property and holiday rentals*
- 
- António Pedro Barbas Homem**  
277-296 Legitimidade na revolução de 1820  
*The legitimacy of the 1820 Revolution*
- 
- Aquilino Paulo Antunes**  
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?  
*Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?*
- 
- Augusto Teixeira Garcia**  
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação  
*Trademark: Revocation for non-use and renewal*

- 
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**  
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional  
*An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities*
- 
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**  
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares  
*On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits*
- 
- 443-466 **Catarina Salgado**  
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios  
*Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies*
- 
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**  
A escolha de lei tácita: alguns problemas  
*Tacit choice of law: difficulties it raises*
- 
- 497-512 **Dário Moura Vicente**  
Desinformação, liberdade e responsabilidade  
*Disinformation, freedom and liability*
- 
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**  
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade  
*Personality Rights Academic Report*
- 
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**  
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório  
*Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition*
- 
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**  
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?  
*Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?*
- 
- 635-668 **Evaristo Mendes**  
Sociedades preliminares e sociedades em formação  
*Companies Before Incorporation*

---

**Filipe A. Henriques Rocha**  
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais  
*Arbitration of personal data disputes*

---

**Filipe de Arede Nunes**  
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares  
*On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes*

## TOMO 2

---

**Flávio Tartuce**  
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão  
*Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão*

---

**Francisco A. C. P. Andrade**  
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?  
*Software agent's defects of will?*

---

**Francisco Mendes Correia**  
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa  
*A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition*

---

**Francisco Paes Marques**  
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional  
*Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy*

---

**Gonçalo Aleixo Nunes**  
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente  
*The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor*

---

**Henrique Marques Candeias**  
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção  
*The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention*

---

**Hugo Ramos Alves**  
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão  
*Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine*

---

**Isabel Alexandre**  
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação  
*Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*

- 
- Isabel Graes**  
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu  
*The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant*
- 
- Ivanildo Figueiredo**  
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão  
*Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão*
- 
- J. P. Remédio Marques**  
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual  
*Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights*
- 
- Jaime Reis**  
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática  
*The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations*
- 
- Joana Costa Lopes**  
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital  
*The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era*
- 
- João de Oliveira Gerales**  
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé  
*On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See*
- 
- João Maurício Adeodato**  
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)  
*Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)*
- 
- Jones Figueirêdo Alves**  
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão  
*Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão*

- **Jorge Miranda**  
1307-1314 A Constituição e a língua  
*The Constitution and the portuguese language*
- **José Alberto Vieira**  
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica  
*Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship*
- **José Ferreira Gomes**  
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas  
*The effectiveness of declarations to legal persons*
- **José Luís Bonifácio Ramos**  
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio  
*Airbnb or Short-Term Rental and Condominium*
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**  
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão  
*Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts*
- **Luís de Lima Pinheiro**  
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem  
*Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration*
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**  
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*  
*The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)*
- **M. Januário da Costa Gomes**  
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão  
*“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão*

## TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**  
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)  
*“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)*

- 
- Marco Caldeira**  
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras  
*The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments*
- 
- Margarida Silva Pereira**  
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro  
*Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law*
- 
- Maria Raquel Rei**  
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento  
*Mandate to assist the vulnerable*
- 
- Marta Boura**  
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado  
*The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party*
- 
- Miguel de Lemos**  
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica  
*Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study*
- 
- Miguel Teixeira de Sousa**  
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas  
*On the powers of the court in labor proceedings: some remarks*
- 
- Míriam Afonso Brigas**  
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas  
*Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes*
- 
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**  
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva  
*Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle*
- 
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**  
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*  
*The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris*

- 
- Paulo Marques**  
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal  
*Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings*
- 
- Pedro de Albuquerque**  
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)  
*The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)*
- 
- Pedro Romano Martinez**  
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)  
*Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)*
- 
- Renata Oliveira Almeida Menezes**  
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado  
*The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest*
- 
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**  
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem  
*The new European digital identity. A first approach*
- 
- Rui Pinto**  
1969-1991 A execução de condenações implícitas  
*The enforcement of implied condemnatory judgments*
- 
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**  
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal  
*On piercing the corporate veil in the criminal realm*
- 
- Silvio Romero Beltrão**  
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade  
*The future of personality rights: the value of human person in society*
- 
- Susana Antas Videira**  
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos  
*Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements*

- \_\_\_\_\_ **Teresa Quintela de Brito**  
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*  
*Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs*
- \_\_\_\_\_ **Thomas Hoeren**  
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre  
*Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit*
- \_\_\_\_\_ **Tiago Henrique Sousa**  
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva  
*Acquisition a non domino an execution sale*
- \_\_\_\_\_ **Tong Io Cheng**  
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada  
*Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property*
- \_\_\_\_\_ **Vítor Palmela Fidalgo**  
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*  
*Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?*

## TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- \_\_\_\_\_ **Maria João Estorninho**  
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- \_\_\_\_\_ **Paulo de Sousa Mendes**  
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- \_\_\_\_\_ **Pedro Pais de Vasconcelos**  
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

# A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado

## *The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest*

Renata Oliveira Almeida Menezes\*

**Resumo:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar a quem cabe a titularidade do interesse defendido pelo direito da memória do morto. O tema é atual e relevante, dado ter suscitado múltiplas opiniões divergentes na doutrina. Considerando que a proteção da memória do morto é uma situação jurídica, no presente trabalho é analisada a tese do interesse do morto e a de que os herdeiros têm legitimidade processual, defendida pelo Professor Oliveira Ascensão, efetuando-se uma comparação com os demais posicionamentos sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direitos da personalidade. Situação jurídica. Titularidade de direitos. Direito à memória do morto.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A morte como fato jurídico. 3. Contribuições do Professor José de Oliveira Ascensão sobre as situações jurídicas decorrentes da morte. 4. Justificativas para a proteção da memória do morto. 5. A tutela da memória do morto segundo Ascensão: a tese do interesse do morto. 6. Outras teses acerca da proteção jurídica da memória do morto. 6.1 *Tese do interesse dos herdeiros/familiares (direitos próprios)*. 6.2 *Tese do interesse do morto e dos herdeiros*. 6.3 *Tese do interesse direto morto e indireto dos herdeiros*. 6.4 *Tese da proteção objetiva de bens jurídicos*. 6.5 *Tese do direito objetivo do morto e do direito subjetivo dos herdeiros*. 7. Conclusões.

**Abstract:** This scientific paper aims to analyse who is entitled to the deceased memory rights. This is a relevant current topic that unleashed multiple divergent doctrinal perspectives. Considering that the deceased memory is a legal status, this paper analysis the hypothesis of the deceased rights and the procedural legitimacy of its heirs, supported by Professor Oliveira Ascensão, comparing other points of view about the topic.

**Keywords:** Personality rights. Legal status. Ownership of rights. Deceased memory right.

---

\* Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutora em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande e Universidad del Museo Social Argentino. E-mail: renata.biodireito@gmail.com.

## 1. Introdução

O fecundo aprofundamento acerca do que é o sentido da consciência para a pessoa não se cega para o fato de que cada indivíduo corresponde a um homem e o suporte corpóreo é a base necessária da existência humana. É o homem, histórica e realisticamente, que é pessoa, mostrando-se injustificável fragmentar e seccionar tais categorias, já que “homem” e “pessoa” são uma realidade só. A referência à pessoa, em vez de homem, apenas varia conforme o ponto de vista, por aquela acentuar a manifestação do espírito que habita cada homem<sup>1</sup>.

É sob a perspectiva de proteger a pessoa, em sua esfera espiritual e corporal, em sua completude e individualidade, que o desenvolvimento da teoria dos direitos da personalidade passa por grandes desafios hermenêuticos, com o intuito de garantir a eficácia social dos seus preceitos em face das novas demandas da realidade constantemente mutável.

As pessoas mudam, a sociedade muda, e motivam a atualização do Direito, mas uma verdade permanece imutável: a inevitabilidade da morte. Quando se diz que “não há absolutos no Direito, a vida também não o é”<sup>2</sup>, pode-se, em contraponto, acrescentar quão absoluta é a morte.

A finitude da vida deve ser estudada não somente sob a perspectiva do ser que morre, há que considerar que seus reflexos ultrapassam a individualidade; por mais repercussões particulares que sejam causadas, a morte deve ser examinada também como acontecimento social. Além disso, é necessário que se tome a morte em seu caráter simbólico-cultural, e, principalmente, como um fato jurídico, especialmente considerando as suas repercussões em sede de direitos da personalidade.

Ao mesmo tempo em que há a constante atualização do âmbito de abrangência dos direitos da personalidade, desafiando a obediência ao mínimo dogmático que funda essa classe de direitos, aplicações já amplamente sedimentadas – na doutrina, jurisprudência e em âmbito legislativo – como a proteção da memória do morto, são revisitadas, e o embate de posicionamentos conflitantes a despeito do tema evidenciam a riqueza científica e a permanente atualidade da temática.

Envolve desde a diferenciação entre proteção do cadáver e tutela da memória do falecido, até debates mais aprofundados, como o questionamento sobre qual lapso temporal deve durar a proteção da memória pós morte, ou, se a tutela da memória se confundiria com uma eficácia póstuma do direito à honra ou à

<sup>1</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Prefácio*, In: DIOGO COSTA GONÇALVES, “Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela”, Coimbra, Almedina, 2008, p. 11.

<sup>2</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A terminalidade da vida*, In: JUDITH MARTINS-COSTA / LETÍCIA LUDWIG MÖLLER (Orgs.), “Bioética e responsabilidade”, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 424.

intimidade, ou, ainda, o dilema acerca da titularidade do interesse que é defendido pelo direito à proteção à memória *post mortem*. Este último é o problema científico sobre o qual se ocupa o presente artigo.

A partir do marco teórico do Professor José de Oliveira Ascensão, que apresenta rica produção acerca das consequências jurídicas da morte, será estudada a tese defensora de que o interesse do morto é tutelado pelo direito à proteção da memória.

O posicionamento do autor será comparado com as principais outras teses que tratam do assunto – especialmente dos autores Heinrich Hörster, António Menezes de Cordeiro, Capelo de Sousa, Leite de Campos, Pedro Pais de Vasconcelos e Dias Pereira – a fim de verificar se alguma delas responde adequadamente ao questionamento proposto acerca da titularidade dos interesses envolvidos na tutela do morto e sobre a legitimação processual dos herdeiros e familiares do falecido, e avaliar a relevância da contribuição teórica de Ascensão para a temática.

## 2. A morte como fato jurídico

A relação jurídica é resultado de uma simbiose da lei que, em abstrato, a regula, com um fato que em concreto o realiza<sup>3</sup>. Para que uma relação obrigacional passe de mero arquétipo ou modelo e adentre a realidade efetiva, ou seja, deixe de ser abstrata e se concretize, é indispensável a existência de um fato jurídico que sirva de fonte<sup>4</sup>. Desse modo, fato jurídico é todo fato da vida que é juridicamente relevante<sup>5</sup>. É aquele ao qual a lei atribui como consequência a criação, modificação ou extinção da relação jurídica<sup>6</sup>.

O fato jurídico é fruto da incidência de uma regra jurídica, e o que é por ela previsto, a saber, os fatos sobre os quais ela incide, são chamados de suporte-fático, quais sejam todos os fatos ou circunstâncias aos quais a lei atribui consequências jurídicas<sup>7</sup>. Tais consequências não encontram sua base na vontade dos indivíduos; ocorrem, portanto, sendo queridas ou não. Podem originar ou extinguir obrigações e direitos, assim como podem modificá-los ou transmiti-los<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> MARGARIDA PIMENTEL SARAIVA / ORLANDO GARCÍA-BLANCO COURRÈGE, *Direito Civil: conclusão do estudo da teoria geral da relação jurídica*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1938, p. 6.

<sup>4</sup> MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Noções fundamentais de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 32.

<sup>5</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 2.

<sup>6</sup> MARGARIDA SARAIVA / ORLANDO COURRÈGE, *Direito Civil*, cit., p. 6.

<sup>7</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado: parte geral*, Tomo I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, p. 3.

<sup>8</sup> BORIS STARCK, *Droit Civil: Introduction*, Paris, Librairies Techniques, 1972, p. 1523.

O suporte fático faz referência, pois, a algo – fato evento ou conduta – que poderá ocorrer no mundo e, por ter sido considerado relevante, figurou como objeto da normatividade jurídica<sup>9</sup>. Desse modo, para que os fatos sejam jurídicos é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – sobre eles incidam, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos e determinando-lhes os efeitos<sup>10</sup>. A alegoria de cores proposta por Pontes de Miranda serve para ressaltar que quando há o encontro entre o mundo fático e as normas, se vislumbra, com maior clareza, o propósito para o qual os princípios e regras foram criados.

É essencial a todo estudo sério do Direito considerar, em ordem, a elaboração da regra jurídica (fato político), a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), o suporte fático (abstrato) a que ela se refere, a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, o fato jurídico que daí resulta e, por fim, a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos<sup>11</sup>. As relações jurídicas estão prefiguradas em abstrato na lei, e passam a existir como ideia, mas não pode haver nenhuma relação jurídica concreta, efetiva e real sem a intervenção de um fato jurídico, o qual é responsável por retirar a relação do limbo das possibilidades, para surgir como realidade concreta e tornar-se de potencial para atual<sup>12</sup>.

Fala-se, então, que ocorre a concreção do suporte fático quando passam a ser realidades os fatos descritos nos suportes fáticos hipotéticos, ou seja, quando são materializados todos os elementos que caracterizam o suporte fático; a incidência é o efeito que se configura quando a norma jurídica transforma em fato jurídico a parte do suporte fático que foi tido como relevante para ingressar no mundo jurídico, ao passo que o plano da eficácia representa a parte do mundo jurídico na qual os fatos jurídicos produzem efeitos, dando origem às situações jurídicas e às relações jurídicas<sup>13</sup>.

Enquadrando a morte na teoria dos fatos jurídicos<sup>14</sup>, elaborada por Pontes de Miranda<sup>15</sup>, é possível afirmar que:

- i. A morte é um fato jurídico entendido como todo acontecimento, natural ou humano, que determina a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações;

---

<sup>9</sup> MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico: Plano da existência*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 73.

<sup>10</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., p. 4.

<sup>11</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., p. 6.

<sup>12</sup> MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 22.

<sup>13</sup> MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico: Plano da existência*, cit., pp. 108, 120 e 136.

<sup>14</sup> Apesar de a teoria ter sido elaborada por Pontes de Miranda, a nomenclatura “teoria dos fatos jurídicos” foi atribuída por Marcos Bernardes de Mello, grande estudioso das teorias “Ponteanas”.

<sup>15</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit.

- ii. Na classificação dos fatos jurídicos, a morte é enquadrada como um fato jurídico em sentido estrito, porque decorre de acontecimento natural, determinante de efeitos na esfera jurídica;
- iii. Na classificação dos fatos jurídicos estritos, a morte insere-se na modalidade de fato jurídico ordinário, por ser fato de natureza de ocorrência comum, cotidiana, não extraordinária;
- iv. A morte gera situações jurídicas, ou seja, efeitos na ordem civil, manifestando-se nas relações jurídicas, podendo extingui-las ou modificá-las;
- v. São exemplos de situações jurídicas decorrentes do fato morte: extinção da personalidade e de direitos personalíssimos; cessação das relações jurídicas inabilitadas para sobreviverem à morte do titular; abertura da sucessão; proteção à memória do morto, ao cadáver, transmissibilidade dos aspectos patrimoniais do direito à imagem e dos direitos autorais do de cujus; extinção de certos direitos patrimoniais, como o usufruto vitalício, entre outros.

Ademais, os fatos jurídicos podem ser constitutivos, modificativos ou causar extinção das relações jurídicas. Os fatos jurídicos constitutivos são aqueles que dão origem à novas relações jurídicas, que são condição indispensável para que surja qualquer relação jurídica concreta. A morte extingue certas relações jurídicas, mas também é marco constitutivo para que se formem ou modifiquem outras.

### 3. Contribuições do Professor José de Oliveira Ascensão sobre as situações jurídicas decorrentes da morte

O Professor Ascensão afirma que “a morte tem necessariamente o efeito de extinguir a personalidade e de fazer cessar a titularidade, ativa e passiva, de quaisquer situações jurídicas. Naquelas em que pode haver continuidade, a morte provoca a abertura da sucessão”<sup>16</sup>. Em crítica ao posicionamento de Diogo Leite de Campos, acerca do dano morte, o autor afirma que, de vez em quando, são emitidas afirmações paradoxais em sentido contrário, com base no artigo 71.º, número 1, do Código Civil português<sup>17</sup>.

Ao mesmo tempo que os direitos atribuídos ao homem em decorrência da dignidade da pessoa humana representam um mínimo espaço para o desenvolvimento da personalidade, representam, também, um máximo, devido a intensidade da tutela que recebem<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, volume 1, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 47.

<sup>17</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 47.

<sup>18</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 59.

“O fulcro de tudo está na concepção e aceitação da morte como componente natural da condição humana; mas que, como tal, participa de toda a dignidade dessa condição. Merece-nos, naturalmente, respeito”<sup>19</sup>. O fato de com a morte se findar a personalidade, não determina a extinção de direitos e vinculações que lhe eram atribuídas em vida; a regra é que tais direitos sejam transmitidos aos herdeiros, mas há certas categorias de direitos que pela sua natureza ou por negócio jurídico, se extinguem após a morte do titular<sup>20</sup>.

É verdade que as lições do Professor Oliveira Ascensão resultam em grande contribuição para a análise das consequências de a morte ser categorizada como fato jurídico. Sob esse prisma, para além do estudo do posicionamento do autor acerca da proteção da memória do morto – que será abordado, especificamente, a partir do próximo capítulo – a título de exemplificação é válido ressaltar como as situações jurídicas decorrentes da morte restam expressas em dois temas sobre os quais o Professor se debruçou em especial: direito sucessório e transmissão de direitos autorais.

O direito das sucessões refere-se à morte de uma forma não dramática, já que ela, numa perspectiva civilista, não é um final – independentemente de ter sido feliz ou infeliz –, é um fato jurídico que pode gerar obrigação de indenizar, e que pode ter a continuidade dos seus efeitos por meio do direito das sucessões<sup>21/22</sup>. É essencial frisar que o esquema do direito das sucessões não é o único possível para regular o destino dos bens deixados pelas pessoas falecidas, posto que seria admissível, por exemplo, uma solução que atribuisse o patrimônio ao Estado.

A opção dos legisladores, brasileiro e português, pelo regime sucessório, torna evidente a exaltação da propriedade privada e do estímulo à acumulação de riquezas, uma vez que, quando o patrimônio particular não é consumido em vida, forma o legado e a herança a serem destinados aos seus descendentes, fator que, de certa forma, tende a estimular o giro capitalista – diferentemente do que se estima que pudesse ocorrer caso a regra previsse a atribuição de patrimônio para o Estado, após a morte do titular do patrimônio privado. Trata-se, pois, de uma preocupação com a transcendência da vida, de cunho econômico-financeiro.

Nesse sentido, Oliveira Ascensão expressa que o reconhecimento do elo entre a garantia do direito da propriedade e a sua transmissão, em vida ou por morte, fica

---

<sup>19</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A terminalidade da vida*, cit., p. 445.

<sup>20</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 209.

<sup>21</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito das sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 22.

<sup>22</sup> Vale salientar que o princípio “*mors omnia solvit*” é invocado para resolver questões relacionadas a direitos personalíssimos.

evidente no artigo 62.º, n. 1<sup>23</sup>, da Constituição portuguesa, comprovando que a admissão da *sucessão post mortem* é consequência do reconhecimento de uma propriedade privada. Decorre, também, da exegese de tal dispositivo a admissão da diversificação de patrimônios, já que seria ilógico que o Estado absorvesse tudo de cada um, após a morte, para, em seguida, efetuar a redistribuição, posto que tal atitude seria capaz de gerar instabilidade nas relações patrimoniais<sup>24</sup>, e alargaria os trâmites burocráticos sucessórios, que já não são poucos, nem no Brasil, nem em Portugal.

Ao passo que o legado é toda atribuição *mortis causa* a título particular, a herança apresenta uma diferença fundamental no que tange à responsabilidade, já que unicamente os herdeiros respondem pelas dívidas do *de cuius*, e pelas cargas impostas no testamento<sup>25</sup>.

Dessa forma, a sucessão é caracterizada pelo ingresso de um sujeito na posição dantes ocupada por outro, é a transmissão de situações jurídicas de um para outro. Pode-se salientar, então, que há nitidez de fronteiras do Direito das sucessões, pois mesmo sendo difícil fazer a determinação conceitual do que é sucessão por morte, raros são os casos em que é preciso discutir se certa matéria está situada ou não dentro dos muros desse ramo do Direito<sup>26</sup>. A sucessão tange as situações jurídicas das quais era titular uma pessoa singular, de modo que são chamadas a titularidade das relações de um falecido um ou mais indivíduos<sup>27</sup>: os herdeiros.

Na verdade, o que é realmente imprescindível é que, no caso concreto, seja verificado quem são os herdeiros, pois são eles que, na forma da lei, constituem a verdadeira estirpe, posto que é a partir da transferência do patrimônio para os herdeiros, devidamente regulamentada em sede de Direito Civil, que intrinsecamente ocorre também o deslocamento de traços da personalidade do *de cuius*, sem que tal transição implique em transmissibilidade da personalidade propriamente dita.

Em síntese, conforme esclarece Ascensão, a admissão de sucessão por morte é capaz de satisfazer às aspirações pessoais intensas, pois apoia o desejo de que uma obra se prolongue depois da morte, de que ocorra uma persistência da personalidade. A possibilidade de marcar ou de dominar o destino dos seus bens exerce um papel de forte estímulo da atividade individual, e raramente é tratada

---

<sup>23</sup> Artigo 62.º, 1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

<sup>24</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 25.

<sup>25</sup> ALBERTO TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, volume II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 416.

<sup>26</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Sucessões*, cit., pp. 18 e 36.

<sup>27</sup> JORGE DUARTE PINHEIRO, *O direito das sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 20.

com descaso pelas pessoas que acumularam patrimônio, tangível ou intangível<sup>28</sup>, ao longo da existência.

A preocupação com os fatos posteriores à morte, especialmente no tocante aos herdeiros e os assuntos correlatos ao corpo do defunto, não é situação tão esdrúxula quanto em uma primeira abordagem pode aparentar. Pode-se, na verdade, asseverar que essa consternação, em certa medida, evidencia que uma antecipação sobre os efeitos *post mortem* pode ser de grande valia para evitar lides futuras entre herdeiros ou até entre estes e terceiros, e é justamente sob esse prisma que resta evidente a contribuição precisa e técnica do Professor Oliveira Ascensão para a disciplina.

Caso não houvesse disciplina sobre a sucessão, em regra seriam consideradas extintas, automaticamente, todas as relações jurídicas após a morte do titular de um direito ou obrigação, o que resultaria em grande incerteza jurídica sobre o cumprimento do objeto das relações-jurídicas: devedores ficariam isentos de arcarem com seus débitos, seria extinto, imediatamente, o domínio sobre as coisas suscetíveis de apropriação, correr-se-ia o risco de deixar aqueles que hoje são tidos como herdeiros ou legatários desabrigados e desassistidos financeiramente após a morte dos detentores do poder familiar, dentre outras consequências.

Em relação aos direitos morais do autor, no Brasil, na Lei 9.610 de 1998, dispõe no parágrafo segundo do artigo 24, que serão transmitidos aos sucessores os direitos de reivindicar a autoria da obra; o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; o de conservar a obra inédita; o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Sucessões*, cit., p. 25.

<sup>29</sup> Artigo 24. São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III – o de conservar a obra inédita; IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

Constata-se que há imprecisão técnica no artigo em comento, já que os direitos morais do autor são, na verdade, direitos da personalidade e, como tais, não são passíveis de transmissão *causa mortis*, havendo apenas a legitimidade de representação aos sucessores para promoverem a defesa dos direitos especificados nos incisos de I ao IV do artigo 24. Entretanto, é louvável o fato de o dispositivo evidenciar uma preocupação com as repercussões da obra após a morte do autor, para além dos efeitos patrimoniais da criação intelectual. Em relação aos direitos patrimoniais do autor, estes sim, são corretamente transmissíveis via sucessão, por força do artigo 41<sup>30</sup>, da Lei de Direitos Autorais.

No direito português, o Código do Direito do Autor e dos Direitos Conexos, no artigo 57.<sup>o31</sup>, prevê que caberá aos sucessores o exercício dos direitos autorais após a morte do autor, e mostra preocupação com a obra em si, para que seja mantida sua autenticidade e “dignidade cultural” além do curso de vida do seu criador.

Da análise sistemática dos artigos 9.<sup>o32</sup> e 56.<sup>o33</sup>, pode-se atestar, conforme Ascensão<sup>34</sup>, que existem mais direitos pessoais do autor que podem ser exercidos pelos sucessores, apesar de a lei especificar apenas dois: o direito de reivindicar a paternidade e o direito de assegurar a genuinidade e integridade da obra. Acresce, ainda, que os direitos dos adquirentes por sucessão de publicar ou não a obra, é

---

<sup>30</sup> Artigo 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

<sup>31</sup> Artigo 57.º, 1 – Por morte do autor, enquanto a obra não cair no domínio público, o exercício destes direitos compete aos seus sucessores. (...) 3 – Falecido o autor, pode o Ministério da Cultura avocar a si, e assegurá-la pelos meios adequados, a defesa das obras ainda não caídas no domínio público que se encontrem ameaçadas na sua autenticidade ou dignidade cultural, quando os titulares do direito de autor, notificados para o exercer, se tiverem abstido sem motivo atendível.

<sup>32</sup> Artigo 9.º, 1 – O direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais. [...] 3 – Independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois da transmissão ou extinção destes, o autor goza de direitos morais sobre a sua obra, designadamente o direito de reivindicar a respectiva paternidade e assegurar a sua genuinidade e integridade.

<sup>33</sup> Artigo 56.º, 1 – Independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda que os tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta, opondo-se à sua destruição, a toda e qualquer mutilação, deformação ou outra modificação da mesma e, de um modo geral, a todo e qualquer acto que a desvirtue e possa afectar a honra e reputação do autor. 2 – Este direito é inalienável, irrenunciável e imprescritível, perpetuando-se, após a morte do autor, nos termos do artigo seguinte.

<sup>34</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 168.

patrimonial, e surge como condição para exploração dos direitos, não se tratando de direito pessoal.

#### 4. Justificativas para a proteção da memória do morto

Há uma relação íntima entre memória e identidade; à medida que se vai experimentando a existência, o ser humano vai acumulando lembranças e versões dessas memórias, que vão sendo guardadas em seus foros íntimos. Vão sendo construídas as suas respectivas identidades, suas versões de si, em distinção dos demais seres humanos – é o que a Psicologia e a Neurociência chamam de *self autobiográfico*<sup>35</sup>, remetendo a uma ideia de autodefinição, de processamento de vivências, experiências e memórias subjetivas do ser humano. Essa acepção de memória que, apesar de ser concernente às pessoas vivas, tem vistas ao pretérito delas, relaciona-se à autoestima da pessoa e à proteção da honra subjetiva, apresentada pelo Direito Civil, em sede de direitos da personalidade.

Quando a memória diz respeito a um falecido, no caso, também é voltada ao passado, mas difere-se da proteção que é endereçada à proteção da personalidade dos vivos, posto que se destina aos reflexos de uma vida que se esvaiu e suas causas na sociedade vivente correlacionam-se com a boa fama, assim como a honra objetiva que foi construída antes da morte.

Apesar de ser praticamente uníssona, na doutrina civilística, a utilização da designação “memória do morto” para nomear tal âmbito de proteção, deve-se ponderar que é passível de críticas, até porque, no senso comum, pode vir a ensejar absurdamente a ideia de inferir que o morto vai preservar lembranças após a existência se esvaír do seu corpo físico. Ademais, distante, ainda, de uma comprovação científica, no âmbito da ficção, pode-se chegar à hipótese de que é possível acessar os últimos registros de memória, possibilitando a recuperação,

---

<sup>35</sup> António Damásio defende que o cérebro constrói a consciência gerando um processo do self, em uma mente em estado de vigília, e explica que o self é justamente o elemento distintivo, é a autoconsciência, o enfoque da mente sobre o organismo material em que ela habita. O autor explica que a construção da mente consciente é feita em três estágios: a) protosself – a descrição neural de aspectos relativamente estáveis do organismo; self central – resultado da relação entre o organismo (como ele é representado pelo protosself) e qualquer parte do cérebro que represente um objeto a ser conhecido; e o self autobiográfico – estágio da mente que permite que múltiplos objetos, registrados previamente como experiência vivida ou futuro antevisto, interajam com o protosself (instinto), é uma autobiografia que se tornou consciente, baseada no somatório das vivências, recentes e remotas. ANTÓNIO DAMÁSIO, *E o cérebro criou o homem*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, pp. 224-226, p. 259.

inclusive, da última imagem da retina do cadáver – conforme ilustrado no seriado de televisão *Fringe*<sup>36</sup>.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Elias salienta que:

“Até o modo como é utilizada a expressão “os mortos” é curioso e revelador. Dá a impressão de que as pessoas mortas em certo sentido ainda existem não só na memória dos vivos, mas independentemente deles. Os mortos, porém, não existem. Ou só existem na memória dos vivos, presentes e futuros. É especialmente para as desconhecidas gerações futuras que aqueles que estão agora vivos se voltam com tudo o que é significativo em suas realizações e criações. Mas nem sempre se dão conta disso”<sup>37</sup>.

A morte marca a supressão da pessoa singular, do centro autônomo de imputação de normas jurídicas<sup>38</sup>, porém o direito civil não percebe a morte de uma pessoa apenas como o desaparecimento de um “dono-devedor”, ou seja, um suporte de herança simples, o homem não é reduzido apenas a um devedor-proprietário, nem em vida, nem após a sua morte<sup>39</sup>. Os reflexos jurídicos causados pelo evento morte, em âmbito cível, ultrapassam o direito obrigacional. Remanesce uma preocupação com os traços da sua personalidade que permanecem a influir no curso social, mesmo após a morte, ou seja, que transcendem o lapso temporal da existência da pessoa titular dos direitos da personalidade.

Uma grande evidência dessa afirmação é a da memória do falecido, que apesar de qualquer ofensa já não poder atingir, por obviedade, o *de cuius*, são protegidos os reflexos sociais da honra dele que, por meio de qualquer agressão, poderia vir a lesionar, de forma reflexa, a dignidade dos seus herdeiros e de outras pessoas que a ele eram socialmente ligadas.

---

<sup>36</sup> Seriado da televisão norte-americana, lançado em 2008, criado por J. J. Abrams. No segundo capítulo da primeira temporada, com o objetivo de descobrir o local onde uma pessoa se encontrava, e com o objetivo de prevenir uma nova morte, o Walter, um dos protagonistas, utiliza de uma técnica pouco convencional, que é de restaurar a última imagem que um morto enxergou em vida, pressupondo que ela ficaria permanentemente gravada na retina do olho. THE SAME OLD STORY. (Temporada 1, ep. 2). *Fringe* [Seriado]. Direção: Paul A. Edwards, Produção: Alex Kurtzman, Roberto Orci, J.J. Abrams, Jeff Pinkner, Bryan Burk, Distribuidora: Warner. DVD (50 min), son., color.

<sup>37</sup> NORBERT ELIAS, *A solidão dos moribundos: seguido de “envelhecer e morrer”*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 10.

<sup>38</sup> ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil: Pessoas*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2011, p. 513.

<sup>39</sup> GÉNÉROSA BRAS MIRANDA, *La protection posthume des droits de la personnalité*, In: “Les Cahiers de propriété intellectuelle”, volume 19, número 3, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2007, p. 798.

Então, o direito civil, no fiel espelho da realidade social, permite a proteção da memória do morto, apesar do desaparecimento da personalidade jurídica do falecido, apoio que por muito tempo se considerou necessário para a concessão de uma proteção legal<sup>40</sup>. Esse direito de conservar protegida a memória do morto não pode ser confundido com eficácia póstuma, pós-eficácia ou transeficácia de direitos da personalidade<sup>41/42</sup>, por ser reflexo na origem. Nesse sentido, “além da própria morte, como bem da personalidade indenizável, a memória do falecido construída no decorrer de sua vida merece ser preservada, recebendo os sucessores legitimidade para tutelar esta proteção”<sup>43</sup>.

Desse modo, caso haja ofensa contra pessoa viva, e no curso processual ocorra o óbito da parte ativa, a continuidade do processo será efetuada por meio da substituição processual, por parte dos herdeiros – nesses casos ocorre a tutela comum de direitos. Já quando a violação é concretizada após a morte do titular de direitos, incide a proteção à memória do falecido, e são os herdeiros que desde o início da lide têm legitimidade para exercer o poder de ação.

## 5. A tutela da memória do morto segundo Ascensão: a tese do interesse do morto

Com precisão, Professor Ascensão expressa que, embora certos direitos de personalidade tenham como pressuposto que o sujeito esteja vivo, com a violação só ocorrendo durante a vida do seu titular, há certos casos em que uma ofensa é dirigida, aparentemente, a uma pessoa morta<sup>44</sup>.

Comparando com o uso de cartas-missivas de pessoas mortas, o autor alega que um fato desonroso pode ser imputado tanto a um falecido, quanto a um vivo. Salienta que negar a relevância jurídica do prolongamento do ato ofensivo seria contrário ao respeito pelos mortos, que em uma análise ética, teria o respeito destinado aos falecidos valor maior que o respeito pelos vivos<sup>45</sup>. O respeito em

---

<sup>40</sup> GÉNÉROSA BRAS MIRANDA, *La protection posthume des droits de la personnalité*, cit., p. 819.

<sup>41</sup> “Há alguns direitos da personalidade que são pós-eficazes, são as espécies que compõem o direito à privacidade, quais sejam, direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem, acrescidos do direito à integridade moral”. RENATA OLIVEIRA ALMEIDA MENEZES, *Direito ao sigilo médico após a morte do paciente*, Curitiba, Editora Juruá, 2022, pp. 81-82.

<sup>42</sup> “Os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; pode haver a transeficácia deles, *post mortem*”. PAULO LÓBO, *Direito Civil: Parte geral*, volume I, São Paulo, Saraiva, 2020, p. 21.

<sup>43</sup> SILVIO ROMERO BELTRÃO, *Direitos da personalidade*, São Paulo, Atlas, 2014, pp. 14-15.

<sup>44</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 81.

<sup>45</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 81.

relação à pessoa que morre deve marcar todo o acompanhamento pessoal e comunitário desse momento único<sup>46</sup>.

É justamente nesse sentido que o número 1, do artigo 71.<sup>o</sup><sup>47</sup>, ao apresentar o que ele chama de “fórmula imprudentemente ampla”, preconiza que os direitos de personalidade gozam de igual proteção depois da morte do respectivo titular<sup>48</sup>. Segue a análise para o número 2, do artigo 71.<sup>o</sup>, e aborda a questão das dificuldades de enfrentamento da questão da outorga da legitimidade, questionando quem seria o sujeito passivo na hipótese em questão: se seria o falecido, ou seriam os herdeiros ou familiares, ou, se haveria uma outra possibilidade<sup>49</sup>.

Vale salientar que o Código Civil brasileiro também apresenta dispositivo para abordar a matéria, e prevê que a legitimação para requerer reparação contra a ofensa da memória falecida cabe ao cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau<sup>50</sup>.

Oliveira Ascensão preconiza que “o que está em causa não é carta-missiva do familiar ou herdeiro. Nem se pergunta se a honra deste fica afetada pelo ato violador. Como não releva que ao requerente seja historicamente indiferente a violação ou desrespeito trazido ao falecido”. Dessa forma, não é requisito a demonstração de que a personalidade do requerente foi atingida, mas, a comprovação de que houve, de fato, lesão à memória do morto<sup>51</sup>.

Extraí, pois, do artigo 71.<sup>o</sup>, números 1 e 2, do Código Civil português, a conclusão de que a personalidade do falecido é o valor tutelado, e de que os herdeiros ou familiares não têm titularidade dos interesses em causa, mas, na verdade, uma mera legitimação processual. Logo, para Ascensão<sup>52</sup>, o bem jurídico em questão passa a ser a memória do falecido, passa-se, com a extinção da personalidade, ao regime

---

<sup>46</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A terminalidade da vida*, cit, p. 445.

<sup>47</sup> Artigo 71.<sup>o</sup>, 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular. 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere.

<sup>48</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 81.

<sup>49</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 82.

<sup>50</sup> Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

<sup>51</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, introdução, as pessoas, os bens, cit., p. 82.

<sup>52</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, cit., pp. 90-91.

jurídico da proteção da memória do falecido, e já não se pode mais falar em direitos de personalidade. Nesse sentido, a esse caso não se aplica globalmente a tutela dos direitos da personalidade, pois é preciso tomar algumas providências restritas para a proteção da memória do defunto, não se aplicando o regime de responsabilidade civil previsto no artigo 70.º, 1, do Código Civil português<sup>53</sup>.

Os herdeiros não atuam em defesa de interesse próprio, defendem interesse do defunto, de modo que a personalidade jurídica se prolonga para depois da morte, ela é “empurrada” para além do falecimento<sup>54</sup>. Desta feita, pode-se ressaltar que a pessoa sobrevive após a morte como centro de interesse, com base no princípio da continuidade familiar, segundo o qual os herdeiros legalmente dão continuidade à pessoa do falecido<sup>55</sup>.

Protegem-se os instintos, impulsos e aspirações concretas do falecido, no que tange à sua sobrevivência, continuação de si mesmo e sua ultrapassagem da morte, ou até mesmo, a sua perpetuação abrange contributos objetivados para o desenvolvimento da espécie humana e que autonomamente podem se mostrar como legados para a posteridade<sup>56</sup>. Fala-se de uma noção de legado excepcionalmente de natureza extrapatrimonial, subjetiva e que pode chegar a apresentar valor superior ao patrimonial, tendendo até a ter valor inestimável, de tão caro.

Hörster alega ser duvidosa, em termos jurídico-políticos, a legitimidade do cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido, para tomarem as providências adequadas em caso de ofensa a pessoas já falecidas. Afirma que as ofensas *post mortem* estão atreladas às sanções mais leves, com o fito de evitar que as pessoas legitimadas possam fazer um “negócio” à custa da personalidade de um falecido, e dispõe que a lei podia ter previsto uma indenização para uma instituição de solidariedade social no sentido de evitar a situação privilegiada de quem procede as ofensas aos que já faleceram<sup>57</sup>.

Entretanto, o pensamento de que vai haver um intuito lucrativo e não reparatório nas ações de responsabilidade civil que têm como objeto a proteção da memória

---

<sup>53</sup> O autor faz referência ao Código Civil português, o qual dispõe: Artigo 70.º, (Tutela geral da personalidade), 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.

<sup>54</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, volume. 67, Coimbra, 1991, pp. 163-164.

<sup>55</sup> CHRISTIAN ATIAS, *Les personnes. Les incapacités*, Collection Droit Fondamental, Paris, Press Universitaires de France, 1985, p. 33.

<sup>56</sup> RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 193.

<sup>57</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português: Teoria geral do direito civil*, cit., p. 161.

do morto, demonstra, na verdade, um preconceito sobre a sua finalidade e ignora a proporção que pode chegar a ter o ato ilícito, assim como menospreza a capacidade lesiva que tais condutas podem causar nos familiares vivos. Não é justificável de pronto asseverar que tais casos estão sujeitos às sanções mais brandas, pois é plenamente possível que um ato, comissivo ou omissivo, ocorrido após a morte de alguém seja bem mais grave que um outro ocorrido em sua vida<sup>58</sup>.

A ideia de que o reconhecimento da legitimidade dos herdeiros para a proteção contra a ofensa de pessoas falecidas teria fins mercantis se assemelha aos argumentos que foram suscitados nos primórdios da teoria do dano moral, quando se negava o seu reconhecimento alegando que iria gerar um enriquecimento indevido para quem suscitasse ter sofrido um dano que não poderia enxergar ou, *a priori*, provar ou quantificar<sup>59</sup>.

Luís Fernandes<sup>60</sup> critica a atribuição de indenização para os casos de ofensas após a morte; defende que a tutela a ser feita pelos herdeiros deve ser limitada às providências cautelares, expressa que o fato de o interesse dos familiares ser decorrência da dignidade moral do defunto retira o fundamento a uma indenização.

No entanto, o referente posicionamento não deve prosperar, pois resultaria na redução do âmbito de abrangência da responsabilidade civil que, quando não logra êxito na atividade preventiva, mostra-se punitiva e educativa, para evitar que as transgressões se repitam, desestimulando condutas civilmente ilícitas. Conforme verificado, o Código Civil brasileiro, no artigo 12, parágrafo único, prevê expressamente a possibilidade de indenização. No Código Civil português, o artigo 70.º, n. 2<sup>61</sup>, interpretado sistematicamente em conjunto com o artigo 71.º, números 1 e 2, do mesmo diploma, resulta em previsão semelhante.

Como visto, a partir dos pressupostos de que o valor protegido é a personalidade do falecido, e de que legitimação conferida pelo artigo 71.º, item 2, é meramente

---

<sup>58</sup> A exemplo da disputa sucessória, de intensa atenção midiática, pelo espólio do apresentador da televisão brasileira, Gugu Liberato.

<sup>59</sup> Após o Direito ter reconhecido que seria melhor tentar quantificar a subjetividade da integridade moral, para não se deixar reparar uma violação que é de difícil comprovação – se comparada com o dano material – mas de fácil percepção pela vítima, após todos os esforços teóricos e jurisprudenciais para diferenciar o mero aborrecimento do dano moral depois das alterações ocorridas no Código de Processo Civil brasileiro para evitar o que pejorativamente se chamou de “loteria do dano moral” ou “indústria do dano moral. Na atualidade, tem-se praticamente pacificada a importância do instituto para a preservação da dignidade.

<sup>60</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 211.

<sup>61</sup> Artigo 70.º, 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

processual<sup>62</sup>, não se pode confundir tais direitos com os interesses das pessoas a quem a lei atribui capacidade para exercício, com base na relação que a pessoa teve com o morto e seus valores<sup>63/64/65</sup>.

Rabindranath de Sousa<sup>66</sup>, ao interpretar o mesmo dispositivo em enfoque, entende ser possível e eficaz, em relação à tutela da personalidade, a fixação de indenização ou a compensação por perdas e danos, posto que se dirigirem ao dano ocasionado no bem jurídico constituído pela personalidade física e moral do falecido, enquadrável no artigo 483.<sup>67</sup> do Código Civil português, apesar da ausência de personalidade jurídica do defunto. Contra essa tese, André Dias Pereira<sup>68</sup> argumenta que implicaria defender a existência de direitos sem sujeito, o que causaria perplexidade, pois o cadáver, contrariamente ao caso do nascituro, não virá a ser sujeito, e que seus direitos vão se extinguindo pelo decurso do tempo e pelo apagamento da memória.

## 6. Outras teses acerca da proteção jurídica da memória do morto

A partir da análise da tese defendida por Oliveira Ascensão acerca da proteção da memória do morto, verifica-se que a questão controversa colocada em pauta é se a tutela feita pelos sucessores é efetuada em nome próprio ou em representação ao falecido. Bigot<sup>69</sup> alerta que há uma grande incerteza no direito positivo, já que há

---

<sup>62</sup> JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral*, volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 90.

<sup>63</sup> RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 193.

<sup>64</sup> Na perspectiva do direito brasileiro, Silvio Beltrão esclarece que a proteção da personalidade que ocorre após a morte da pessoa concerne a interesses dessa própria pessoa, que se prolonga após a morte, já que buscam seus aspectos pessoais enquanto tinha vida. A previsão do Código Civil brasileiro atribui aos herdeiros legitimidade para requerer as providências necessárias para a proteção do morto, considerando a sua personalidade em vida, já que há a intransmissibilidade dos direitos da personalidade. SILVIO ROMERO BELTRÃO, *Direitos da personalidade*, cit., p. 14.

<sup>65</sup> Nesse sentido, é possível afirmar que aqueles a quem o falecido deu vida, devolvem um pouco em troca: eles cuidam de seus interesses *post-mortem*. GÉNÉROSA BRAS MIRANDA, *La protection posthume des droits de la personnalité*, cit, p. 820.

<sup>66</sup> RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, cit., p. 196.

<sup>67</sup> Artigo 483.º, 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

<sup>68</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos do paciente e responsabilidade médica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 274-275.

<sup>69</sup> CHRISTOPHE BIGOT, *La protection de l'image des personnes et les droits des héritiers*, In: "Legicom", volume 10, número 4, Victoires Éditions, p. 35.

uma parte da doutrina que sustenta os direitos da personalidade, e, especialmente, o direito à imagem, não sendo transmitidos aos herdeiros, por serem direitos pessoais do falecido. Além disso, outra corrente doutrinária admite a transmissão da ação, para que seja susceptível a obtenção de reparação por uma violação do direito à imagem.

Desta feita, em relação à titularidade do interesse que é defendido pelo direito à proteção à memória do morto, além da tese do interesse do morto, preconizada por Oliveira Ascensão, serão elencadas, em seguida, as demais principais correntes doutrinárias de pensamento sobre o assunto.

### 6.1 Tese do interesse dos herdeiros/familiares (direitos próprios)

Na verdade, a reverência pelos mortos é exigida pelos vivos, dentre as razões para tanto, pode-se citar: o medo da morte e dos mortos<sup>70</sup>. Ora, “se na ordem das coisas humanas só os vivos têm direitos ou podem ser sujeitos deles, conclusão lógica é que eles deixarão de os ter e de ser sujeitos de direitos, ou pessoas, desde que abandonem a vida”<sup>71</sup>. Logo, ao se tornarem mortos, estarão impedidos de permanecerem como sujeitos de direitos. Seguindo essa aceção, pode-se salientar que a proteção da memória do morto, na verdade, tem como objeto a tutela do interesse dos vivos que interagiram com o falecido, quando este tinha vida, e que são esses vivos que passam a ser titulares de direitos a partir do evento morte, em decorrência dos vínculos sociais e/ou sanguíneos previamente estabelecidos.

Desta feita, seguindo essa corrente doutrinária, tem-se que na redação do artigo 71.<sup>o72</sup> ocorreu uma infelicidade, embora se fundem na defesa da dignidade do falecido as posições jurídicas ativas exercidas. Conforme o artigo 71.<sup>o</sup>, não correspondem ao defunto, mas às pessoas referidas no número 2 do mesmo dispositivo. Com isso, caso ocorra a responsabilidade civil e a correspondente indenização dos danos morais e patrimoniais, corresponderão aos danos sofridos por essas pessoas, e não pelo falecido<sup>73/74/75</sup>.

---

<sup>70</sup> NORBERT ELIAS, *A solidão dos moribundos*, cit., p. 9.

<sup>71</sup> LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 1995, p. 257.

<sup>72</sup> Do Código Civil português.

<sup>73</sup> JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil: Teoria geral*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1978, pp. 231-234.

<sup>74</sup> Em acréscimo, “a tutela *post mortem* é, necessariamente, uma defesa de vivos. Não se trata de evitar atribuir indenizações ao falecido: antes, *iure proprio*, aos familiares legitimados para agir”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil: Pessoas*, cit., pp. 540.

<sup>75</sup> Trata-se de proteção de interesses e direitos das pessoas vivas, indicadas no dispositivo. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 205-206.

Apesar de reconhecer a manifesta impropriedade da redação do preceito em análise, tal corrente sustenta que, ao analisar sistematicamente o artigo 71, n. 2, com o artigo 68.º do Código Civil português (que expressa o fim da personalidade com a morte), verifica-se que não há previsão de exceções para a extinção da personalidade com a morte<sup>76</sup>. O grande argumento suscitado pelos doutrinadores defensores de tal tese é o de que inexistem direitos sem sujeitos, pois quando a pessoa natural é extinta com a morte, não é preciso falar em direitos remanescentes após o fim da vida do seu antigo titular.

## 6.2 Tese do interesse do morto e dos herdeiros

Sobre a defesa da memória do morto, Diogo Leite de Campos<sup>77</sup> expressa que, quando é reclamada por filhos, ocorre tanto no interesse do morto quanto em termos de poder funcional no interesse deles próprios, com o intuito de guardar o bom nome e a reputação. Nesses casos, o interesse do filho deixa de estar consumido juridicamente pelo interesse do pai enquanto vivo; podendo autonomizar-se daquele. Pode-se constatar que esse posicionamento do autor, datado de 2016, demonstra uma evolução da tese do interesse do morto, defendida em 1991<sup>78</sup>, evidenciando ter havido uma ponderação mais aprofundada, no sentido de reconhecer que é possível haver o desmembramento de interesses exclusivos dos herdeiros.

## 6.3 Tese do interesse direto morto e indireto dos herdeiros

A proteção dos direitos da personalidade depois da morte tem como primeiro objetivo defender o falecido e, apenas de forma indireta, contempla também os interesses dos familiares. A atuação dos familiares contra uma ofensa às pessoas falecidas configura o exercício de um direito próprio, no interesse de outrem<sup>79</sup>. Constata-se que essa teoria obedece à mesma lógica dos danos morais reflexos, indiretos ou em ricochete, reconhecidos quando a ofensa a direitos da personalidade, apesar de ter sido originalmente dirigida a uma pessoa, tem os efeitos sentidos, indiretamente, por outra.

---

<sup>76</sup> LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 211.

<sup>77</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *O estatuto jurídico da pessoa depois da morte*, “Revista Jurídica Luso Brasileira”, Ano 2, número 4, Lisboa, 2016, p. 484.

<sup>78</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, cit.

<sup>79</sup> HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português: Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 261.

## 6.4 Tese da proteção objetiva de bens jurídicos

Segundo essa teoria, a vida em sociedade pode ser regulada por duas formas: por meio da atribuição de direitos subjetivos ou por via da proteção objetiva de bens jurídicos, e é justamente em relação à essa segunda possibilidade que ocorre a tutela dos interesses, valores e dimensões espirituais – bens jurídicos – que dizem respeito ao cadáver e à memória dos defuntos. Sob esse prisma, com a cessação da personalidade após a morte, restam algumas dimensões do respeito aos mortos e à sua memória que permanecem protegidas pela ordem jurídica, que encontram legitimidade processual nos familiares e em outras pessoas próximas do falecido, para garantir esse respeito<sup>80</sup>.

Para sustentar tal tese, faz-se uma análise integrada do Direito que se vale dos tipos penais que tocam o assunto para defender a ordem jurídica e tutelar o bem jurídico supraindividual “respeito devido aos mortos” de forma intensa, já prevenindo o tipo legal do crime e sua pena. Desconsidera, então, a possibilidade de compreender que há uma titularidade de direitos subjetivos após a morte; prefere, então, defender a tutela objetiva destes interesses e valores socialmente relevantes e solidificados normativamente. Defende que tal tutela não se encontra no domínio dos direitos fundamentais ou dos direitos de personalidade, mas no âmbito de proteção de bens jurídicos radicados na dignidade humana, no campo da objetividade e não da subjetividade<sup>81</sup>.

É pelo direito objetivo que são protegidos tanto o cadáver quanto à memória do morto, não se trata de extensão da personalidade ou de do direito geral de personalidade. A proteção ocorre no domínio dos direitos fundamentais ou dos direitos da personalidade, no âmbito da proteção de bens jurídicos radicados na dignidade, mas no campo da objetividade e não da subjetividade<sup>82</sup>.

## 6.5 Tese do direito objetivo do morto e do direito subjetivo dos herdeiros

Há a proteção do respeito pelos mortos, como valor ético, e de modo subjetivo ocorre a defesa da inviolabilidade moral dos seus familiares e herdeiros, sem implicar

---

<sup>80</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos do paciente e responsabilidade médica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 276-279.

<sup>81</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos do paciente e responsabilidade médica*, cit., pp. 276-279.

<sup>82</sup> ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Da possibilidade de realização de autópsias ou outros exames post mortem a requerimento de particulares – estudo jurídico*, In. “Lex Medicinæ: Revista Portuguesa de Direito da Saúde”, Ano 8, número 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 69.

reconhecer ou tutelar a personalidade dos mortos que não a têm, mas sim de defender, em sede de direito subjetivo de personalidade, o direito que assiste aos vivos de que sejam respeitados os seus mortos, de modo que a injúria ou difamação de parentes constitui causa de sofrimento e de gravame<sup>83</sup>.

Tendo em vista que direito objetivo e direito subjetivo não são duas entidades diversas em oposição, mas sim aspectos de um conceito único, que figura com formulações diversas<sup>84</sup>, afirma-se que nos artigos 70.º e 81.º há uma simbiose do direito objetivo e do direito subjetivo de personalidade. Assim, enquanto o direito objetivo tutela o respeito pelos mortos, como valor ético com raízes na Moral, o direito subjetivo de personalidade está na titularidade de pessoas vivas e tem no seu conteúdo a tutela do respeito devido aos seus mortos, cônjuge, ascendentes, descendentes, tios ou aqueles de quem se herdou<sup>85</sup>.

Retomando algumas bases legislativas, tem-se que o Código Civil brasileiro, no capítulo concernente aos direitos da personalidade, no artigo 12, parágrafo único<sup>86</sup>, expressa que a legitimação para requerer que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, bem como reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, cabe ao cônjuge sobrevivente, ou a qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

De acordo com o que se verificou, o Código Civil Português dedica artigo próprio para tratar das ofensas às pessoas falecidas. O artigo 71.º destaca que os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular, bem como nomeia como titulares da legitimidade para tomar providências com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida, o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. Ademais, expressa que se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências pertinentes.

---

<sup>83</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 51.

<sup>84</sup> R. BADENES GASSET, *Conceptos fundamentales del derecho: las relaciones jurídicas patrimoniales*, Barcelona, Boixareu Editores, 1972, p. 18.

<sup>85</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit, p. 51.

<sup>86</sup> Artigo 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

## 7. Conclusões

- i. É indubitável preconizar o reconhecimento da importância que os escritos do Professor José de Oliveira Ascensão têm, na seara jurídica, em relação aos reflexos da morte. A morte como fato jurídico desafia, há muito tempo, o Direito, e quanto mais se caminha em direção à certeza, mais as dúvidas, discordâncias, tornam-se visíveis.
- ii. A morte é um fato jurídico, em sentido estrito, ordinário; ela gera situações jurídicas, como a proteção da memória do morto.
- iii. O Professor Oliveira Ascensão apresentou grande contribuição doutrinária acerca do direito sucessório e da transmissão de direitos autorais, como exemplos de situações jurídicas decorrentes do fato jurídico morte.
- iv. A supressão da pessoa singular a partir da morte tem efeitos para além do campo cível obrigacional, principalmente devido ao fato de reflexos da personalidade continuarem a ser sentidos no âmbito social, transcendendo o lapso da existência do titular de direitos da personalidade.
- v. Em que pese haver com a morte a extinção da personalidade civil, o Direito Civil possibilita a proteção da memória do morto, como uma tutela *post mortem*. Embora qualquer ofensa já não poder atingir, por obviedade, o falecido, são protegidos os reflexos sociais.
- vi. Há a proteção jurídica do respeito pelos mortos, como direito objetivo, também como evidência da proteção de bens jurídicos radicados na dignidade. Apresenta-se de forma autônoma em relação aos direitos da personalidade, não se confundindo com o direito à honra;
- vii. Há embasamento legal expresso para a tutela da memória do morto tanto no Código Civil português, quanto no diploma brasileiro.
- viii. Protege-se a memória de um falecido com o qual pelo menos uma pessoa viva teve algum tipo de vínculo, especialmente de cunho familiar;
- ix. A tutela objetiva desse bem jurídico resulta em um direito subjetivo autônomo, que exige para a concreção do suporte-fático a morte;
- x. Apesar da aparente complexidade argumentativa sobre a titularidade dos interesses protegidos com a tutela da memória do morto, já se tem pacificada na doutrina e na legislação a questão da legitimidade processual dos herdeiros, tendo inclusive permeado o senso comum. Esse posicionamento é defendido também pelo Professor Oliveira Ascensão.
- xi. Ainda assim, o grande questionamento restante é se a tutela feita pelos sucessores, em relação à proteção da memória póstuma, é efetuada em nome próprio ou em representação ao falecido.

- xii. Conforme foi verificado, o posicionamento de Ascensão é de grande importância histórica para o desenvolvimento do tema, que defende a tese de que o interesse tutelado pela proteção à memória do *de cujus* é do próprio morto. A personalidade do falecido é o valor tutelado, passa-se, com a extinção da personalidade, ao regime jurídico da proteção da memória do falecido.
- xiii. Em confronto ou complementariedade à tese apresentada pelo autor, marco teórico principal do presente trabalho, foram analisadas as teses do interesse dos herdeiros/familiares (direitos próprios); do interesse do morto e dos herdeiros; interesse direto morto e indireto dos herdeiros; da proteção objetiva de bens jurídicos; e tese do direito objetivo do morto e do direito subjetivo dos herdeiros.
- xiv. A teoria que mais se mostra plausível e atual para tratar a problemática, é a que defende que, em regra, são titulares dos direitos referentes à memória do falecido os seus herdeiros.
- xv. Cumpre salientar que a sua titularidade pode ser alargada para abranger além destes, outras pessoas que tinham algum vínculo social com o *de cujus*, e que por ainda nutrirem grande apreço por ele, ou por ainda serem a eles vinculados socialmente, podem vir a sofrer danos psíquicos e morais decorrentes de qualquer conduta que macule a memória do falecido, a exemplo de um melhor amigo.
- xvi. No que tange o direito de conservar protegida a memória do morto, não há que se falar em eficácia póstuma, pós-eficácia ou transeficácia de direitos da personalidade, por ser direito que na sua própria concepção já é reflexo, ou seja, já foi criado para que protegesse os que indiretamente podem, de fato, sofrer danos quando se atenta contra a memória de uma pessoa já falecida.
- xvii. Em caso de transgressão será dado lugar à responsabilidade civil, com os propósitos que são inerentes ao instituto, e não com objetivos mercantilistas.
- xviii. É válido concordar com Oliveira Ascensão no sentido de entender que há a sobrevivência da pessoa após a morte como centro de interesse, porém não se conclui que essa sobrevivência se concretize por meio do instituto que se destina a proteger a memória do morto, seria o caso se analisar a possibilidade de alguns direitos da personalidade terem eficácia após a morte.