



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA OLIVEIRA BARBOSA

A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE APÓS A MORTE

Salvador

2015

FERNANDA OLIVEIRA BARBOSA

**A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE APÓS A MORTE**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA OLIVEIRA BARBOSA

A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e meu irmão, pelo companheirismo, dedicação e, principalmente, pelo amor mais genuíno e verdadeiro.

Às minhas tias do coração, por todos os momentos compartilhados e por todos os ensinamentos, lhes serei eternamente grata.

Aos meus amigos, fonte inesgotável de carinho e alegria, principalmente àqueles que estiveram comigo nesse período, Márcia, Mariana, Janaina, Érica e Renata, vocês foram essenciais em todo esse processo.

À Alessandro, pela compreensão e paciência.

E ao meu orientador, Maurício Requião, pelos ensinamentos passados e pela ajuda, como um todo, para que esse trabalho pudesse ser realizado.

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito precípua a demonstração da possibilidade de lesão a direitos da personalidade do morto, tais como imagem, intimidade e privacidade, em que pese o mesmo não seja capaz de suscitar tal violação. É necessário observar qual maneira a legislação encontrou para regulamentar a proteção dos direitos da personalidade desse indivíduo, verificando se tais métodos são eficazes. Grande parte da doutrina afirma que o *de cuius* não é detentor de direitos da personalidade, uma vez que a morte acaba com a personalidade jurídica, entretanto, no presente estudo busca-se analisar a veracidade de tal argumento, sendo notório que os direitos personalíssimos do falecido podem ser lesionados, existindo, inclusive, previsão dos legitimados a suscitar tais violações. Busca-se ainda analisar a lei de transplantes de órgãos e tecidos (9.434/97) à luz dos direitos da personalidade, da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana, uma vez que o atual regramento da mesma garante à família do falecido a possibilidade de escolha acerca da destinação de seus órgãos e tecidos, podendo inclusive, contrariar a vontade expressada pelo mesmo em vida. Assim, é preciso analisar alguns pontos do dispositivo retro mencionado e fazer uma minuciosa verificação da possibilidade de desrespeito à vontade do falecido, podendo haver a violação de princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Será realizada, ainda, a análise de um livro que demonstra de forma nítida a violação de diversos direitos da personalidade do morto, sendo o mesmo, inclusive, confrontado com a lei 9.434/97 e com inúmeros outros dispositivos legais que asseguram ao falecido a dignidade, mesmo depois de sua morte.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; regulamentação após a morte; possibilidade de violação de direitos do morto; lei de transplantes de órgãos e tecidos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DIREITOS DA PERSONALIDADE x AUTONOMIA PRIVADA	10
2.1 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	10
2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE EM ESPÉCIE E SUA RELATIVIZAÇÃO	13
2.2.1 Direito à imagem	13
2.2.2 Direito à privacidade e à intimidade	17
2.2.3 Direito à integridade física	19
2.2.4 Direito ao corpo	22
2.2.5 Direito ao nome	25
2.3 AUTONOMIA PRIVADA: CONCEPÇÕES E LIMITAÇÕES	27
2.3.1 Autonomia privada X Autonomia existencial	27
2.3.2 Limitações: objetiva, relacional e subjetiva	29
3 A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS	32
A MORTE	
3.1 QUAL O MOMENTO EM QUE SE CONSIDERA A MORTE DO SUJEITO?	32
3.1.1 Morte natural como regra do ordenamento	33
3.1.2 Morte presumida	35
3.1.3 Ausência	37
3.1.4 Comoriência	39
3.2 O MORTO, EFETIVAMENTE, É TITULAR DE DIREITOS DA PERSONALIDADE?	41
3.2.1 Direitos da personalidade do morto passíveis de lesão	41
3.2.2 Legitimados a suscitar eventuais lesões aos direitos da	46

personalidade do morto	
4 A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS (9.434/97) E	49
SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE	
4.1 DA AUTORIZAÇÃO PARA A DOAÇÃO <i>POST MORTE</i> MPOR	50
PARTE DE INDIVÍDUOS INCAPAZES E DE INDIVÍDUOS SEM IDENTIFICAÇÃO	
4.1.1 Antes e depois da modificação do parágrafo 4º da Lei 9.434/97	50
4.1.1.1 Doação de órgãos e tecidos <i>post mortem</i>	53
4.1.2 Possibilidade de desrespeito à vontade do <i>de cuius</i>	54
4.2 NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DA VONTADE DO DOADOR EM VIDA	55
4.3 ANÁLISE DA OBRA “HOLOCAUSTO BRASILEIRO” À LUZ DA LEI 9.434/97	60
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Código Civil de 2002 os direitos da personalidade ganharam grande destaque no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tal diploma trouxe um capítulo específico – II – para esses direitos.

Em que pese já houvesse menção a essa classe de direitos em outros ordenamentos muito antigos, tal como na Grécia e em Roma, no Brasil eles são fruto de uma forte intervenção doutrinária.

É importante salientar que os direitos da personalidade possuem uma relação extremamente próxima com a autonomia privada, uma vez que, em que pese haja a alegação de que os mesmos são indisponíveis, é possível que ocorra a disposição deles, de forma onerosa ou gratuita, mas nunca de forma permanente.

Com relação aos direitos da personalidade e à autonomia privada, o que se busca aprofundar com esse trabalho é a existência ou não dos direitos da personalidade após a morte.

A esse respeito, cumpre informar que este não é um tema muito debatido, uma vez que o entendimento majoritário é o de que com a extinção da pessoa física, ou seja, com o advento morte, cessam todos os direitos da personalidade, não sendo necessário que haja o tratamento do *post mortem*.

Em que pese esse seja o entendimento de grande parte da doutrina, é inegável que existe a possibilidade de lesão a direitos da personalidade do morto, seja à sua imagem, intimidade, privacidade, mesmo que, obviamente, não seja este que venha a suscitar tal lesão.

Saliente-se ainda que não são todos os direitos da personalidade que são passíveis de lesão, no caso do morto, sendo necessário destacar quais são esses direitos e qual a forma de lesioná-los, demonstrando, desta forma, a importância de proceder com tal estudo de forma mais aprofundada.

Ademais, é de suma importância compreendermos qual é considerado o momento da morte no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário o enfrentamento de questões como a morte presumida, ausência, comoriência, salientando-se que a regra no ordenamento jurídico brasileiro é a morte real.

Nesse sentido, é necessário que haja a observância da jurisprudência brasileira, verificando como nossos tribunais tem entendido essa questão. Para eles o direito de personalidade do morto poderia sofrer lesões? Se sim, quais seriam as consequências que os sujeitos que lesionam os direitos da personalidade do morto sofreriam?

É necessário que compreendamos ainda como a legislação aborda esse tema, já que ele é pouco tratado, trazendo à baila entendimentos doutrinários dos mais diversos.

No que diz respeito à morte, analisaremos a lei 9.434/97 – Lei de transplantes de órgãos e tecidos – verificando que a mesma pode violar princípios como a dignidade da pessoa humana, autonomia privada e o direito ao próprio corpo, ainda que morto, a depender da interpretação que é dada a um dos seus dispositivos mais polêmicos.

Ainda com relação a tal lei, se procederá com a análise da mesma em contraponto com a situação vivenciada por inúmeros indivíduos que habitavam o maior hospício do mundo.

Daniela Arbex escreveu o livro “Holocausto Brasileiro” e com a análise do mesmo restará clara o quão miserável é a vida de pessoas que foram abandonadas para morrer em um local sem o mínimo existencial que deveria ser garantido pelo Estado.

Ademais, resta evidenciado que mesmo após a morte desses sujeitos os seus direitos continuam sendo repetidamente violados, demonstrando de forma indubitável que os mortos são titulares de direitos da personalidade, sendo garantidos aos mesmos, no mínimo, um tratamento digno após a morte.

Ante todo o exposto, verifica-se que, apesar de ser pouco trabalhado, esse é um tema de suma importância, não podendo ser afastado e esquecido, já que traz fortes implicações práticas.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE X AUTONOMIA PRIVADA

É indiscutível a existência de uma intrínseca relação entre direitos da personalidade e autonomia privada. Em que pese a indisponibilidade seja uma das características mais festejadas desse grupo de direitos, existem inúmeros exemplos que comprovam que tal aspecto pode, e incontáveis vezes é, relativizado, sendo que o indivíduo se vale de sua vontade para afastar a proteção que o direito lhe confere.

A esse respeito, entende-se que a autonomia privada tem forte presença em inúmeras questões controvertidas acerca dos direitos da personalidade, existindo condutas que são amplamente aceitas pela sociedade, principalmente aquelas que dizem respeito a técnicas de embelezamento, ainda que tais procedimentos extirpem, de forma permanente, partes do próprio indivíduo, o que, em regra, é vedado pelo nosso ordenamento.

Entretanto, existem condutas que são amplamente mal vistas pela sociedade, motivo pelo qual o direito tende a vedá-las e a criar punições para quem as pratica e para quem auxilia esse sujeito. Nesses casos, o indivíduo estaria sendo privado de exercer a sua própria vontade, sendo violada a sua autonomia privada.

Ante o exposto, é preciso que haja uma análise mais detida acerca dos direitos da personalidade, suas características e o motivo de seu surgimento, sendo explicado o motivo da proteção aos mesmos, em contraponto, é necessário ainda que se analise a autonomia privada dos sujeitos e o seu direito de tomar decisões que digam respeito acerca da sua própria vida, observando os principais conflitos práticos e teóricos que existem entre esses dois temas.

2.1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

É importante que, inicialmente, se entenda o que são os direitos da personalidade e quais são os seus desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro para que, posteriormente, se possa entender a possibilidade de se atribuir os mesmos ao *de cuius*, levando-se em conta o que o ordenamento jurídico brasileiro tem entendido nesse sentido.

Em primeiro lugar, faz-se necessário analisar o histórico dos direitos da personalidade, para entender o motivo e a importância do surgimento dessa classe de direitos.

A personalidade jurídica inicia-se do nascimento com vida¹, salvaguardados os direitos do nascituro, que vigoram desde o momento de sua concepção, assim, desde o momento do nascimento todas as pessoas naturais estão sob a égide dos direitos da personalidade, mas não foi sempre assim.

Os direitos da personalidade surgiram recentemente, comparado ao surgimento de outros direitos, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p.171) dispõe que “constituem construção jurídica relativamente recente, fruto do cuidado da doutrina germânica e francesa, especialmente após a II Guerra Mundial.”

Em que pese hajam doutrinadores, como Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, que entendam que o direito Greco-Romano, que traz tantos precedentes preciosos para o direito moderno, não tratou dessa classe de direitos, ou o faz de forma sucinta e quase imperceptível, existem outros, como Fernanda Borguetti Cantali (2009, p.30), que afirmam que “é flagrante a contribuição prestada pelo pensamento grego ao desenvolvimento da teoria jurídica da personalidade.”.

Nesse sentido, salienta-se que em todas as fases da civilização romano-cristã houve proteção aos direitos da personalidade, mesmo que estes ainda não fossem tratados dessa forma, assegurando-se condições mínimas de respeito aos indivíduos, sempre havendo punições a quem atentasse contra a vida e contra a integridade física/moral de outrem (PEREIRA, 2013, p. 201).

¹ A esse respeito, existe séria controvérsia na doutrina brasileira, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2012, p. 304) existem três grandes teorias: a) natalista – que prevê que a personalidade jurídica só seria adquirida mediante o nascimento com vida, excluindo, assim, os direitos do nascituro; b) da personalidade condicionada – esta teoria afirma que desde a concepção já há como atribuir direitos da personalidade ao nascituro, entretanto, os direitos patrimoniais, que decorreriam de herança, doação ou legado, ficariam condicionados ao seu nascimento com vida. Assim, há a afirmação de que, como os direitos patrimoniais estariam condicionados ao nascimento, a própria personalidade jurídica também estaria, motivo pelo qual o nascituro só teria direitos aos direitos da personalidade;

c) concepcionista – esta teoria prevê que o nascituro já possuiria direitos da personalidade, motivo pelo qual já seria detentor de personalidade jurídica, ainda que seus direitos patrimoniais estivessem condicionados ao seu nascimento com vida.

Tais autores entendem que não existiria distinção prática entre a teoria concepcionista e a da personalidade condicionada, uma vez que ambas entenderiam pela atribuição dos direitos mais básicos ao nascituro, discordando apenas do momento em que se daria o início da personalidade jurídica do mesmo.

Ou seja, ainda que não se falasse em “direitos da personalidade” já havia a intenção de resguardar o nome, a imagem, o corpo e tudo que dissesse respeito aos sujeitos individualmente.

Alguns autores afirmam que, em que pese desde a antiguidade já houvesse preocupação com os direitos humanos, esta foi extremamente majorada com o advento do Cristianismo, sendo que neste momento o homem passa a ser a personificação da imagem do criador, adquirindo unicidade e individualidade (CANTALI, 2009, p. 33).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p.171) asseveram que a Carta Magna Inglesa de 1215 fomentou de forma mais profunda a proteção a aspectos fundamentais da personalidade humana, tais como a liberdade, uma vez que veio a reconhecer, de forma implícita, os direitos da personalidade. Posteriormente, em 1789, a Declaração dos Direitos do homem, retromencionada, valorizou a tutela da personalidade humana e a defesa dos direitos individuais.

Só após a segunda Guerra Mundial os direitos da personalidade começaram a ser tratados de modo contundente, ante as atrocidades que foram praticadas pelos nazistas aos judeus e a qualquer povo que não se coadunasse com o seu ideal de arianismo, sentindo-se a necessidade de se resguardar uma categoria básica de direitos às pessoas humanas (CANTALI, 2009, p. 50).

Assim, verifica-se que, em que pese sempre tenha havido proteção à estes direitos, ainda que os mesmos não fossem chamados como são hodiernamente, tal proteção foi crescendo gradativamente, acompanhando a evolução da sociedade e a sua preocupação crescente com os indivíduos e com a proteção dos seus direitos mais íntimos.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos da personalidade foram fruto de importantes contribuições doutrinárias, que acabaram originando a inclusão destes na Carta Magna promulgada em 1988 e no Código Civil de 2002, que prevê, expressamente, a existência dos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21 (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p.172). Ante todo o exposto, nota-se que a própria doutrina considerou a importância dessa classe de direitos, trazendo contribuições de valor imensurável para o ramo do direito civil.

Entretanto, ainda que se reconheça o caráter imprescindível dos direitos da personalidade, os mesmos estão em constante conflito com a autonomia privada, uma vez que esta prevê a possibilidade dos sujeitos agirem conforme o seu próprio entendimento, ainda que tal comportamento venha a violar essa classe de direitos.

2.2. DIREITOS DA PERSONALIDADE EM ESPÉCIE E SUA RELATIVIZAÇÃO

A respeito de tal tema é de suma importância que se façam alguns esclarecimentos.

Como visto acima, os direitos da personalidade são uma classe de direitos que surgiu de forma relativamente tardia, em que pese já houvesse um tratamento rudimentar dos mesmos pelos gregos, romanos e até na Idade Média, só a partir da Segunda Guerra Mundial é que estes foram disciplinados de forma mais abrangente.

O Estado decidiu garantir aos indivíduos a proteção a tais direitos, resguardando-os de violações por parte de terceiros, entretanto, é plenamente possível que os próprios sujeitos decidam relativizar alguns aspectos de sua personalidade, algumas dessas relativizações até podem ser onerosas, outras, entretanto, só podem se dar de forma gratuita.

Sendo assim, o objetivo central com tal tópico é realizar uma análise detalhada acerca dos direitos da personalidade em espécie, observando quais as relativizações que os mesmos podem sofrer.

2.2.1 Direito à imagem

O primeiro direito a ser analisado será o direito à imagem. Segundo Roxana, “a imagem é a representação física de uma pessoa, através de fotos, filmes, vídeos, pinturas e outros meios que reproduzam o rosto da pessoa ou partes de seu corpo ou sinais físicos que possam servir à sua identificação e reconhecimento” (BORGES, 2005, p.156).

Assim, a imagem de uma determinada pessoa seria o seu traço característico, aquilo que a torna quem de fato ela é, portanto, não é possível que ninguém se aproprie da

imagem de outra pessoa, por qualquer meio e, sem a devida autorização, faça a divulgação desse material, salvo quando a lei permitir, em casos excepcionalíssimos (BORGES, 2005, p.156/160).

Nesse sentido, salienta-se ainda que, ainda que não haja a divulgação da imagem de outra pessoa, é possível que a mera captação da imagem, sem a devida autorização, já constitua ato ilícito, o que é bem corriqueiro hodiernamente, posto que existem inúmeros meios de captar a imagem de alguém instantaneamente, ainda que não haja a divulgação da mesma.

É possível que nem a divulgação e nem a captação da imagem de outrem constituam ato ilícito, ainda que realizadas sem a autorização, isso ocorrerá quando os comportamentos forem permitidos ou quando a divulgação for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (VENOSA, 2011, p. 176).

Em consonância com tal entendimento, Luciano de Camargo Penteado (2012, p.91) afirma que, enquanto o direito português prevê inúmeras possibilidades de divulgação da imagem dos sujeitos sem que haja lesão a tal direito, no Brasil a regra é a ofensa à moral desse indivíduo, sendo que as exceções se relacionam com a autorização ou com a administração da justiça e manutenção da ordem pública.

Assim, é necessário mencionar ainda a possibilidade de uma realidade coletiva, na qual não há, a princípio, lesão ao direito da imagem, ainda que não tenham havido quaisquer autorizações por partes dos “cedentes” das imagens, a exemplo de inúmeros torcedores que são fotografadas por um jornalista em um estádio de futebol e posteriormente essa fotografia é publicada em um jornal. (SCHREIBER, 2014, P. 112).

Nesse caso não há lesão ao direito de imagem de nenhum daqueles sujeitos, uma vez que os mesmos integram um sistema maior, entretanto, se o jornalista mudar o foco para uma única pessoa, ou para um grupo, já é possível que haja lesão ao direito de imagem desses indivíduos, sendo necessário que a divulgação da imagem, efetivamente, não destaque nenhum indivíduo ou grupo.

Saliente-se que o direito à imagem existe independentemente de outros direitos, a exemplo do direito à honra, sendo um direito da personalidade autônomo, entretanto, em que pese este seja o entendimento atual, o artigo 20 do Código Civil

prevê que “[...]a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo de indenização que lhe couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

Em análise ao mencionado artigo observa-se que há a vinculação da proibição da divulgação indevida da imagem de alguém à violação de sua honra, boa fama ou respeitabilidade, o que não reflete o atual panorama do ordenamento jurídico. A violação ao direito de imagem deflagra-se no momento em que há a captação de outrem sem a devida autorização, não sendo necessária violação a qualquer outro direito.

Nesse sentido, Anderson Schreiber (2014, p. 109/110) traz em seu livro um caso real que ocorreu em Lages, município de Santa Catarina. Um morador de rua, que se chamada Sebastião Jesus, surpreendeu-se ao ver sua imagem sendo utilizada em um panfleto de um candidato, no mesmo lia-se a frase: “Desalento, Desleixo, Desrespeito: Você vai deixar que Lages continue assim?”.

Jesus moveu uma demanda indenizatória contra o responsável por tal propaganda, tendo sido a demanda julgada improcedente em primeiro grau, entretanto, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou a decisão e concedeu a indenização para o mesmo, entendendo que, ainda que não houvesse ofensa à honra, houve a utilização indevida da imagem do indivíduo, até porque o mesmo jamais autorizou aquele tipo de propaganda.

Em que pese afirme-se que os direitos da personalidade são indisponíveis, de igual maneira é cediço que há possibilidade de disposição temporária de alguns destes, sendo que esta não acarreta a perda da titularidade de tal direito.

Nesse sentido, é possível que haja a autorização de um determinado sujeito para que sua imagem seja exibida em comerciais televisivos, em uma revista, em *outdoors*, ou em qualquer outro local, podendo essa concessão ser feita gratuita ou onerosamente.

Carlos Alberto Bittar (2003, p. 95) ainda afirma que a disposição do direito à imagem permite ao titular de tal direito auferir proveito econômico do uso de sua imagem ou de seus componentes a exemplo dos olhos, dos cabelos, das nádegas, da cintura, dentre outros. Ele afirma que o contrato adequado é o de licença ou de concessão

de uso, onde devem estar explícitos todos os elementos do ajuste de vontades, com o intuito de dirimir eventuais dúvidas.

É necessário entender que o uso da imagem é no limite estrito daquilo que foi contratado e para os fins previstos no contrato. Tal entendimento se conforma ao próprio direito, uma vez que o cedente da imagem tem a faculdade de escolher as ocasiões e os modos pelos quais vai aparecer em público (BITTAR, 2003, p.95)

Caio Mário da Silva Pereira (2013, p.217) sustenta que “a divulgação da imagem, não autorizada, sujeita o exibidor à reparação, seja material, seja moral o dano. Além desta consequência, pode acarretar a apreensão do material exibido, e sujeitar o exibidor aos efeitos penais”.

Faz-se necessário esclarecer que o direito à imagem não é restrito apenas à celebridades, é importante proteger a imagem de quaisquer pessoas, pois a violação ao direito de imagem pode trazer graves danos a empresários, advogados etc (GONÇALVES, 2011, p. 308).

Sendo assim, ainda que trate de “pessoa pública”², vulgarmente conhecida como “celebridade”, é preciso que as divulgações das imagens destas sejam observadas de forma cautelosa, uma vez que não é pelo fato das mesmas estarem em destaque que toda e qualquer fotografia pode ser publicada, sendo que, em alguns casos, a divulgação da imagem destas celebridades pode acarretar o pagamento de indenização por parte daqueles que as expuseram sem a devida cautela.

Ante todo o exposto, resta evidenciada a possibilidade de relativização do direito de imagem de forma gratuita ou onerosa, devendo haver estrita observância ao que foi pactuado entre o cedente e o sujeito que adquiriu a possibilidade de divulgar a imagem.

² A expressão “pessoa pública” é utilizada por Anderson Schreiber (2014, p. 113-114). O autor faz uma crítica à tentativa da mídia de sugerir que as chamadas celebridades não tem direito a ter sua imagem resguardada, tendo uma proteção menor do que aquela a que as outras pessoas, as anônimas, teriam.

2.2.2 Direito à privacidade e à intimidade

O segundo direito em espécie a ser tratado é o direito à privacidade, esse é o direito de manter sua vida privada fora do alcance de outros sujeitos, ou seja, é preservar o que acontece intimamente na sua vida, não se expondo (BORGES, 2005, p.162).

O direito à intimidade e à vida privada está previsto no artigo 21 do Código Civil, demonstrando a importância de resguardar esses direitos, sob pena de responder por danos morais e/ou materiais (GONÇALVES, 2013, p.205).

Com relação a esse direito, à semelhança do que ocorre com os demais, o desafio atual não é o reconhecimento da sua existência, uma vez que esta é notória e indiscutível, o que é realmente difícil no cenário atual é a efetividade de sua aplicação, uma vez que esse é um direito atual e ainda existem dúvidas acerca de sua extensão.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 248) afirmam que é necessário proteger a vida privada do sujeito, pois essa perpassa por um aspecto interior, incluindo elementos amorosos, sexuais, religiosos, familiares e sentimentais de determinadas pessoas, chegando até elementos mais externos dos sujeitos.

Roxana afirma ainda que o direito à privacidade tem um viés negativo, uma vez que o que está sendo determinado é a não intromissão na vida privada dos sujeitos, mantendo esta alheia aos curiosos (BORGES, 2005, p.162).

Há ainda um conceito mais atual de privacidade, referindo-se à necessidade de preservar os dados pessoais dos sujeitos, posto que muitos cadastros contém um número muito grande de dados, sejam eles nomes, endereços, telefones celulares, raça, gênero etc. Assim, essas pessoas tem o direito de manter esses dados em sigilo, sendo os mesmo utilizados apenas para aqueles fins para os quais foram cedidos. (SCHREIBER, 2014, p. 138).

É importante que se faça uma ressalva nesse sentido, é possível que determinada pessoa tenha acesso à vida pessoal de outra, em razão da relação de amizade, de um relacionamento amoroso ou de outras formas, sendo que o acesso à vida privada é lícito, o que não se tolera no ordenamento jurídico é a divulgação de informações obtidas, mesmo que estas tenham sido obtidas licitamente, sob pena de

violação do direito à privacidade, causando danos morais e/ou materiais e, conseqüentemente, dever de indenizar (BORGES, 2005, p.162).

Com relação à essa ideia de privacidade, existem inúmeros elementos que estão contidos na mesma, sendo os mais notórios o lar, a família e a correspondência, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.214).

Saliente-se ainda que com o advento dos avanços tecnológicos a intimidade dos indivíduos encontra-se ameaçada, inclusive no ambiente de trabalho, a esse respeito, Antônio Baptista Gonçalves (2011, p. 302) assevera que não é raro que em empresas os chefes de cada setor possuam acesso aos sites visitados por seus funcionários, às mensagens que chegam nos e-mails e até às mensagens onlines transmitidas pelos mesmos.

Entretanto, esse é um aspecto que gera controvérsias, uma vez que no horário de trabalho os funcionários deveriam exercer apenas atividades que dissessem respeito à sua função, sendo que o controle exercido pelos superiores não representaria violação à sua intimidade e sim fiscalização para que informações confidenciais da empresa não fossem divulgadas.

Hodiernamente, com a forte presença das redes sociais, os próprios sujeitos fazem “postagens” cada vez mais frequentes, por vezes abrindo mão de sua própria privacidade e exibindo para um número imenso de pessoas os locais onde frequentam, suas opiniões políticas, e sobre todos os assuntos, seu corpo e seus anseios, relativizando assim a sua própria privacidade.

Nesse sentido, é possível ainda que haja a disposição do direito à privacidade, tal qual ocorre com o direito à imagem e com o direito à voz, como ocorrem nos *reality shows*, a título gratuito ou oneroso, desde que estejam previstos no contrato todas as condições e limites da exibição, restando evidente que trata-se de um direito disponível. (BORGES, 2005, p.165/166).

Existem inúmeras formas de relativizar o direito à privacidade, tal como ocorre nas biografias feitas, em sua maioria, por indivíduos chamados de celebridades, nas quais esses sujeitos narram fatos desconhecidos para todos os seus leitores, sem se importar em manter em sigilo a sua vida privada.

Assim como ocorre no direito à imagem, aqui há a limitação da privacidade das personalidades dotadas de notoriedade, desde que estas estejam no exercício de

suas funções. Isso não quer dizer que não haja o direito à privacidade por parte desses sujeitos (artistas, esportistas, políticos), uma vez que sua vida íntima, sua correspondência e sua vida familiar devem ser preservadas.

Como exemplo de uma clara lesão à privacidade das chamadas celebridades, o caso ocorrido com a atriz Carolina Dieckmann, no qual integrantes do programa humorístico “pânico na TV” foram à sua residência, munidos de guindaste e megafone, e tentaram convencê-la a calçar as sandálias da humildade. A atriz ingressou com uma demanda judicial e obteve êxito, comprovando que a privacidade dos famosos não está afastada, ainda mais no âmbito do seu domicílio (SCHREIBER, 2014, p. 145/146).

Ademais, novo caso veio a ocorrer com a mesma atriz, quando esta teve a suas fotos íntimas, que eram armazenadas no seu computador, divulgadas na internet. Tal prática ocasionou a criação da lei nº 12.737/12, conhecida como lei Carolina Dieckmann, sendo criada para punir aqueles que utilizam a internet para divulgar conteúdo proibido ou não autorizado, como foi o caso.

Alguns autores tratam do direito à intimidade como se este fosse diverso do direito à privacidade, mas outros entendem que se trata do mesmo direito, havendo apenas uma modificação na amplitude da abrangência, sendo notório que, apesar da própria Constituição Federal prever a proteção à intimidade, não é incomum que sujeitos acabem revelando sua intimidade. (BORGES, 2005, p.166).

O advento dos avanços tecnológicos também tem tornado esses direitos cada vez mais suscetíveis de lesões, com a divulgação em massa de imagens, vídeos e áudios é cada vez mais comum que a intimidade das pessoas seja exposta. (BITTAR, 2003, p.116)

2.2.3 Direito à integridade física

O próximo direito a ser tratado será o direito à integridade física. Carlos Alberto Bittar (2003, p.77) afirma que “o bem jurídico visado é a incolumidade física e intelectual”, demonstrando que além de não se causar lesões físicas aos sujeitos é necessário que preserve-se o seu psíquico.

Um dos pontos mais difíceis nesse caso é a limitação da proteção ocasionada por esses direitos, ou seja, quais os limites da autonomia privada dos sujeitos. Aqui fala-se de esportes perigosos, automutilação, intervenções estéticas etc (BITTAR, 2003, p.78).

A realidade é que a integridade física dos sujeitos é amplamente relativizada por eles próprios a todo momento, seja fazendo tatuagens e *piercings*, seja praticando rapel ou boxe, não podendo o ordenamento jurídico se impor a tais práticas, uma vez que estas já são consideradas socialmente aceitas em nossa sociedade.

Esse direito à integridade física é demasiadamente amplo e com muitas questões controvertidas, sendo notória a possibilidade da incidência da autonomia privada, o que possibilitaria o afastamento desse direito no caso concreto.

Ainda no que concerne ao direito à integridade física, é necessário que haja a análise dos transplantes de órgão *inter vivos*, salientando-se que a retirada do órgão que será doado não pode implicar em sacrifício para o doador, não podendo também o transplante ser objeto de negócio oneroso.

Com relação à lei de transplantes, esta é passível de crítica de diversos doutrinadores e estudiosos do direito, uma vez que esta afasta a vontade do pretendo doador após a morte deste, acaso sua família entenda pela não doação dos órgãos do *de cuius*, ou seja, ainda que a vontade do sujeito, em vida, fosse doar os órgãos, essa vontade pode ser afastada por sua família.

É importante se fazer menção aos seguidores da religião Testemunhas de Jeová, que negam-se a receber doações de sangue, pois se considerariam impuros após estas e seria rechaçados pelos outros praticantes da religião. Essa questão é extremamente controvertida, pois há o confronto entre direitos personalíssimos, sendo eles o direito à integridade física, à liberdade de crença e ainda há quem diga que à vida digna.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina publicou a resolução de nº 1.021/1980, sendo previsto pela mesma, em sua conclusão que “1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.”.

Corroborando para o quanto descrito na resolução retro mencionada, o Conselho Federal de Medicina publicou a resolução de nº 1.931/09, que prevê em seu artigo 34 que é vedado ao médico “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” (PENTEADO, 2012, p. 88/89).

Em que pese já haja resolução do Conselho Federal de Medicina, este tema está longe de tornar-se pacífico, verificando-se que a doutrina ainda não firmou um entendimento unânime.

Existem doutrinadores que afirmam que seria necessário diferenciar os doentes capazes dos incapazes, sendo que, segundo os mesmos, os capazes poderiam se negar à transfusão de sangue, ainda que isso implicasse em risco de morte, em prol da liberdade à crença (PEREIRA, 2013, p. 212).

Anderson Schreiber também se coaduna com o quanto defendido por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, defendendo que o direito à vida é um direito fundamental como todos os demais previstos na Constituição Federal, não podendo haver uma supremacia, *a priori*, deste sobre os demais, defendendo ainda uma morte digna por parte desses sujeitos, uma vez que a transfusão contra sua vontade acabaria por trazer-lhes enormes prejuízos. (SCHREIBER, 2014, p. 51/52).

Tal posicionamento é defendido pelo simples fato de que, ainda que se obrigue o seguidor da religião à transfusão de sangue, tendo ocorrido o procedimento de forma satisfatória, muito provavelmente esta pessoa será rechaçada pelo seu ciclo social, ficando impossibilitada de frequentar sua Igreja e talvez até de ter acesso aos seus filhos, o que irá ferir a sua vida digna, tendo que haver o sopesamento de valores igualmente importantes.

Entretanto, já foi proferido precedente no sentido de que não cabe indenização à testemunha de Jeová que recebe transfusão de sangue, uma vez que existe um valor maior em debate, a própria vida do paciente, demonstrando que ainda existem muitas controvérsias acerca deste tema (PENTEADO, 2012, p. 88).

O direito à integridade física é um dos direitos que, sem dúvida, sofre mais relativizações por parte dos próprios sujeitos.

2.2.4 Direito ao corpo

No que diz respeito ao direito ao corpo, este é um dos mais importantes, uma vez que nosso corpo é “o instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático” (BITTAR, 2003, p.82). Existem alguns pontos importantes a serem abordados nesse direito.

O Código Civil de 2002 disciplina em seu artigo 13³ que os atos de disposição do próprio corpo são permitidos, desde que não importem em diminuição permanente da integridade física do sujeito ou contrariem os bons costumes. Em caso de exigência médica é possível, inclusive, que haja a diminuição permanente.

O direito ao corpo surgiu para instituir garantias contra as interferências externas neste, uma vez que, após o nazismo e a ditadura militar brasileira, era necessário preservar os sujeitos contra experimentos científicos e torturas, devendo o mesmo ser tratado com respeito e não ser submetido a tratamentos desumanos.

Entretanto, com o advento da modificação da sociedade vão surgindo questões que se tornam controvertidas, sendo necessário analisar as relativizações possíveis.

Anderson Schreiber (2014, p. 43) afirma que atualmente já existem diversas intervenções físicas permanentes que são aceitas e até difundidas, como cirurgias plásticas meramente embelezadoras e as depilações definitivas, sem que nenhuma destas necessite de autorização médica, havendo uma relativização do artigo 13 do Código Civil.

E no caso dos transexuais, por exemplo, que necessitam da ablação de seus órgãos para adequar a sua imagem à sua real personalidade? Como seria resolvida tal questão? (BITTAR, 2003, p.84)

É importante entender que o transexual não pode ser confundido com o homossexual, com o bissexual, com o intersexual ou com o travesti, o transexual é aquele que sofre de uma dicotomia físico-psíquica, ou seja, o seu físico é divergente

³ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contraria os bons costume.

Parágrafo único. O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

do seu psíquico, sendo que em grande parte dos casos é necessário que haja a cirurgia de modificação de sexo para que o transexual consiga unir o seu físico com o psíquico (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 212).

Nesse sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p.204) se posicionam a favor da modificação de sexo do transexual, uma vez que, segundo eles, não seria possível impor a um sujeito um sofrimento desmedido como o em questão privando-lhe do direito superior, que é o direito à felicidade.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 191) entende que “tais cirurgias [...] são intervenções médicas similares às demais que visam a preservação da saúde da pessoa, ainda que se trate da sua saúde psíquica [...]”.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina publicou a resolução nº 1.955/10, garantindo o direito dos transexuais modificarem o seu sexo originário, uma vez que os mesmo tem um físico dissonante do psíquico, o que acarreta um sofrimento absurdo.

Ainda sobre os transexuais, Urbano Félix Pugliesi⁴, em sua tese de doutorado, afirma que há uma tendência à “patologização” da transexualidade por parte de grande parte dos doutrinadores brasileiros, entretanto, o mesmo discorda de tal entendimento, afirmando que:

[...]algum aspecto da sexualidade somente será uma doença quando enfraquecer a pessoa e a sociedade, nunca quando as fortalecer – fisicamente, mentalmente, socialmente e espiritualmente -, levando em consideração o conceito de saúde para a OMS a ser mostrado *a posteriori*, já ultrapassado pelos novos estudos a respeito da saúde humana. Porém, utilizado como mínimo para entendimento da impossibilidade de identificar a transexualidade como uma patologia faz mister repisar o conceito para uma primeira explicitação. [...]

[...] Desta forma a transexualidade não é um desajuste do sexo, mas sim um querer identitário diferente do sexo biológico atribuído no nascimento – sexo de partida. [...]

Assim, não há um posicionamento unânime acerca da questão dos transexuais, havendo muito embates no que diz respeito a tal tema.

Após a cirurgia de conformação de sexo o transexual pode postular a alteração do seu nome e do sexo constante em toda a sua documentação, para que ambos

⁴ BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades**. 2015. Tese apresentada ao programa de pós graduação em direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em direito. Disponível em < <http://pt.slideshare.net/urbanofelixpugliese/urbano-flix-pugliese-do-bomfim-tese-apresentada>>. Acesso em 15/05/2015

possam refletir a sua nova realidade, salientando-se que a jurisprudência brasileira tem assegurado a averbação da modificação de sexo no registro civil, principalmente com o intuito de proteger o interesse de terceiros (PENTEADO, 2012, p. 86).

Sobre o direito ao corpo, impende ainda tratar acerca da questão da autolesão, sendo esta a nítida incidência da autonomia privada sobre esse direito de cunho personalíssimo.

Acerca da autolesão, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 194) suscita questões de cunho religioso, como a raspagem da cabeça e a abertura de incisões em diversas partes do corpo do recém iniciado no candomblé e o autoflagelo de cristãos em regiões interiores de estados como Bahia e Pernambuco. Incluem-se também no *roll* das autolesões as tatuagens, a suspensão, os piercings e o *branding*, sendo este último uma prática menos difundida no Brasil, que consiste em marcar as pessoas com metal em brasa, assim como acontece com o rebanho bovino brasileiro.

É importante entender que as ações dos sujeitos que submetem-se a tais práticas é totalmente lícita, partindo-se do pressuposto de que os mesmo estão dispendo de maneira voluntária de seus corpos (BORGES, 2005, p. 196/197).

Ademais, os terceiros que produzem os instrumentos utilizados pelos cristões para se autoflagelarem, os que realizam as incisões nos corpos dos recém iniciados, aqueles que tatuam e marcam os sujeitos também agem licitamente, em prol da limitação do direito ao corpo.

Por fim, é importante que se esclareça que o fato da autolesão ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro não a torna lícita em todos os casos, uma vez que esta pode ser utilizada para simular uma situação inexistente, desejando o sujeito fraudar a lei, a exemplo do empregado que se automutila para faltar ao trabalho ou para receber indenização por acidente de trabalho (BORGES, 2005, p. 198).

Ainda no âmbito do direito ao corpo, é necessário salientar que este engloba também o direito às partes separadas do corpo, ou seja, sangue, saliva, espermatozoides etc.

Entretanto, já houve alguns casos no nosso ordenamento em que esse direito foi simplesmente deixado de lado, como no caso trazido por Schreiber (2014, p. 39/40) em seu livro, no qual uma mulher tinha se negado expressamente a realizar o

exame de DNA e policiais recolheram sua saliva de guimbas de cigarro fumados na própria delegacia e realizaram o exame, ainda que a mesma tivesse se negado a realiza-lo.

Em que pese esse direito às partes separadas do corpo não tenha muita importância no cenário brasileiro atualmente, é de suma importância que se passe a tratá-lo de maneira mais atenta, uma vez que nos dias atuais há muita manipulação de material genético, sendo necessária uma maior proteção ao mesmo.

2.2.5 Direito ao nome

Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 220), “a doutrina mais tradicional considera o direito ao nome um dos mais importantes direitos da personalidade, atribuindo-lhe os estudos mais amplos, se comparados com as demais espécies de direitos da personalidade.”.

O nome seria o elemento individualizador das pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, uma vez que é necessário que a coletividade conheça a identificação das pessoas, sendo o nome um direito da personalidade e não de propriedade, como já foi suscitado anteriormente (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 274).

O nome teria características específicas, sendo o nome absoluto, obrigatório, indisponível, exclusivo, inalienável, incessível, inexpropriável, irrenunciável e intransmissível. Seria absoluto porque produziria efeitos *erga omnes*, seria obrigatório porque o artigo nº 50 da Lei 6.015/27 – Lei de Registros Públicos reconheceria a necessidade do registro civil de todas as pessoas nascidas, ainda que tivessem nascido mortas, seria indisponível pela ausência de possibilidade do titular do nome dispor deste, de qualquer que fosse a forma, por cessão, alienação etc. (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 275).

A supracitada lei declarou a obrigatoriedade do registro do nascimento, com a indicação do prenome, aquele que foi conferido àquele indivíduo, o que o diferencia dos demais irmãos, primos etc, e do sobrenome, também conhecido como nome de família ou patrocínio (SCHREIBER, 2014, p. 189).

Luciano de Camargo Penteado (2012, p. 90) salienta que o nome do sujeito não pode ser exposto a situações constrangedoras, sendo tal atitude passível de indenização. O Autor exemplifica informando que uma senhora teve o seu nome utilizado indevidamente, constando na lista telefônica que a mesma era ofertante de serviço de massagem, sem que a mesma autorizasse a divulgação de tal informação, fazendo jus à concessão de indenização de cunho moral.

É importante ainda que se traga a baila a utilização de apelidos, que são aqueles nomes pelos quais as pessoas são popularmente conhecidas, sendo que, se o apelido for dotado de notoriedade, ele pode ser adicionado ao nome, segundo dispõe o artigo 58 da Lei de Registros Públicos, como é o exemplo do lutador de UFC Anderson “Spider” Silva e do ex presidente Lula.

É importante frisar que tanto o nome quanto o pseudônimo tem proteção legal, de acordo com os artigos 16 e 19 do Código Civil (PENTEADO, 2012, p. 91/92).

Quanto ao pseudônimo, o mesmo muitas vezes é muito mais conhecido que os próprios prenome e sobrenome, como ocorre com inúmeros artistas brasileiros e internacionais, citando-se como exemplo Cazuzza (Agenor de Miranda Araújo Neto), Chico Buarque (Julinho de Adelaide, na época da ditadura militar brasileira) e Slash (Saul Hudson), sendo que a proteção do mesmo é tão importante quanto a do nome em si (SCHREIBER, 2014, p. 200/201).

O nome tem uma inalterabilidade relativa, ou seja, existem algumas situações no qual o mesmo pode ser alterado. A depender da situação o prenome ou o sobrenome podem ser alterados, conforme será demonstrado abaixo (BORGES, 2005, p. 225/228).

O nome pode ser alterado pelo advento de casamento, união estável, separação, divórcio, quando expuser o seu titular ao ridículo, o que não é muito difícil de imaginar, quando apresentar erro gráfico evidente, pela adoção (ECA, art. 47, §5º), pela inclusão de apelido etc (PENTEADO, 2012, p. 91).

Nos casos de cirurgia de modificação de sexo os transexuais também têm direito à modificação do seu nome civil, uma vez que ao mudar de sexo é necessário também que modifique-se o seu nome (BORGES, 2005, p. 227).

Entretanto, Anderson Schreiber (2014, p. 207) menciona em seu livro o caso de um transexual que já havia feito a cirurgia e, ainda assim, não teve os seus direitos

observados, sendo exposto a situação extremamente degradante. O Autor transcreve ainda parte de um acórdão no qual o desembargador afasta a possibilidade do transexual modificar o seu nome, sob o argumento de que “não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza”, demonstrando que, em que pese haja a determinação legal, alguns julgadores ainda não admitem a mudança de nome do transexual.

2.3 AUTONOMIA PRIVADA: CONCEPÇÕES E LIMITAÇÕES

Conforme restou demonstrado nos tópicos acima, os direitos da personalidade podem ser relativizados de acordo com a autonomia dos sujeitos, ou seja, os indivíduos podem dispor de forma relativa de direitos como imagem, voz, privacidade, integridade física, dentre outros.

Ocorre que, é importante conceituar a autonomia privada dos sujeitos, tratando da mesma de uma forma um pouco mais detalhada e diferenciando-a de outras espécies de autonomia.

Ademais, é importante demonstrar que não são apenas os direitos da personalidade que podem sofrer limitações, a autonomia privada também encontra barreiras em alguns institutos, uma vez que nenhum direito é absoluto, conforme será demonstrado abaixo.

2.3.1 Autonomia privada X Autonomia da Vontade X Autonomia existencial

No que diz respeito à autonomia privada do sujeito, muitos a confundem com a autonomia da vontade, dando à mesma um significado apenas de autodeterminação dos sujeitos, ou seja, o indivíduo faz suas próprias escolhas porque tem autonomia para fazê-las (BORGES, 2005, p. 51).

Nesse sentido, Roxana (2005, p. 50-52) distingue ambas, afirmando que a autonomia da vontade restou superada pela teoria da autonomia privada, entretanto,

diversos autores continuam utilizando a terminologia de autonomia da vontade, o que é errôneo.

Érico de Pina Cabral (2004, p. 93) assevera que “a autonomia privada se constituiu num dos pilares da ordem jurídica e sua negação radical só seria possível num sistema de competências em que as pessoas se limitassem a seguir regras absolutas, estabelecidas por órgãos de um poder totalitário.”

Fernanda Corghetti Cantali (2009, p. 203) conceitua a autonomia privada como faculdade conferida ao sujeito pelo ordenamento jurídico para que o mesmo possa regular seus próprios interesses.

Segundo alguns doutrinadores, autonomia privada diria respeito à questões de conteúdo patrimonial, negocial, tendo se adequado ao sistema capitalista atual, pautado no lucro, já que seria muito difícil para os sujeitos viverem no ordenamento atual tolhidos de sua autonomia, sendo esta essencial à sua vida (REQUIÃO, 2014, p. 86/87).

Assim, autonomia privada em sua concepção estrita diria respeito à possibilidade do sujeito agir conforme a sua vontade ao celebrar contratos, por exemplo, já que o direito privado baseia-se na livre manifestação de vontade dos sujeitos, com algumas exceções.

No que diz respeito à autonomia da vontade, a mesma diz respeito à vontade real ou psicológica do sujeito, sendo assim, como consequência lógica, os negócios jurídicos celebrados teriam como causa principal a vontade livre da parte ou das partes (CABRAL, 2004, p. 108).

Entretanto, como bem observa Roxana Borges (2005, p. 52), muitos doutrinadores afirmavam que a vontade seria o cerne do negócio jurídico, ocorre que, a vontade, quando não manifestada, é ignorada pelos demais sujeitos e pelo próprio ordenamento, assim, não poderia se falar em vontade como essência do negócio jurídico. Desta forma, passou-se a falar em livre manifestação de vontade e não mais em vontade de forma pura e simples.

Entretanto, é de suma importância salientar que a autonomia, em sentido amplo, pode englobar a autonomia privada e a autonomia existencial, sendo o segundo conceito pouquíssimo pesquisado (REQUIÃO, 2014, p. 86).

Não há uniformidade na conceituação dessas autonomias, o que há é um norte, um direcionamento do que seria cada uma delas e a diferenciação da abrangência das mesmas.

Fala-se ainda em autonomia existencial, que seria aquela que daria ao sujeito a possibilidade de gerir a sua vida apartada do viés patrimonialista, devendo o mesmo se preocupar com suas liberdades individuais (REQUIÃO, 2014, p. 88).

Essa seria a concepção da autonomia que diria respeito aos direitos da personalidade, sendo que quando um sujeito faz uma tatuagem, por exemplo, ele está exercitando apenas a sua autonomia existencial, sendo possível que haja o exercício de ambas ao mesmo tempo (REQUIÃO, 2014, p. 89).

Com relação a tal autonomia, Roxana Borges (2005, p. 50) afirma que existem situações em que a autonomia não diz respeito à aspectos patrimoniais ou contratuais, englobando “situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doações de esperma e óvulos, cessão do uso da imagem, da voz”. A autora ainda informa que nestes casos a autonomia normalmente está relacionada aos direitos da personalidade, conforme exemplos citados acima.

Em que pese haver a distinção entre a autonomia privada, da vontade e existencial, nesse trabalho haverá menção apenas a “autonomia”, não havendo a diferenciação pelo fato de que não há grande relevância prática envolvida.

2.3.2 Limitações à autonomia privada

Assim como os direitos da personalidade podem ser relativizados e limitados ante a autonomia, seja ela privada ou existencial, esta também possui limites.

Existem inúmeras fronteiras à autonomia privada, já que nenhum direito é absoluto. O professor Maurício Requião (2014, p. 90) traça três limitações à tal instituto, sendo as limitações objetivas, subjetivas e relacionais.

As limitações objetivas são espécies de limitações gerais, não dizem respeito aos sujeitos e sim ao que se busca realizar, as práticas que iriam ser realizadas são repudiadas pelo ordenamento jurídico e pela sociedade, sendo proibidas (REQUIÃO, 2014, p.90).

Não faltam exemplos de limitações objetivas, tais como, herança de pessoa viva, negócio jurídico que não observe a forma prevista em lei, disposição onerosa das partes do corpo do morto, dentre outras. No caso das limitações objetivas o que se observa é um repúdio do próprio ordenamento à determinadas condutas, entretanto, isso não quer dizer que não esteja havendo a proteção dos sujeitos que encontram-se impedidos de realiza-las, sendo que a consequência, normalmente, é a nulidade. Esta pena é suficiente quando se trata de autonomia privada, mas quando se fala de autonomia existencial não há como se aplicar a nulidade em grande parte dos casos (REQUIÃO, 2014, p. 90).

As limitações relacionais são impostas visando assegurar direitos de terceiros, e não dos próprios sujeitos que vão praticar os atos. É o caso do pai que não pode doar a herança de seus filhos, podendo doar todos os outros bens que não consistam na legítima de seus herdeiros necessários (REQUIÃO, 2014, p. 92).

Por fim, existem as limitações subjetivas, que tem como base o próprio sujeito.

“A ideia é que determinadas pessoas por conta de deficiência na sua capacidade de compreensão da realidade, seja por conta da sua inexperiência, seja por conta de problema de saúde, não estão aptas para a prática de certos atos.” Essas limitações podem abranger grande parte dos atos da vida do sujeito, como ocorre com alguns tipos de incapacidade, ou pode ser pontual, como ocorre com o maior de setenta anos, que não pode optar pelo regime patrimonial do casamento. (REQUIÃO, 2014, p. 94).

Érico de Pina Cabral (2004, p. 118-120), por sua vez, entende que a função social da autonomia privada seria uma das limitações de tal instituto, afirmando que:

A função social da autonomia privada consagra o não individual, o bem comum e o bem estar de toda coletividade, na realização dos interesses sociais sem desconsiderar os interesses do indivíduo. A função social é um princípio que se agrega à autonomia privada formando um só *standart* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que orienta o exercício dos direitos subjetivos na direção do bem comum e da justiça social. É instrumento de superação do individualismo egoístico e de correção dos excesso da autonomia da vontade.

Assim, para o autor a limitação pela função social viria consagrada em vários dispositivos legais, tais como o artigo 421 do Código Civil⁵ e a Constituição federal, em seu artigo 1^o⁶ (CABRAL, 2004, p. 120).

⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Por fim, Roxana Borges (2005, p. 55) afirma que a autonomia privada também seria limitada pelas normas legais e pela ordem pública, por exemplo. Tal raciocínio é extremamente notório e factível, uma vez que os sujeitos não podem simplesmente desobedecer a lei alegando que agiram em prol de sua vontade. A autora ainda cita como fronteiras à autonomia privada a moral e os bons costumes, entretanto, tece severas críticas a tais limites.

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

3 A REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE

Com este capítulo, tem-se o intuito precípua de analisar as consequências jurídicas de eventuais lesões aos direitos da personalidade dos sujeitos após a sua morte. Inicialmente, é de suma importância que se evidencie o momento exato da morte dos sujeitos, ainda que este seja de difícil aferição. Nesse sentido, é necessário que haja a observância acerca das diferentes maneiras de decretação da morte dos sujeitos.

Superada a etapa do falecimento dos indivíduos, é preciso analisar quais os direitos personalíssimos são passíveis de sofrer lesões após a morte do seu efetivo titular. Esse tema é amplamente polêmico, uma vez que grande parte da doutrina entende que trata-se de direito à memória por parte dos parentes e não de direitos da personalidade do morto, enquanto outra parte da doutrina entende tratar-se efetivamente de direito do *de cuius*.

Por fim, faz-se imprescindível analisar quais os sujeitos legitimados a suscitar violações aos direitos da personalidade do *de cuius*, conforme previsto no Código Civil

3.1 QUAL O MOMENTO EM QUE SE CONSIDERA A MORTE DO SUJEITO?

Com esse tópico busca-se esclarecer as diversas possibilidades de declaração do falecimento do indivíduo. A morte é um conceito demasiadamente complexo, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro adota inúmeros marcos para a decretação da mesma. Tal comportamento se deve à pluralidade de situações que podem ocorrer, sendo imprescindível que haja previsão legal atinente aos efeitos e às consequências da ocorrência do falecimento do *de cuius*.

Assim, é necessária uma análise mais detalhada sobre as situações que podem ser deflagradas, sendo imprescindível a observância ao quanto disposto pelo ordenamento jurídico.

3.1.1 Morte real como regra do ordenamento

O artigo 6^o7 do Código Civil prevê que a morte acaba com a essência da pessoa natural.

Assim, com o advento da morte, a pessoa natural deixa de existir no mundo fático, acarretando consequências como a perda de seus direitos e a abertura da sucessão, cessando a personalidade. Esse é o posicionamento defendido pela maior parte da doutrina brasileira.

Segundo o artigo 3^o8 da Lei de Transplantes, lei 9.434/1997, a morte real das pessoas naturais ocorre com o advento da morte encefálica, cabendo ao Conselho Federal de Medicina a fixação dos critérios clínicos e tecnológicos para determinar o momento exato da morte, o que foi feito através da resolução 1.480/97.

A morte real é provada com a certidão de óbito, sendo que, sem o mesmo não é realizado o sepultamento do *de cujus*. É necessário que proceda-se o assento do falecimento no Registro Civil, atestando o momento, a causa e o local da morte, entre outras informações pessoais do morto, conforme exigência da Lei nº 6.015/73, no seu artigo 80⁹ (RODRIGUES, 2007, p.8).

⁷ Art. 6^o A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁸ Art. 3^o A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

⁹ Art. 80. O assento de óbito deverá conter: 1^o) a hora, se possível, dia, mês e ano do falecimento; 2^o) o lugar do falecimento, com indicação precisa; 3^o) o prenome, nome, sexo, idade, cor, estado, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto; 4^o) se era casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo quando desquitado; se viúvo, o do cônjuge pré-defunto; e o cartório de casamento em ambos os casos; 5^o) os nomes, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais; 6^o) se faleceu com testamento conhecido; 7^o) se deixou filhos, nome e idade de cada um; 8^o) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, com o nome dos atestantes; 9^o) lugar do sepultamento; 10^o) se deixou bens e herdeiros menores ou interditos; 11^o) se era eleitor; 12^o) pelo

No caso nacionalmente conhecido de Elisa Samúdio, namorada do goleiro Bruno, após todo o trâmite processual houve a condenação do acusado pelo assassinato, mas não acharam o corpo, sendo assim, posteriormente, a mãe de Elisa ingressou em Juízo e requereu a declaração de morte dela para que sua sucessão fosse iniciada e seu filho usufruísse de tal patrimônio.

Ante o caso exposto, a morte de Elisa Samúdio não pode ser considerada real, já que para que a morte seja real é necessário que haja a certidão de óbito e a averbação da morte no Registro Civil, sendo necessária ainda a “presença” do cadáver, o que não ocorreu no exemplo citado acima.

Assim, a morte de Elisa Samúdio se classificaria como sendo presumida, uma vez que todas as circunstâncias que a cercaram levam a crer que a mesma foi assassinada pelo goleiro Bruno e seus comparsas. Esse tipo de declaração de morte será tratada mais adiante.

Dito isso, é necessário que entenda-se que a morte real é aquela tida como regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário que, em caso de doação de órgãos, a declaração da morte seja dada por dois médicos, distintos daqueles que farão a remoção dos órgãos com o fim do transplante, garantindo a idoneidade de tal declaração (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 354).

Tal posicionamento é adotado para que se tenha a certeza de que aquele sujeito realmente veio a óbito, já que a falta de confiança no sistema nacional de transplantes é grande.

Ainda no que diz respeito aos médicos que atestarão a morte do indivíduo, a jurisprudência vem proferindo entendimento de que ao menos um desses profissionais deve ser neurologista, uma vez que é necessário que se entenda a

menos uma das informações a seguir arroladas: número de inscrição do PIS/PASEP; número de inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual; número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS; número do CPF; número de registro da Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor; número do título de eleitor; número do registro de nascimento, com informação do livro, da folha e do termo; número e série da Carteira de Trabalho.

Parágrafo único. O oficial de registro civil comunicará o óbito à Receita Federal e à Secretaria de Segurança Pública da unidade da Federação que tenha emitido a cédula de identidade, exceto se, em razão da idade do falecido, essa informação for manifestamente desnecessária.

morte encefálica de maneira indubitável. Com os avanços da tecnologia, entretanto, esse posicionamento vem sendo criticado (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 354).

É necessário que esclareça-se o óbvio, para que se tenha morte real, com declaração de médicos e lavratura de certidão de óbito, é necessário que o cadáver esteja “presente”, caso contrário não se falará em morte real e sim em morte presumida.

Ante todo o exposto, só há que se falar em morte real com o advento da morte encefálica, sendo que esta tem que ser atestada por dois médicos que não farão parte da equipe de transplante, se este, porventura, vier a ocorrer, à luz do cadáver.

3.1.2 Morte presumida

Como visto acima, a morte real é a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, mas isso não quer dizer que não existam outros tipos de mortes tutelados pelo arcabouço brasileiro.

A morte presumida pode ser com ou sem declaração de ausência, a ausência será tratada a seguir, nesse momento passa-se a tratar da morte presumida sem que haja a ausência.

A morte presumida sem decretação de ausência está prevista no artigo 7^o¹⁰ do Código Civil de 2002.

Nesse caso, é necessário que os parentes do *de cuius* ingressem em Juízo com o intuito de requerer a sentença declaratória de morte presumida, que deverá constar em registro público. Essa sentença decretará a data provável da morte do sujeito, durante o processo devem ser realizadas todas as investigações possíveis e devem ser esgotadas as buscas sobre o paradeiro do desaparecido (DELGADO, 2004, p. 138).

¹⁰ Art. 7^o Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

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

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

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

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 357) afirmam que esse tipo de morte também é chamada de morte real sem cadáver, sendo que esta produz os mesmos efeitos que a morte real.

É comum que este tipo de morte seja declarada em decorrência de grandes desastres aéreos, marítimos, em decorrência de catástrofes naturais como tsunamis ou incêndios (DELGADO, 2004, p. 138).

Para que se reconheça a morte presumida dessas pessoas são necessários dois requisitos: a) provas de que a pessoa estava naquele determinado local onde ocorreu a catástrofe b) provas de que a pessoa não mais deu notícias aos seus entes queridos.

A hipótese de morte presumida prevista no inciso segundo é muito simplória, não sendo necessários maiores acerca do mesmo.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 358) ainda citam uma nova hipótese de morte presumida sem a necessidade de ausência, sendo aquela prevista na lei nº 9.140/95, com atualização da lei nº 10.36/02, considerando mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou apenas de suspeita de participação, em atividade políticas durante a ditadura, tendo os familiares direito à uma indenização. O parágrafo único assevera que é necessário que esgotem-se as buscas e as averiguações possíveis para que seja declarada a morte presumida, devendo a sentença fixar a data aproximada da morte.

No caso de desastres aéreos, por exemplo, é necessário que equipes especializadas em tais situações sejam encaminhadas ao local do acidente, para verificar se há alguma pessoa com vida, o que raramente acontece, se há corpos passíveis de reconhecimento e recuperar as famosas caixas pretas, para que se desvende qual o motivo daquele determinado acidente.

Entretanto, essa regra tem que ser analisada com parcimônia, uma vez que existem aeronaves que caem em alto mar, não sendo possível precisar o local exato onde ocorreu o acidente, assim, mesmo com o advento da tecnologia a favor, muitas vezes não se acham os destroços das mesmas e nem os corpos das vítimas, já que existem correntes marítimas que deslocam os mesmos, sendo impossível que haja uma busca nesses casos.

3.1.3 Ausência

O Código Civil de 1916 tratava de forma muito sucinta acerca do tema da ausência, limitando-se apenas a regular a sucessão dos bens. Importante salientar ainda que o cônjuge do ausente não poderia contrair novo matrimônio, restando evidenciada a falha no tratamento à família do desaparecido (ARAUJO, 2007, p. 62).

Assim, além da família do desaparecido enfrentar a dor e a desolação de não ter a certeza da morte do seu ente querido, ainda teria que enfrentar o descaso do ordenamento.

Ademais, o antigo Código Civil tratava dos ausentes como absolutamente incapazes, o que se configurava com um flagrante equívoco, uma vez que não existe, de forma concreta, incapacidade por parte do ausente, até porque qualquer ato praticado pelo mesmo, independente do local em que se encontre, é válido (ARAUJO, 2007, p. 65).

O Código Civil de 2002 foi mais cuidadoso com o tratamento da ausência e de suas consequências, estando previsto no artigo 22 que “desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador”.

Moacir Adiers (2004, p. 193/194) afirma que no conceito expresso no artigo 22 do Código Civil existem cinco elementos que merecem destaque, são eles: 1) não presença da pessoa no seu domicílio; 2) desaparecimento por um período relativamente longo; 3) não comunicação acerca do paradeiro para os parentes; 4) incerteza quando a vida do ausente; 5) necessidade do ausente possuir bens.

Entretanto, é possível se falar em um sexto elemento, se o ausente, por exemplo, possuir filhos menores, o instituto ainda será importante, sendo necessário proteger esses menores, distanciando-se um pouco do aspecto patrimonial que Moacir Adiers entende como inafastável. Assim, a ausência será decretada quando uma pessoa

desaparecer por um longo período do seu domicílio e não mais der notícia a seus entes queridos, sendo que, para Moacir Adiers, seria necessário que o ausente possuísse bens.

A ausência, assim como a morte presumida, deve ser decretada judicialmente, a requerimento de qualquer interessado ou do próprio Ministério Público, sendo que o juiz deve nomear curador para administrar os bens do ausente até sua volta ou para que estes sejam entregues aos herdeiros (PEREIRA, 2013, p. 192).

Barbara Almeida de Araújo (2007, p. 66) assevera que “o Código Civil de 2002 [...] seguiu a mesma linha do Código anterior, disciplinando o instituto de forma a dividi-lo em três momentos diversos, quais sejam, a curadoria dos bens do ausente (arts. 22 a 25), a sucessão provisória (arts. 26 a 36) e a sucessão definitiva (arts. 37 a 39).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 368) afirmam que, após a aprovação por partes dos interessados ou do próprio Ministério Público, o juiz vai declarar a ausência e na mesma decisão ele ordenará a arrecadação de bens do ausente, assim como a publicação de editais pelo prazo de um ano, sendo os mesmos reproduzidos de dois em dois meses, determinando o levantamento dos bens do ausente e convocando-o para retomar a posse de seus bens, declarando, por fim, um curador para tais bens.

Em regra o cônjuge será o seu curador legítimo, exceto nos casos de separação, nos quais o cônjuge deixa de ser legitimado para exercer a curatela. Entretanto, o texto não faz menção ao companheiro, o que é uma notória contradição, uma vez que a própria Constituição Federal reconhece a União Estável como entidade familiar, devendo haver a interpretação constitucional (ARAUJO, 2007, p. 67).

Após um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, após três anos, caso ele tenha deixado representante ou procurador, os interessados podem requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão, conforme previsto no artigo 26¹¹ do Código Civil.

Note-se que o Ministério Público é parte legítima para requerer a declaração de ausência, mas a lei não o legitima a requerer a abertura da sucessão provisória (PEREIRA, 2013, p. 193).

¹¹ Art. 26 - Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

Na fase de sucessão provisória, após a curadoria dos bens do ausente, o cônjuge, os ascendentes e descendentes podem ingressar na posse provisória dos bens do desaparecido, sem necessidade de caução prévio (ARAUJO, 2007, p. 70).

Após dez anos do trânsito em julgado da sentença que declarou a sucessão provisória, ou quando o ausente completar 80 anos, se suas últimas notícias tiverem sido cinco anos atrás, os interessados podem requerer a abertura da sucessão definitiva e o levantamento dos caucões que prestaram na fase da sucessão provisória (PEREIRA, 2013, p. 194).

Nessa etapa os herdeiros não são mais provisórios, eles podem desfrutar livremente de sua herança, mas a propriedade dos bens do ausente ainda é resolúvel para seus sucessores, ou seja, se o ausente aparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva ele terá direito aos seus bens no estado que estes se encontrarem (ADIERS, 2004, p. 210).

No que diz respeito aos efeitos do reaparecimento do ausente, estes variam de acordo com a fase da ocorrência deste, caso o ausente reapareça na primeira fase, antes da abertura da sucessão provisória, nada ocorre, ou seja, ele ainda é proprietário de todos os seus bens, já que não ocorreu qualquer ato dos interessados, se o ausente reaparecer durante a sucessão provisória ele “receberá os bens no estado em que deixou, podendo levantar caução prestada, na hipótese de ter ocorrido depreciação ou perecimento”. Entretanto, se o ausente retorna na terceira fase, ou seja, durante a sucessão definitiva, ele receberá os bens no estado em que se encontram ou receberá os bens que se sub rogaram no lugar dos seus. Por fim, caso o ausente reapareça após 10 anos do trânsito em julgado da sentença que declarou aberta a sucessão definitiva, ele não terá direito a receber qualquer bem (CHAVES; ROSENVALD, 2012, p. 372).

3.1.4 Comoriência

A comoriência ocorre quando duas ou mais pessoas falecem e não é possível a determinação de quem veio a óbito primeiro, normalmente isso ocorre em decorrência de acidentes e/ou desastres (RODRIGUES, 2004, p. 9/10).

É de suma importância salientar que só há que se falar em comoriência quando os falecidos possuem alguma relação sucessória, pois certos efeitos jurídicos dependem da sobrevivência, pouco importando se dois indivíduos totalmente desconhecidos vieram a falecer no mesmo momento.

Carlos Thompson Flores (2011, p. 249/252) suscita em seu parecer, referente a um caso onde dois cônjuges que possuíam comunhão universal de bens foram comorientes ao falecerem em um acidente automotivo, que os direitos sucessórios que, em regra, caberiam aos cônjuges, não ocorrem.

Em que pese o parecer do autor usasse como base o Código Civil de 1916, o ordenamento continua adotando tal posicionamento, conforme resta explanado no artigo 8º do Código Civil de 2002, sendo que tal artigo conceitua a comoriência, determinando que “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

Diferentemente do que ocorre no ordenamento brasileiro, o direito romano estabelecia presunções de premoriência, ou seja, quando dois sujeitos faleciam e não havia meios de precisar qual morreu primeiro, normalmente em virtude de acidentes, supunha-se que aquele que tinha maior resistência teria sobrevivido ao que tinha menor resistência (GOMES, 2012, p. 15).

O entendimento adotado pelo ordenamento brasileiro também é utilizado pelo Código Alemão, pelo novo Código Italiano e pelo Código Português de 1966, entretanto, o direito francês possui entendimento semelhante ao romano, estabelecendo presunções de premoriência, baseando-se em argumentos arbitrários, pressupondo que a mulher morre antes do homem, que o mais velho morre antes do novo etc (GONÇALVES, 2014, p. 36).

A discussão acerca da comoriência só possui algum relevo prático quando as pessoas possuem vínculos sucessórios, conforme explicitado acima, isso porque tal instituto possui o condão de obstar a transmissão dos direitos e/ou dos bens, ou seja, se um pai e um filho falecem durante um acidente, sendo comorientes, o filho não herda a herança do pai, uma vez que seria necessário que o mesmo sobrevivesse (ANTEDOMENICO; FILHO, 2011, p. 162).

Em que pese esteja-se falando de comoriência, obviamente é possível que haja a possibilidade de se determinar qual dos sujeitos veio a óbito primeiro, afinal com as técnicas atuais não é raro que se consiga chegar à tal veredicto, não havendo que se falar em tal instituto neste caso.

3.2 O MORTO, EFETIVAMENTE, É TITULAR DE DIREITOS DA PERSONALIDADE?

Esse capítulo tem o intuito de analisar de forma minuciosa a existência, ou não, de efetivos direitos da personalidade do morto. Em que pese diversos doutrinadores afirmarem que o que existe é um direito dos entes queridos de suscitar eventuais lesões à alguns direitos do *de cuius*, alguns estudiosos afirmam que o titular do direito de personalidade ainda é o morto.

É importante esclarecer que, obviamente, o falecido não é capaz de suscitar eventuais lesões a seus direitos, sendo assim, existem alguns legitimados a fazer isso em seu lugar, o que será analisado abaixo.

3.2.1 Direitos da personalidade do morto passíveis de lesão

Em que pese haver uma ferrenha discussão acerca da possibilidade ou não do morto ser o efetivo titular dos direitos da personalidade, uma questão já é pacificada, tendo, inclusive, previsão expressa no Código Civil, é cediço que alguns atributos do falecido podem sofrer lesões.

A esse respeito, o Código Civil de 2002, em seus artigos 12, § único¹², e 20, §1^{o13}, suscita a possibilidade de atributos do falecido serem lesionados.

¹² 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.

Assim, é necessário que faça-se uma análise acerca dos direitos da personalidade do morto que são passíveis de sofrer lesões, observando direitos como honra, imagem, privacidade/intimidade, partes separadas do corpo e casos emblemáticos que envolvem tal temática.

Oportunamente, é necessário salientar que imagem e honra são direitos distintos, em que pese o artigo 20 do Código Civil atrele um ao outro de forma errônea, é possível que haja lesão à imagem de um indivíduo sem que haja violação à sua honra e vice versa.

No que diz respeito ao direito de imagem, é possível que haja lesão a tal direito, ainda que o indivíduo não mais esteja nesse plano. Tal violação de direito se configuraria quando houvesse a publicação de uma fotografia do sujeito sem a sua autorização prévia, enquanto ainda era vivo, ou sem a autorização da família do mesmo, por exemplo. Ainda que a fotografia não ferisse a honra do sujeito, sua divulgação, nesse caso, seria indevida.

Ademais, existem programas na televisão brasileira que transmitem imagens perturbadoras de corpos alvejados por tiros, rostos desfigurados por pancadas e outras tantas igualmente desnecessárias. É notório que tais imagens não poderiam ser transmitidas sem a autorização da família, entretanto, por normalmente se tratarem de famílias humildes, sem o conhecimento de seus direitos básicos, nada é feito e esses programas continuam lucrando com a desgraça alheia.

Nesse sentido, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, no bojo do Recurso Especial 1.005.278, que cabia uma indenização por danos morais no montante de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a uma viúva que teve a imagem de seu marido publicada, encontrando-se o mesmo morto e ensanguentado após o acidente que o vitimou.

¹³ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

No que diz respeito à honra, existem inúmeros casos em que a honra do *de cuius* é violada, sendo possível que os legitimados pleiteiem em Juízo a cessação de tal violação.

A honra é um atributo tão importante do ser humano que existe um capítulo no Código Penal que versa unicamente sobre os crimes contra a honra, sendo estes a calúnia, a injúria e a difamação.

A respeito da possibilidade de violação da honra do morto, é necessário analisar o emblemático caso de Doca Street (Raul Fernando do Amaral Street), este assassinou a tiros sua namorada, afirmando que a mesma havia ferido a sua honra, levando-o ao desespero e forçando-o a tomar atitudes contrárias à sua vontade (SCHREIBER, 2014, p. 74-75).

Em que pese o caso em si trate da honra, a parte que importa ainda não chegou. Ao sair da cadeia, após mais de 30 anos, Doca Street lançou um livro, *Mea Culpa*, no qual afirmava que sua ex namorada, Ângela Diniz, usava drogas e tinha relações afetivas com homens e mulheres, o que o levou a assassiná-la (SCHREIBER, 2014, p. 74-75).

É notório que no caso em análise há lesão à honra da falecida, além de haver lesão à sua intimidade e privacidade, não havendo dúvidas acerca da possibilidade de violação aos direitos da personalidade do *de cuius*.

No que diz respeito à lesão à intimidade e privacidade do morto, é preciso analisar as tão polêmicas biografias, autorizadas ou não, sendo que estas podem violar a intimidade/privacidade do próprio sujeito de quem se trata a narrativa, como podem violar esses direitos de terceiros.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 166) afirma que “a revelação, por exemplo, de remédios que a pessoa usa, ou de comportamentos que apenas seu parceiro sexual pode saber, a revelação de doença ou deformidade não perceptíveis ou não visíveis” são características íntimas de alguém, sendo assim, a exposição de tais aspectos violaria a intimidade e a privacidade do sujeito.

É de suma importância salientar que a intimidade de um sujeito pode ser exposta por ele mesmo, o que ocorre em *reality shows*, ou pode ser exposta por terceiros, de forma autorizada ou não.

Coaduna-se de forma perfeita ao conceito trazido por Roxana o caso explanado por Anderson Schreiber (2014, p. 154-158), intitulado de “proezas de Garrincha e a proteção *post mortem* da privacidade”.

O escritor Ruy Castro confeccionou a biografia póstuma de Garrincha, intitulada “A estrela solitária”. Ocorre que, diferentemente das proezas realizadas por Garrincha em vida, a biografia não se limitou a relatar a vida do jogador enquanto profissional, narrando, inclusive, aspectos da genitália do mesmo (SCHREIBER, 2014, p. 154-155).

As filhas do jogador moveram ação judicial objetivando a concessão de danos morais e materiais e o Superior Tribunal de Justiça entendeu que assistia razão às mesmas, proferindo voto no seguinte sentido “não deixa de merecer proteção à imagem e a honra de quem falece, como e fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando acima desta” (SCHREIBER, 2014, p. 155).

Assim, resta demonstrada a ampla possibilidade de violar a intimidade e a privacidade do morto.

No que diz respeito ao corpo, também é plenamente possível que o mesmo sofra lesões após a morte do sujeito. Nesse sentido, é necessário que faça-se uma reflexão acerca do corpo como um todo, levando em conta também as partes separadas do mesmo, como órgãos, membros, saliva, sangue, sêmen etc.

É possível, por exemplo, que após a morte do sujeito o seu corpo sofra lesões físicas, como decapitação, estupro, retirada de membros, retirada de órgãos etc. É cediço que se os procedimentos que, supostamente, lesionem o corpo do sujeito forem realizados para algum objetivo desejado pelo mesmo, como a doação de órgãos, não há que se falar em qualquer violação.

Em se tratando de doação de órgão, entende-se neste trabalho que existe uma hipótese em que há uma grave violação à autonomia da vontade do morto, à sua dignidade e às partes separadas do seu corpo.

O artigo 14 do Código Civil¹⁴ capitaneia o entendimento de que o corpo do morto pode ser utilizado, a título gratuito. Quando se fala de utilização entende-se que há a disposição para doação de órgãos e de partes do corpo (DONEDA, 2007, p. 51).

Danilo Doneda (2007, p. 51) assevera que após inúmeros debates causados pelo surgimento da Lei 9.434/97 (Lei de transplante de órgãos), fixou-se entendimento de que é necessária a autorização da família do *de cuius* para que se proceda com o transplante, ainda que este tenha declarado, em vida, a sua intenção de doar seus órgãos.

Tais debates se deveram à redação inicial da Lei 9.434/97, que pressupunha o consentimento por parte dos doadores, ou seja, todos os indivíduos seriam doadores presumidos, sendo que tal presunção só seria afastada por expressa manifestação de vontade em contrário, registrando isso em sua carteira de identidade ou de habilitação (BORGES, 2005, p. 180).

Assim, verifica-se que atualmente a vontade do doador, manifestada em vida, é totalmente desrespeitada, podendo a família, ainda que tivesse ciência da vontade do mesmo, não autorizar o transplante de órgãos e tecidos, por qualquer motivo que seja.

Nesse sentido, Anderson Schreiber (2014, p. 47-48) afirma que:

É evidente o retrocesso. Exigir autorização do cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplante *post mortem*. [...] a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no sentido de que o aval da família se faz necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante.

Tal polêmica será melhor abordada no tópico a seguir, motivo pelo qual passa-se à análise dos posicionamentos acerca da efetiva existência de direitos da personalidade dos mortos ou apenas de direitos reflexos.

Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2007, p. 118-119) afirmam não existir qualquer direito da personalidade do morto, uma vez que tais

¹⁴ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

direitos pressuporiam a personalidade jurídica, entendendo que a mesma tem fim com o advento da morte, entendimento este que não é pacífico na doutrina.

Em sentido contrário, Fredie Didier afirma que a morte marca o fim da pessoa natural e não da personalidade jurídica, fazendo menção ao enunciado nº 1 do Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, STJ, que prevê que os direitos deferidos ao nascituro alcançam o natimorto, no que concerne a direitos da personalidade. Assim, Didier completa seu raciocínio afirmando o seguinte:

Assim como é possível atribuir capacidade jurídica a não-concebidos (nondum conceptus, art. 1.799, I, CC), nada impede que o legislador impute à personalidade jurídica uma ultra eficácia, para além da vida do sujeito de direito.

Se essa interpretação estiver correta, e me parece que esteja, será preciso rever alguns dogmas. Se o morto é sujeito de direito, a personalidade não se encerra com a morte. Se o morto é sujeito de direito, tem capacidade de ser parte.

A teoria dos sujeitos de direito e, por consequência, a dos sujeitos processuais, precisa ser atualizada.

Assim, parece mais razoável defender que o morto seja titular de direitos da personalidade, uma vez que, conforme restou demonstrado acima, os direitos do mesmo podem sofrer lesões e as figuras legitimadas abaixo podem suscitar-las.

3.2.2 Legitimados a suscitar eventuais lesões aos direitos da personalidade do morto

No que diz respeito aos legitimados a suscitar eventuais lesões aos direitos da personalidade do morto, Flávio Tartuce afirma que é possível que as mesmas pleiteiem em juízo reparação pelos danos causados à personalidade da pessoa falecida pelo fato das mesmas sofrerem danos ricochetes.

Entretanto, conforme restou retratado no tópico acima, é preferível coadunar-se com o entendimento preconizado por Fredie Didier, defendendo que o morto efetivamente é titular de direitos da personalidade, uma vez que é atribuída personalidade jurídica ao natimorto, que não deixa de ser um *de cuius*.

Os legitimados para suscitar os danos aos direitos da personalidade do *de cuius* estão previstos nos artigos 12, § único, e 20, §1º do Código Civil, já vistos acima.

O parágrafo único do artigo 12 do Código Civil fala em cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, enquanto que o parágrafo primeiro do artigo 20 fala apenas em cônjuge, ascendente e descendente, excluindo completamente os colaterais de até quarto grau.

Com relação a tal distinção, Flávio Tartuce afirma que não existiria qualquer motivo plausível para que os colaterais de até quarto grau perdessem sua legitimidade nas ofensas a imagem e a honra do morto, já que eles seriam sujeitos legitimados para suscitar qualquer lesão a outro direito da personalidade, com exceção destes dois.

Ainda com relação à lacuna deixada pela Código Civil, DONEDA (2007, p.49) afirma que o enunciado 5 da Jornada de Direito Civil trouxe a seguinte previsão:

Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regradar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.

Note-se que o enunciado 5 assevera o quanto previsto pelo Código Civil, ou seja, quando houver lesão a imagem e a honra do morto só serão legitimados o cônjuge, os ascendentes e os descendentes, ficando excluídos os colaterais de até quarto grau.

A esse respeito, Anderson Schreiber (2014, p. 155) afirma que ao eleger os legitimados para suscitar tais lesões aos direitos do morto o Código Civil seguiu a mesma trilha das sucessões, o que, segundo o mesmo, seria muito perigoso, já que não são raros os conflitos existentes com relação às biografias póstumas, já que os interesses dos herdeiros dos falecidos em grande parte das vezes são meramente patrimoniais.

SCHREIBER (2014, p. 155-156) ainda afirma que seria necessário superar essa associação indevida feita pelo Código Civil, possibilitando a todos aqueles que tivessem legítimo interesse a defesa dos direitos da personalidade do morto.

Existe outro problema referente aos artigos retro mencionados, não há nenhuma menção ao companheiro, ficando o mesmo, a priori, afastado da lista de legitimados a suscitar lesões ao companheiro morto.

Em que pese o Código Civil não traga previsão no sentido de contemplar o companheiro como sendo legitimado, grande parte da doutrina entende que o companheiro seria tão legitimado quanto o cônjuge, a exemplo de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p 243).

Nesse sentido, o enunciado nº 275, da IV Jornada de Direito Civil, trouxe a previsão de que o rol de legitimados exposto acima também engloba o companheiro, coadunando-se com o quanto defendido pela maior parte dos doutrinadores do ordenamento jurídico brasileiro (SCHREIBER, 2014, p. 155).

Em que pese a grande maioria dos doutrinadores brasileiros entendam que o companheiro é igualmente legítimo para pleitear ressarcimento pelos danos ocasionados aos direitos da personalidade do morto, existem alguns autores que não concordam com tal posicionamento.

José de Oliveira Ascensão (2007, p. 164-165) afirma que o companheiro só poderia fazer parte do rol de legitimados em duas situações. A primeira seria quando este fosse o único sucessor, cabendo ainda um condicionamento¹⁵. A segunda hipótese se daria quando “o dano material também adviesse da lesão à personalidade - restrita a legitimidade apenas à relação do aspecto patrimonial – demonstrando-se que o mesmo repercutiu sobre o patrimônio adquirido onerosamente durante a união estável”.

Ante todo o exposto, verifica-se que não há qualquer celeuma no que tange à legitimidade dos ascendentes e descendentes, uma vez que estes estão expressamente previstos no Código Civil.

Entretanto, há uma grande celeuma no que diz respeito aos colaterais de até quarto grau, sendo que estes são legitimados a suscitar lesões aos direitos da personalidade do morto, com exceção dos direitos a imagem e a honra, o que, é, no mínimo, ilógico.

Ademais, no que diz respeito ao companheiro, não há previsão expressa da legitimidade do mesmo, entretanto, a esmagadora maioria da doutrina brasileira entende ser o mesmo tão legítimo quanto o cônjuge, entendimento este que parece bastante razoável.

¹⁵ Tal autor ainda afirma que o companheiro só teria legitimidade se a interpretação dada aos artigos 1.790, IV, e 1.844 do Código Civil fosse benéfica ao mesmo.

4 A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS (9.434/97) E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE APÓS A MORTE

Com esse capítulo busca-se discutir a tão polêmica Lei de transplante de órgãos e tecidos, mais especificamente, o tratamento que a mesma confere aos transplantes de órgãos e tecidos *post mortem*, relacionando as disposições da mesma com os direitos da personalidade em espécie, como direito ao corpo.

Faz-se mister ainda verificar eventual lesão à autonomia privada do sujeito, obviamente, aquela que o mesmo possuía em vida.

Nesse sentido, importante salientar que desde a antiguidade existe menção a transplantes, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2013, p. 338-339) cita os hindus, os chineses (que datam de 300 anos antes de Cristo), os egípcios, os gregos e até os santos Cosme e Damião, informando que nos escritos destes há referência a transplantes, sejam de dentes, de órgãos, de pele ou de partes do corpo.

Antes da lei retro mencionada houveram outras tentativas legislativas no sentido de tratar sobre esse assunto, citando-se a Lei 4.280/63, 5.470/68 e 8.489/92, entretanto, com o surgimento da Lei 9.434/97, que versa especificamente sobre o transplante de órgãos e tecidos, o ordenamento brasileiro tratou de forma muito mais contundente sobre o assunto, ainda que a mesma ainda possua algumas falhas (MALUF, 2013, p. 342).

Ademais, ao surgir, a Lei 9.434/97 trouxe consigo uma previsão que causou o descontentamento de grande parte dos juristas, médicos e civis, sendo a mesma analisada a seguir.

Ante todo o exposto, é notório que com o advento da lei atual surgiram grandes avanços no que concerne aos transplantes, sendo necessário tratar da mesma de forma mais detida, observando quais as falhas e acertos da mesma.

4.1 DA AUTORIZAÇÃO PARA A DOAÇÃO *POST MORTEM*

A esse respeito, é necessário que façam-se diferenciações acerca dos momentos do surgimento da lei e do momento atual, demonstrando quais as falhas apontadas naquele período e quais são sinalizadas hodiernamente.

Ademais, é preciso analisar quem é o responsável por anuir com a doação dos órgãos, na verdade, faz-se imperiosa a análise de qual deveria ser a manifestação de vontade mais importante, a do atual *de cuius*, que declarou sua vontade de doar seus órgãos em vida, ou a de seus parentes, que não desejam realizar a doação, em que pese saibam da vontade do falecido.

4.1.1 Antes e depois da alteração do parágrafo 4º da Lei 9.434/97

A lei 9.434/97 surgiu acompanhada de uma forte polêmica que causou alvoroço nos âmbitos jurídico, médico, religioso e na própria sociedade como um todo. O artigo 4º¹⁶ da mesma trazia uma presunção de que todos os indivíduos seriam doadores de órgãos, devendo os mesmos, caso não quisessem ficar em tal posição, manifestarem-se contrariamente (BORGES, 2005, p. 180).

Em relação à doação de órgãos, Maria Helena Diniz (2011, p. 378) aponta a existência de quatro modelos distintos ao redor do mundo, sendo eles o do consentimento, o da informação, o da declaração obrigatória e o da oposição/dissentimento ou do consentimento presumido.

O modelo do consentimento seria utilizado nos Estados Unidos, no México, no Brasil (atualmente) e em diversos outros países. Segundo a autora este sistema “exige a anuência expressa do doador ou de sua família. Pelo princípio do consenso afirmativo cada um deve manifestar a vontade de doar ou não seus tecidos e órgãos para fins terapêuticos de transplante” (DINIZ, 2011, p. 378).

¹⁶ Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos dessa Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

Maria Helena (2011, p. 388) afirma que o sistema da informação seria seguido na Itália e neste, após a morte do sujeito, a família seria informada da intenção de doar seus órgãos e tecidos para fins de transplantes.

“O da declaração obrigatória, calcado em um estrutura binária de consentimento e oposição, restando ao legislador a disciplina do eventual significado em silêncio” (DINIZ, 2011, p. 378).

Por fim, o modelo da oposição/dissentimento ou do consentimento presumido prevê que para haver o afastamento da doação de órgãos *post mortem* é necessário que haja oposição a esta por parte do doador, em vida, sendo adotada por países como França, Bélgica, Dinamarca, Austrália etc (DINIZ, 2011, p. 378).

Nesse sentido, verifica-se que ao tempo da promulgação da lei nº 9.434/97 o sistema adotado pelo Brasil era o do consentimento presumido, entretanto, muitas foram as críticas a esse posicionamento por parte do legislador brasileiro.

Em virtude do número de críticas, houve o reexame dos dispositivos de tal lei, tendo surgido a medida provisória nº 1.718, de 06 de outubro de 1998, que acresceu o parágrafo 6º ao artigo 4º da lei. Tal parágrafo previa que “Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção” (FREIRE DE SÁ; NAVES, 2011, p.298).

Entretanto, segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2011, p.298) a alteração feita pela medida provisória não supriu de forma permanente os questionamentos, deixando espaço para novos debates, assim, surgiu a Lei nº 10.211/01.

A Lei 10.211/01 trouxe inúmeras inovações significativas, mas uma das mais importantes foi a alteração do artigo 4º da Lei 9.434/97, suprimindo a necessidade de indicar expressamente o seu caráter de doador ou não, uma vez que tal exigência violava diversos princípios constitucionais (MALUF, 2013, p. 344).

Da análise do novo artigo 4^o¹⁷, verifica-se que além da retirada da necessidade de expressa negativa do sujeito de ser doador de órgãos, é preciso que a família anua com a doação.

Ante o exposto, verifica-se que a modificação trazida pela Lei n° 10.211/01 trouxe vantagens, uma vez que é possível ao sujeito optar ou não pela possibilidade de doar seus órgãos após a sua morte, entretanto, essa modificação trouxe alguns aspectos negativos também.

Anderson Schreiber (2014, p. 47), em sentido contrário, entende que a modificação do artigo 4^o da lei de transplantes foi um flagrante retrocesso, uma vez que condicionou a retirada dos órgãos do falecido à anuência de sua família, ainda que este tenha expressado sua vontade, em vida, de doar seus órgãos.

Tal autor ainda afirma que as modificações trazidas pela lei n° 10.211/01 quase inviabilizaram a realização dos transplantes, suscitando o exemplo do artigo 9^o¹⁸ da Lei 9.434/97, que foi modificado, dificultando o transplante *inter vivos* entre indivíduos que não possuam relação consanguínea, sendo necessária, para tal doação, a autorização judicial.

Assim, ante todo o exposto, ainda se verifica o descontentamento de alguns doutrinadores com a Lei 9.434/97, principalmente pelo motivo que será analisado no tópico seguinte.

¹⁷ Art. 4^o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

¹⁸ Art. 9^o É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4^o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

4.1.1.1 Doação de órgãos e tecidos *post mortem* por parte de incapazes e de indivíduos sem identificação

No que diz respeito aos incapazes, o artigo 5º¹⁹ da lei de transplantes condiciona a remoção *post mortem* dos órgãos dos sujeitos considerados juridicamente incapazes à autorização expressa de ambos os pais ou dos responsáveis legais (BORGES, 2005, p. 181).

Em relação às incapacidades, estas podem ser relativas ou absolutas, conforme disciplinado nos artigos 3º e 4º do Código Civil²⁰, entretanto, como o legislador não identificou qual o seria o grau de incapacidade que mereceria tal proteção, sendo precisa a autorização dos pais, qualquer incapaz, seja absolutamente ou relativamente, não pode dispor, por vontade própria, sobre a doação de seus órgãos e tecidos após a sua morte.

Ademais, da leitura do artigo verifica-se que é necessário que haja a anuência de ambos os pais, em caso de divergência não poderá haver a doação dos órgãos do descendente, ainda que o mesmo tenha afirmado, em vida, que desejava se declarar doador de órgãos.

Por fim, no que diz respeito aos incapazes, é de suma importância salientar que o legislador disciplinou a possibilidade dos pais e dos responsáveis legais versarem sobre a doação por parte do incapaz, ou seja, apenas estes podem decidir acerca do destino dos órgãos, não podendo qualquer outro familiar dispor a esse respeito.

¹⁹ Art. 5º A remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

²⁰ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

No que diz respeito aos indivíduos que morrem sem qualquer identificação, o artigo 6º²¹ da lei 9.434/97 prevê que é vedada a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo do mesmo (FREIRE DE SÁ; NAVES, 2011, p. 299).

Entende-se que tal vedação é acertada, uma vez que existem grupos de indivíduos, tais como os moradores de rua, por exemplo, que tendem a ser de classes baixas, muitas vezes sequer possuindo qualquer familiar. Assim a ocultação de seus documentos e identidades, acaso os mesmos tivessem, seria extremamente fácil, o que poderia impulsionar tais comportamentos.

No caso de tal prática vir a ocorrer, o instituto dos transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem*, que beneficia tantas pessoas, cairia em descrédito e se tornaria algo indesejado.

4.1.2 Possibilidade de desrespeito à vontade do *de cuius*

Conforme restou observado no tópico anterior, com a modificação do artigo 4º da lei 9.434/97 a vontade do morto poderia ser tranquilamente descartada por seus familiares, bastava que os mesmos não anuíssem com o transplante de órgãos e tecidos.

Nesse sentido, diversos doutrinadores entendem que a alteração a tal artigo deveria ter sido realizada, uma vez que a presunção de todos os indivíduos serem doadores parecia impositiva e abusiva, mas não concordaram com a modificação realizada.

A esse respeito, Anderson Schreiber (2014, p. 47-48) afirma que:

É evidente o retrocesso. Exigir autorização de cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplantes *post mortem*. Pior: como restou vetado o parágrafo único que dispensava a autorização dos familiares para a retirada de órgãos diante de registro feito em vida pelo próprio falecido, a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no sentido de que o aval da família se faz necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante.

Impende salientar que a imposição do consentimento da família parece não ser o bastante, sendo necessárias, ainda, duas testemunhas presentes à verificação da

²¹ Art. 6º É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

morte, o que dificulta ainda mais os transplantes, sendo estes de suma importância para o ordenamento brasileiro.

Normalmente os óbices das famílias dos falecidos quanto à doação de órgãos e tecidos é de cunho religioso, uma vez que a doação é tida pela coletividade como ato de amor ao próximo e de generosidade.

E se a família é seguidora de uma religião que prega a não doação de órgãos e o falecido não era signatário da mesma? E se o *de cuius*, ainda que signatário da religião, deixasse expressa a sua vontade de doar seus órgãos ao morrer? Seria justo sobrestar de forma completa a vontade do falecido, em se tratando do seu corpo, ainda que morto?

Tais questionamentos serão respondidos no tópico abaixo, restando clara a posição adotada neste texto.

4.2 NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DA VONTADE DO DOADOR EM VIDA SOB PENA DE VIOLAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA, AO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme abordado no tópico acima, a vontade do *de cuius* pode ser completamente desconsiderada, ainda que tenha sido manifestada de forma válida, em vida.

Ocorre que, é notório que tal entendimento viola o direito ao próprio corpo do sujeito, violando ainda a sua dignidade humana e sua autonomia privada, ainda que o mesmo encontre-se morto à época do transplante. A esse respeito é necessário que façam-se algumas considerações.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares do ordenamento brasileiro, um dos fundamentos da República, tendo, inclusive, previsão no artigo 1º²², III, da Constituição Federal de 1988.

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Inúmeros filósofos já se propuseram a conceituar a dignidade da pessoa humana, tais como Emmanuel Kant e Ingo Wolfgang Sarlet, afirmando, respectivamente, “que a pessoa é sempre um fim em si mesmo e nunca um meio” e que a dignidade da pessoa humana seria “uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, o valor próprio que identifica o ser humano como tal”, ambos citados por Anderson Schreiber (2014, p. 8).

Anderson Schreiber (2014, p.8-9) ainda afirma que poucos conceitos possuem noções tão fluidas, asseverando que “mais importante do que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações”.

Assim, resta evidenciado que tal princípio foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo precípua de proteger as pessoas humanas, tendo tal conceito relação extremamente próxima com os direitos da personalidade.

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 159) iniciam seu capítulo que trata sobre os direitos da personalidade trazendo importantes reflexões acerca da dignidade da pessoa humana, por considerarem que sem estas “a análise da teoria da personalidade e dos efeitos dela decorrentes tornar-se-ia vazia, caindo em verdadeiro marasmo formalista, despido de significado concreto”.

Tais autores (2012, p. 161) ainda afirmam que:

[...] sobreleva sublinhar que a dignidade da pessoa humana, enquanto o valor jurídico máximo do sistema, traz consigo, naturalmente, uma dupla face: de um lado, tem uma eficácia positiva e, de outra banda, uma eficácia negativa. A eficácia positiva serve para vincular todo o tecido normativo infraconstitucional à afirmação da dignidade. Ou seja, são impostas obrigações ao Estado e aos particulares para a afirmação da dignidade. A outro giro, a sua eficácia negativa serve de restrição, ao Poder Público e às pessoas como um todo, ao exercício de determinados direitos.

Assim, não restam dúvidas acerca da intrínseca relação que existe entre os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, uma vez que atualmente não basta que o sujeito possua o direito à vida, é necessário que o mesmo possua uma vida digna.

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

No ramo do biodireito, que é aquele que trata dos transplantes de órgãos e tecidos, a dignidade da pessoa humana é ainda mais evidente, uma vez que neste ramo fica claro o quanto é necessário que haja a proteção às pessoas.

A respeito desse tema, Maria Helena Diniz (2011, p. 41) afirma que “a imposição de limites à moderna medicina, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas (antes de nascer, no nascimento, no viver, no sofrer e no morrer) só é alcançado se estiver atento à dignidade humana”.

De tudo quanto exposto, depreende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, muitas vezes o mesmo é utilizado e aplicado de forma errônea e injustificada, uma vez que possui uma grande abrangência.

Após a tentativa de conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual é falha, por não existir conceito fechado acerca de tal princípio, é de suma importância salientar que o mesmo acaba englobando também a autonomia privada dos sujeitos, outro conceito que possui intrínseca relação com os direitos da personalidade

Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 164) afirmam que:

Em quadro conclusivo, é lícito reverberar que o reconhecimento da fundamentalidade da *dignidade da pessoa humana* produz como consectário lógico a reapreciação (em outras palavras, uma revisita) dos velhos institutos (e dogmas) civilísticos, dentre os quais, a personalidade jurídica, a autonomia da vontade, o patrimônio, o contrato a propriedade e a família.

Ainda a esse respeito, André Ramos Tavares (2013, p. 441-442) afirma que:

[...] a dignidade do homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.

Ante o exposto, resta demonstrada a íntima ligação existente entre a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada dos sujeitos, sendo esta decorrente daquela. Infere-se ainda que a vontade dos indivíduos é importantíssima, devendo ser levada em consideração, o que não ocorre no caso dos transplantes de órgãos e tecidos, ponto este que será melhor abordado posteriormente.

Nesse sentido, Roxana Borges (2005, p. 50) afirma que “a autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado.”. A mesma ainda afirma que:

A autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de espermatozoides e óvulos, cessão do uso da imagem, da voz. [...]

Portanto, os atos de autonomia privada acontecem em áreas diversas, não apenas no âmbito econômico. Quando a negociação é sobre interesses não patrimoniais, os atos de autonomia privada normalmente estão relacionados com os direitos da personalidade. É o que ocorre na atuação da autonomia privada sobre doação de sangue, doação de órgãos, cessão de uso de imagem e de nome, cessão de direitos sobre a privacidade e a intimidade, dentre outros.

Conforme restou referenciado acima, a dignidade da pessoa humana e a autonomia privada estão intimamente relacionadas com os direitos da personalidade e com a doação de órgãos e tecidos, passando-se a analisar o direito ao próprio corpo, que inclui o direito ao corpo morto.

A esse respeito, Adriana Maluf (2013, p. 96-97) afirma que o direito à integridade física engloba o direito à vida e os alimentos, ao corpo vivo e ao corpo morto. A autora assevera ainda que é importante que as discussões no prisma do biodireito sejam bem fundamentadas, de forma a propiciar a correta aplicação do princípio da dignidade neste ramo, visando a proteção do ser humano.

Ademais, seriam direitos físicos da personalidade o direito ao uso do corpo e de suas partes descartáveis e regeneráveis (MALUF, 2013, p. 100), ou seja, o doador de órgãos e tecidos, que tivesse declarado em vida essa sua vontade, deveria ter a mesma respeitada, caso contrário haveria lesão à sua autonomia privada, dignidade e direito ao corpo, ainda que morto.

É muito importante notar que inúmeros autores que escrevem acerca de direitos da personalidade ou biodireito destacam que as partes separadas do corpo são tão importantes quanto o próprio corpo como um todo, destacando que aquelas que são passíveis de regeneração, tais como fígado, sangue, espermatozoides, etc, ou aqueles órgãos duplos, como os rins, podem ser doados, gratuitamente.

A esse respeito, Maria Helena Diniz (2011, p. 344-345) afirma que as partes separadas do corpo (vivo) são consideradas como coisas e são de propriedade daquele sujeito do qual se destacaram, podendo o mesmo dispor destas, desde que gratuitamente, desde que não afete sua integridade física, conforme preconiza o próprio Código Civil.

Assim, verifica-se que o sujeito pode, em vida, doar partes separadas do seu corpo, desde que isso não o prejudique, ou seja, o mesmo pode dispor do seu corpo, devendo, obviamente, ser respeitada a sua vontade.

Se o sujeito pode doar alguns de seus órgãos e tecidos em vida, devendo ser respeitada a sua autonomia e seu direito à disposição do seu próprio corpo, porque tal tratamento não pode ser adotado também no caso em que o sujeito veio a óbito, mas deixou claro que desejava tornar-se doador?

É notório que a atual redação da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos viola frontalmente a autonomia privada do sujeito, além de violar a sua dignidade e o seu direito personalíssimo ao próprio corpo, ainda que morto, devendo ser considerada a vontade que o sujeito expressou em vida.

Corroborando para o quanto descrito neste parágrafo, Anderson Schreiber (2014, p. 48-51) afirma que:

Tal interpretação (a interpretação de que a família decide se haverá ou não doação dos órgãos e tecidos do morto) subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo a cônjuges e parentes um inusitado “direito sobre o corpo alheio”, capaz de prevalecer mesmo contra a vontade do falecido. Trata-se de grave atentado contra o valor constitucional da dignidade humana, que pressupõe a plena autodeterminação individual em tudo aquilo que não gere risco para si ou para a coletividade. Subordinar a vontade do doador em matéria corporal [...] ao consentimento de cônjuge ou parentes (no caso da disposição *post mortem*) é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: a sua autonomia corporal.

[...]

Como revela o art. 14 do Código Civil, a morte não faz cair por terra a destinação que a pessoa pretendia atribuir a seu corpo. Sua vontade, manifestada em vida por diversas formas, prevalece sobre a intenção dos familiares e do Estado. Respeitadas as normas de saúde pública, a personalidade do morto há de ser o guia para a solução dos conflitos surgidos em torno do uso do seu cadáver.

Há ainda manifestação no sentido de que em qualquer caso a vontade manifestada em vida pelo titular deve ser respeitada, sendo mais seguro que o mesmo a deixe expressa por escrito, entretanto, caso isso não ocorra, é possível que a sua vontade seja “reconstruída”. Ademais, a ausência de manifestação escrita do doador não legitima a família do mesmo a tomar decisões contrárias à sua vontade (SCHREIBER, 2014, p. 50).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 213-214) também defendem o entendimento de que deve ser respeitada a vontade do titular dos órgãos e tecidos,

devendo ser levada em consideração a vontade dos familiares apenas nos casos em que o falecido quedou-se silente.

A esse respeito, o enunciado 277²³ da IV Jornada de Direito Civil previu que nos casos em que o doador se manifestasse de forma expressa, tal manifestação será levada em consideração, sobrepondo-se à vontade dos parentes.

O fato é que o caminho escolhido pela Lei 9.434/97 não respeitou a autonomia privada dos doadores, uma vez que a vontade dos mesmos pode ser completamente desconsiderada pelos seus familiares. O ordenamento jurídico brasileiro privilegia princípios como dignidade da pessoa humana e autonomia privada, não podendo simplesmente haver a desconsideração dos mesmos.

Para que haja o respeito à vontade do doador, é necessário que o mesmo busque formas de efetivar os seus desejos, manifestando expressamente a sua vontade de dispor de seus órgãos e tecidos após a sua morte. Para isso o mesmo pode realizar um testamento vital, declarar-se doador de órgãos para o maior número de indivíduos possíveis, principalmente para seus familiares, requerendo que os mesmos respeitem a sua vontade.

Ante todo o exposto, conclui-se afirmando que é imprescindível que haja o respeito à vontade manifestada pelo doador em vida, não podendo a mesma simplesmente ser suprimida.

É importante também que o doador procure meios hábeis para efetivar a sua vontade, tais com os descrito acima.

4.3 ANÁLISE DA OBRA “HOLOCAUSTO BRASILEIRO” À LUZ DA LEI 9.434/97

Holocausto Brasileiro (2013) é uma obra escrita por Daniela Arbex, jornalista que decidiu reviver uma das maiores tragédias que existiram no Brasil, sendo que esta é, de forma surpreendente, desconhecida para tantos brasileiros. Trata-se de um livro que ilustra uma realidade hostil, degradante e até mesmo impensável no maior

²³ 277 – Art.14. O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

hospício do Brasil, o Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, conhecido como Colônia e localizado em Barbacena, uma cidade mineira.

O nome do livro, à primeira vista, causa impacto, uma vez que o holocausto nazista é, até os dias atuais, considerado como a maior tragédia já vivida pela humanidade, entretanto, com o passar das páginas, se começa a verificar que não se trata de exagero, já que nos períodos de maior lotação no hospício, chegavam a morrer diariamente 16 pessoas.

Nesse sentido, calcula-se que em torno de 60 (sessenta) mil pessoas morreram no hospício, em virtude do total abandono a que eram submetidas, muitas vezes bebiam sua própria urina, água do esgoto que corria dentro do Colônia, a comida era extremamente ruim, sem nutrientes, motivo pelo qual o termo “holocausto” é terrivelmente adequado para narrar o presente acontecimento.

O livro foi construído com base no depoimento de ex internos, ex funcionários, ex médicos e de jornalistas que presenciaram o horror que encontrava-se dentro das paredes do Colônia. É dividido em capítulos que versam sobre diferentes histórias, alguns tratam sobre a vida dos “loucos” dentro do internamento, outros sobre a vida de alguns dos poucos sobreviventes fora do hospício, menos de 200 (duzentos), existindo ainda histórias diferentes, a exemplo da que conta o que acontecia com os corpos dos mortos.

Daniela Arbex não foi a única que escreveu sobre os absurdos que ocorriam no manicômio, em 1961 a revista “O Cruzeiro” evidenciou a rotina do Colônia, o título da matéria era “A Sucursal do Inferno”, em 1979 um repórter e um fotógrafa publicaram a reportagem “Os porões da Loucura”, no “Estado de Minas”. Houve ainda um documentário, filmado em 1979, denominado de “Em nome da razão”, sendo que este tornou-se um símbolo da luta antimanicomial.

Entretanto, a realidade do Colônia só começaria a mudar, de forma lenta e gradual, a partir dos anos 80, sendo que Daniela Arbex fez com que as vítimas da tragédia de Barbacena, sendo estas homens, mulheres, crianças e idosos fossem eternizados na história brasileira.

É importante salientar que muitos dos sujeitos que encontravam-se internados no Colônia não eram acometidos de problemas mentais que justificassem medida tão extrema, pior, muitos não eram sequer doentes mentais. Esses indivíduos eram

enviados para o manicômio através do “trem de doido”, expressão adotada pelos próprios funcionários para designar o trem que chegava abarrotado de pessoas que tinham sido enviadas para Barbacena pelas mais variadas razões.

Alguns dos internos eram acometidos por esquizofrenia, epilepsia e outros transtornos que devem ser tratados de maneira específica, o que, obviamente, não ocorria. Outros tantos não apresentavam nenhuma doença mental, sendo prostitutas, homossexuais, alcoólatras, indivíduos que tinham seus documentos extraviados, meninas estupradas por seus patrões, esposas e filhas de fazendeiros, as esposas eram enviadas porque os fazendeiros desejavam ficar com suas amantes e as filhas porque perderam a virgindade antes do casamento. Estima-se que 70% (setenta por cento) dos internos não apresentava qualquer doença mental.

Foram relatados casos em que uma mulher foi internada porque estava triste, um homem permaneceu sem falar por vinte e um anos porque esqueceram de perguntar se o mesmo falava, sendo taxado como mudo, as mulheres que tinham filhos não podiam ficar com os mesmos, sendo os bebês arrancados dos braços das mesmas e designados para uma família adotiva, sendo que muitos não sabiam da sua verdadeira história.

Muitos dos internos comiam ratos, bebiam urina e água de esgoto, as internas grávidas passavam fezes na barriga para que ninguém se aproximasse, entretanto, após o parto os bebês eram levados embora. Em noites de extremo frio, para se aquecer, os moradores se amontoavam, sendo que os que ficavam em baixo normalmente morriam. Suas roupas eram retiradas e muitos deles passavam a vida nus. Assim, no interior do colônia se morria de fome, de frio, de sede, de doenças e de outros tantos meios.

A lobotomia e os eletrochoques também eram utilizados no Colônia. A primeira consiste em um intervenção cirúrgica no cérebro do paciente, muitas vezes retirando partes do mesmo. Os eletrochoques eram utilizados como punição aos internos que se comportassem mal, sendo aplicado sem nenhum cuidado com a voltagem. Em decorrência desses dois procedimentos, inúmeras pessoas morriam, já que ambos eram feitos sem nenhum asseio e cuidado.

Os eletrochoques causavam convulsão e depois de um tempo as vítimas viravam algozes, ou seja, os próprios internos ajudavam a aplicar a penalidade nos outros residentes.

Como existiam épocas em que a lotação era demasiadamente grande, existiam pavilhões em que as camas foram retiradas, sendo que os residentes dormiam sob o capim, sem cobertores e sem roupa, o que ocasionava um frio extremo, que muitas vezes levava à morte.

No pavilhão em que as crianças ficavam recolhidas a situação não era melhor, as mesmas ficavam cobertas de moscas, sem qualquer resquício de higiene. Além do mais, as que possuíam dificuldades motoras, como tetraplegia, passavam a vida em berços, pequenos demais para seu tamanho, não sendo retiradas dos mesmos nem para tomar sol, sem o tipo de tratamento e de atenção necessários, deixadas para morrer.

Não bastassem os abusos cometidos dentro do próprio hospício, as famílias que internavam seus “entes queridos” nunca voltavam para vê-los, o que fazia com que os internos ficassem depressivos e se sentissem abandonados.

Daniela Arbex narra a história de um menino que era acometido de hidrocefalia chamado Roberto, sendo que seus pais o haviam internado no hospital de neuropsiquiatria infantil, localizado no município de Oliveira. Quando foi anunciado que o hospital fecharia, as crianças foram encaminhadas para o Colônia. Roberto foi um dos únicos que recebeu visita do pai, uma única vez, mas o genitor não conseguiu aguentar o aspecto do filho e foi embora, deixando o garoto, com então 9 anos. O menino ficou tão decepcionado que acabou definhando, morrendo de tristeza.

O hospital Colônia deu origem a inúmeras residências terapêuticas, nas quais 160 (cento e sessenta) pacientes vivem atualmente, de forma muito mais digna e tentando recuperar um pouco de tudo o que perderam durante todo o tempo que passaram enclausurados.

Em que pese as histórias tristes e absurdas retratadas no livro, existe uma que chama atenção pela bondade e devoção, é a da freira Mercês Hatem Osório. Psicopedagoga de formação, ele adotou quatro dos ex internos, sendo a curadora

deles, auxiliando-os a alcançar certo nível de independência, ensinando-os a usar o banheiro e a usar talheres para se alimentar.

A freira ensinou tudo que os ex garotos de Barbacena sabem, fazendo com que a sociedade local aprendesse a conviver com os mesmos e respeitá-los. Para a comemoração de cinquenta anos de um dos seu “filhos” a irmã Mercês fez uma grande comemoração, sendo que toda a comunidade local compareceu e ajudou a custear o aniversário.

Em que pese o livro traga inúmeras outras histórias, o que nos interessa é o capítulo IV – A Venda de Cadáveres (2013, p. 69-84), demonstrando que a tragédia que se acometia daqueles sujeitos não findava-se nem com a sua morte.

O capítulo se inicia com o relato da surpresa de um professor da Faculdade de Juiz de Fora, Espírito Santo, ao se deparar com 30 (trinta) cadáveres de fisionomia pálida e esquálida no pátio da instituição. O Sr. Ivanzir Vieira não conseguiu entender o motivo de tantos corpos e ao ser informado acerca do motivo dos mesmos estarem ali, questionou se a compra de corpos por parte da faculdade não seria crime (2013, p. 76).

O Colônia era uma fábrica de corpos, como restou informado acima, nos períodos de maior lotação ocorriam dezesseis mortes por dia, sendo que estes corpos eram vendidos para a Universidade Federal de Minas Gerais, Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Medicina de Valença, dentre outras. Estima-se que 1.823 (mil, oitocentos e vinte e três) corpos foram vendidos pelo Colônia (2013, p. 76).

Ademais, não eram só os corpos que eram vendidos, quando as faculdades e universidade começaram a perder o interesse pelos mesmos, já que o mercado encontrava-se saturado, os cadáveres eram decompostos em ácido, em recipientes que ficavam no pátio do Hospício, na frente de todos os outros pacientes, para que as ossadas fossem aproveitadas (2013, p. 78).

Daniela Arbex (2013, p.77) afirma que “nenhum dos familiares dessas vítimas autorizou a comercialização dos corpos”, asseverando que em uma década a venda de cadáveres atingiu o vultoso montante de R\$ 600 (seiscentos) mil reais, fora os lucros obtidos com a comercialização de ossos e órgãos dos “loucos”.

O que ocorria no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena era o tráfico de corpos, totalmente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro e absurdamente apoiado por instituições de grande porte.

Importante salientar que os corpos que não eram vendidos eram enterrados no cemitério da Paz. Os cadáveres eram transportados em um carrocinha de madeira, com uma cruz vermelha pintada na lateral. Ao chegar ao cemitério os corpos eram jogados em valas rasas e cobertos por um punhado de terra (2013, p. 64)

Atualmente o cemitério está tomado pela grama alta e coberto de detritos de animais e humanos, é utilizado pelos usuários de *crack* e entre as sepulturas há preservativos e latas (2013, p. 64).

Daniela Arbex (2013, p. 65) ainda afirma que:

Esse é o local onde são mantidos os 60 mil mortos do Colônia. Enterradas em covas rasas, as vítimas de tratamento cruel não alcançaram respeito nem na morte. Seus túmulos vem sendo depredados ao longo do tempo, e nem mesmo os ossos revelados conseguiram reverter o descaso imposto aos excluídos sociais.

Em análise ao quanto exposto, verifica-se que o tratamento dado aos corpos dos pacientes, além de desumano, era ilegal, conforme disposto na Lei 9.434/97 e em demais dispositivos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro ponto a se abordar diz respeito ao artigo 4º da Lei de Transplantes de órgãos e tecidos. Esse artigo prevê que a doação de órgãos e tecidos, e do próprio corpo em si, dependerá da autorização de familiares, estabelecendo até uma ordem de prevalência a ser observada.

Em observância ao tratamento que era conferido aos cadáveres dos “loucos do hospício de Barbacena”, os mesmos eram traficados e vendidos sem qualquer conhecimento, quiçá anuência, dos seus familiares, ferindo frontalmente a lei retro mencionada.

Em que pese tal dispositivo tenha sido duramente criticado anteriormente, uma vez que fere a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana e o direito ao próprio corpo, ainda que morto, por não levar, necessariamente, em consideração a vontade do doador, o mesmo ainda se encontra vigente, não podendo ser desrespeitado.

Adriana Maluf (2013, p. 344-345) afirma em seu livro que:

[...] a remoção *post mortem* de tecidos e órgãos de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais, à luz do seu art. 5º.

Veda expressamente o diploma legal, em seu art. 6º, a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Muitos dos internos do Colônia não eram acometidos por doenças mentais, conforme restou evidenciado acima, entretanto, ao darem entrada no hospital psiquiátrico, se é que se pode chamá-lo assim, eram rebatizados e seus documentos, acaso houvessem, eram descartados.

Sendo assim, não seria possível doar os órgãos, tecidos, ossos e corpos dos residentes, restando evidenciado mais um flagrante desrespeito à legislação.

É notório que os internos do hospício formavam um grupo extremamente frágil e de fácil acesso para aqueles que desejavam proceder com a compra e com a venda de seus corpos, não sendo minimamente aceitável o que ocorreu com os mesmos.

A esse respeito, Maria Helena Diniz (2011, p. 390) afirma que os deficientes mentais se enquadrariam em um grupo populacional com autonomia reduzida, por serem incapazes, sendo que a própria lei 9.434/97 protegeria a integridade desse indivíduos, sendo necessária a autorização de ambos os pais ou do representante legal do mesmo para que houvessem doações por parte do mesmo.

Ocorre que, os familiares dos internos possivelmente sequer tinham ciência acerca da sua morte, uma vez que os deixavam naquele estabelecimento e nunca mais iam os visitar ou tinham notícias acerca dos mesmos.

Assim, não haveriam condições de se falar em autorização dos pais ou representantes legais daqueles indivíduos, que já tinham sofrido tanto em vida, tendo mortes extremamente cruéis, podendo ter morrido de frio, de fome, de tristeza e de doenças causadas pela falta de higiene e de cuidado.

A atitude de vender, e de comprar, os corpos dos residentes do Colônia foi criminosa. Os “doadores” poderiam ser incapazes, acometidos por doenças mentais, ou poderiam ser capazes, sem qualquer doença, entretanto, a esmagadora maioria não possuía qualquer documento de identificação, não podendo, de qualquer forma, ser procedida a doação de seus corpos.

Entretanto, ao que tudo indica, o pior dos absurdos foi a venda dos corpos, quando a legislação só permite a disposição gratuita, isso porque, essa atitude desnatura todo

o caráter da doação, seja de órgãos, de tecidos ou do próprio corpo com objetivo altruístico, ou seja, a atitude tomada por parte da direção do Colônia acabou por desconstituir toda a generosidade que se nota no caso de doações, transformando tal procedimento em um ato oneroso e criminoso.

Nesse sentido, Roxana Borges (2005, p. 178-179) afirma que:

[...] as pessoas que resolvem dispor do próprio corpo em vida fazem-no por um forte sentimento de solidariedade, o que afasta possíveis interesses acerca da consequência econômica da disposição.

[...]

Portanto, além das proibições legais e do impeditivo constitucional [...], concluímos, portanto, pela impossibilidade da remuneração dos atos de disposição do próprio corpo (principalmente órgãos e tecidos), e isso se deve a dois fatores: a) pela solidariedade: a pessoa que opta por dispor do seu próprio corpo não pensa em contrapartida material ou b) pela necessidade: a disposição do próprio corpo é vista como meio para a satisfação de necessidades básicas que deveriam ter sido atendidas pela materialização do mínimo patrimonial.

Os artigos 14²⁴ do Código Civil e 1^{o25} da lei 9.434/97 versam sobre a necessidade da gratuidade nos atos de disposição de órgãos, tecidos e do próprio corpo, sendo terminantemente vedada a disposição onerosa do corpo, já que isso acabaria por criar um “mercado negro”, exatamente o que ocorreu no caso em análise.

Por fim, é importante salientar que o tratamento dado aos cadáveres que não eram vendidos também era desumano e violava o direito da personalidade ao próprio corpo, ainda que morto.

Até os próprios autores que entendem que após a morte os direitos da personalidade se extinguem, defendem que o morto tem o direito de ser tratado de forma digna.

Entretanto, ser jogado em uma cova rasa, com inúmeras outras pessoas, sendo que partes do corpo ficavam expostas e, após o período de putrefação, os ossos aparentes, ou ter o seu corpo diluído em ácido dentro de um recipiente, no pátio de uma instituição psiquiátrica, não enquadram-se no conceito de dignidade.

²⁴ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

²⁵ Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Adriana Maluf (2013, p. 96) afirma que integram o direito à integridade física o direito à vida e aos alimentos, ao corpo vivo e ao corpo morto, sendo que nestes último estariam elencados o direito ao sepulcro, à cremação, dentre outros.

Assim, os mortos deveriam ter direito a um enterro digno e ao tratamento humano que mereciam, mas é difícil imaginar que os cadáveres seriam tratados com algum tipo de respeito, uma vez que sequer os vivos conseguiram tal privilégio.

Ante todo o exposto, restou evidenciado que a vida no interior do maior hospício do Brasil era um inferno, cercada de crueldade, tristeza e humilhação. A morte advinda de tais condições também não mostrava-se mais benevolente, sendo que os internos do Colônia não conquistavam um mínimo de dignidade nem depois da sua morte.

Os abusos cometidos repetidamente pelos gestores do hospício e por aqueles que absorviam o quanto era ofertado parece ter ficado impune. Esse é mais um episódio de descaso e impunidade que marcam a história do Brasil, uma vez que quando se trata de grupos populacionais mais necessitados a história fica fora das grandes manchetes nacionais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como intuito precípua a demonstração da possibilidade do morto ser titular de direitos da personalidade, restando evidente que os direitos do mesmo são passíveis de sofrer lesões.

Os legitimados a suscitar eventuais lesões aos direitos do morto são a prova irrefutável que os direitos da personalidade destes podem ser violados, sendo que isso é pacificamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, em que pese a grande maioria dos doutrinadores entenda que com a morte há a extinção da personalidade jurídica.

Uma das questões mais controversas abordadas nesse trabalho diz respeito à Lei 9.434/97, uma vez que esta possibilita o desrespeito à vontade do *de cuius* em prol da vontade de seus familiares, o que deflagraria uma evidente lesão à dignidade da pessoa humana, à autonomia privada e à livre disposição do próprio corpo, ainda que morto, do sujeito.

Assim, tentou-se demonstrar que é necessário que haja a observância à vontade do doador, expressada em vida, uma vez que não existe ninguém mais indicado para dispor do seu próprio corpo do que ele, não podendo a vontade da família prevalecer em face da sua própria vontade.

Por fim, ilustrou-se um pouco dos abusos cometidos contra milhares de pessoas no maior hospício do mundo, demonstrando que os direitos humanos, a dignidade, os direitos da personalidade e qualquer resquício de tratamento humano e solidário foi retirado dos mesmos, até mesmo no momento de sua morte, confrontando tal tratamento com a Lei 9.434/97 e verificando as diversas violações a esta.

REFERÊNCIAS

ADIERES, Moacir. A ausência da pessoa natural no novo código civil. *In*: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora revista dos tribunais LTDA., n. 18, abr./jun. 2004, p. 189-217

ANTEDOMENICO, Edilson; FILHO, Claudemir Rodrigues Dias. Comoriência: Ponderações jurídicas e tanatológicas. *In*: CARVALHO, Roseli Campos de. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 907, maio/2011, p. 159/171.

ARAUJO, Barbara Almeida de. A Ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora renovar, 3ª Edição, 2007

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 1ª Edição, 2013

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. *In*: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões Controvertidas – Parte Geral do Código Civil – Vol. 6**. São Paulo: Editora Método, 2007

BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 6ª Edição, 2003.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades**. 2015. Tese apresentada ao programa de pós graduação em direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em direito. Disponível em < <http://pt.slideshare.net/urbanofelixpugliese/urbano-flix-pugliese-do-bomfim-tese-apresentada>>. Acesso em 15/05/2015

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, **Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL. **Lei 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm> Acesso em: 13 de novembro de 2014

BRASIL. **Lei 8.069**, de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 17 de novembro de 2014

BRASIL. **Lei 9.434**, de 4 de Fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm> Acesso em: 17 de novembro de 2014

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 17 de novembro de 2014

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.021/80**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm> Acesso em: 14 de novembro de 2014

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.480/97**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm> Acesso em: 14 de novembro de 2014

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.955/2010**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm> Acesso em: 14 de novembro de 2014

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *In*: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora revista dos tribunais LTDA., n. 19, jul./set. 2004, p. 83-129

CANTALI, Fernanda Borgetti, **Direitos da Personalidade: Disponibilidade Relativa, Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2009

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – parte geral e LINDB, volume I**. Salvador: Editora jusPodium, 10ª Edição, 2012.

DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004

DIDIER, Fredie. **Capacidade de ser parte do morto**. Editorial 60. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-60/>> Acesso em: 12/05/2015

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 8ª Edição, 2011

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora renovar, 3ª Edição, 2007
Direito à imagem: um direito essencial à pessoa. Disponível em <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101305> . Acesso em: 12/05/2015

FLORES, Carlos Thompson. Comoriência – Art. 11 do Código Civil de 1916 – Direito de Sucessão. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Dir.). **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Padma, v. 47, jul./set. 2011, p. 249-254

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey LTDA., 2ª Edição, 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona, **Novo Curso de Direito Civil – parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 13ª Edição, 2011

GOMES, Orlando. **Sucessões**. In: BRITO, Edvaldo (Coord.). Atual. Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Editora Forense, 15ª edição, 2012

GONÇALVES, Antônio Baptista. Intimidade, vida privada, honra, e imagem ante as redes sociais e a relação com a internet. Limites constitucionais e processuais. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora revista dos tribunais LTDA., n. 48, out./dez. 2011, p. 299-359

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 8ª Edição, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro – parte geral**. São Paulo: Editora Saraiva, 10ª Edição, 2012

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2ª Edição, 2013

MIRANDA, Marcelo Barça Alves, **Proteção Post Mortem envolvendo os direitos da personalidade**. JusBrasil. Disponível em: <<http://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/121944063/protecao-post-mortem-envolvendo-os-direitos-da-personalidade>> Acesso em: julho de 2014

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira e SÁ, Maria de Fátima Freire. Honra e Imagem do Morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade. In: NETO, Raimundo Pontes Cunha (Dir.). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, n. 175, jul./set. 2007, p. 117-122

PENTEADO, Luciano de Camargo. O direito à vida, o direito ao corpo e às partes do corpo, o direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive intimidade. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora revista dos tribunais LTDA., n. 49, jan./mar. 2012, p. 73-109

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil – volume I – Introdução ao Direito Civil/Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 26ª Edição, 2013

REALE, Miguel, **Os Direitos da Personalidade**. 17/01/2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 12 de julho de 2014

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. In: JR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora revista dos tribunais LTDA., n. 60, out./dez. 2014, p. 85-98

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 03751043420118190001. Nona câmara cível. Relator: Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Apelante: BANCO SANTANDER BRASIL S.A. Apelados: ANDRÉ PINTO, SANDRA PINTO LEVY e ISAAC EDUARDO PINTO. Julgado em 26 de abril de 2013. Disponível em <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117013160/apelacao-apl-3751043420118190001-rj-0375104-3420118190001>> Acesso em: 17 de novembro de 2014.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil – estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Editora renovar, 3ª Edição, 2007

SCHREIBER, Anderson, **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Atlas, 3ª Edição, 2014

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3>> Acesso em: 09 de maio de 2015

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 11ª Edição, 2013

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil – parte geral**. São Paulo: Editora Atlas, 11ª Edição, 2011