XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

EUDES VITOR BEZERRA

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, João Paulo Allain Teixeira, Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-302-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Civil Constitucional. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A teoria civilista, na contemporaneidade, encontra-se, cada vez mais, adstrita aos preceitos constitucionais, ao passo que nos dias atuais a constitucionalização do Direito Civil é tema recorrente na academia, nas pesquisas, nos trabalhos científicos, bem como em vários congressos de direito realizados no Brasil e no mundo.

No XXV CONGRESSO DO CONPEDI, que teve como tema "Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI em parceria com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, realizado na cidade de Curitiba (Paraná) entre os 7 a 10 de dezembro de 2016, não foi diferente, porquanto o Grupo de Trabalho (GT) de Direito Civil Constitucional I, serviu de palco para calorosos e profundos debates envoltos a constitucionalização do Direito Civil.

Acreditamos que democratização da informação e a amplo acesso à rede mundial de computadores, apresenta-se como um núcleo de estabilização da relação entre cidadãos e instituições, cidadãos e seus representantes, ou seja, fomenta uma junção das relações interpessoais alicerçadas pelos direitos fundamentais, fato que viabilizar o Direito Civil Constitucional ser posto em voga.

Nesse contexto, temas como liberdade de expressão e direito da personalidade; capacidade civil das pessoas com deficiência; direito de propriedade e desapropriação; eficácia dos direitos fundamentais; responsabilidade civil e a tutela da pessoa humana; responsabilidade dos notários e registradores públicos; dignidade da pessoa humana no contexto constitucional luso-brasileiro; paradigma libertário do "right to privacy" norte americano; concepção; nascimento e vida indesejada e a possibilidade de reparação; criogenia; curatela em matéria assistencial e pessoa com deficiência; importância dos princípios constitucionais na responsabilidade civil por danos materiais e morais; discricionariedade judicial; parentalidade e o parentesco e a manutenção das famílias contemporâneas; informação e poder: proteção dos dados pessoas na internet; naturalização da família; incapacidades no direito civil brasileiro e argentino; e, saúde mental, demonstram como a constitucionalização do direito civil vem sendo abordada no nosso país e no mundo.

Sendo que o diálogo em direito privado e os direitos fundamentais norteou os exímios artigos científicos que foram apresentados no XXV CONGRESSO DO CONPEDI e que compõe a presente obra.

Destarte, é para nós uma honra escrevermos o prefácio de um conjunto de aguerridos trabalhos científicos, seja pela profundidade, seja pela qualidade das pesquisas realizadas e apresentadas por alunos e docentes de diversos programas de pós-graduação em Direito do Brasil, motivo pelo agradecemos todos os autores que contribuíram para o desfecho da presente obra, cuja leitura convidamos.

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra - Universidade Nove de Julho – Uninove

Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira - Universidade Católica de Pernambuco

Profa. Dra. Maria Luiza Pereira De Alencar Mayer Feitosa - Universidade Federal da Paraíba

CRIOGENIA: A MORTE, O DIREITO E O FUTURO INCERTO.

CRYOGENICS : DEATH , THE RIGHT AND THE UNCERTAIN FUTURE

Cátia Rejane Liczbinski Sarreta [1]
Clarissa Lopes Alende Sgarioni [2]

Resumo

O estudo analisa a criogenia como técnica de congelamento do corpo humano morto, para fins de conservação com o intuito que ele seja reanimado futuramente mediante técnica científica até então desconhecida, mas acredita-se que ocorrerá. É um fato inédito no Brasil, com adeptos. Envolve o direito a manifestação de última vontade como instrumento de concretização da intenção do sujeito, a observância desta por ocasião da morte e os direitos de personalidade. Como exemplo, tem-se, o caso do engenheiro Luiz Fellippe Dias de Andrade Monteiro, falecido que manifestou a intenção de se submeter à criogenia pós-morte. O método é o dedutivo.

Palavras-chave: Criogenia, Direitos da personalidade, Manifestação de última vontade

Abstract/Resumen/Résumé

The study analyzes the cryogenics dead human body freezing technique for conservation purposes in that it be revived by future scientific technique hitherto unknown , but is believed to occur. It is an unprecedented event in Brazil with fans . It involves the right to expression of will last as an instrument of implementation of the intention of the subject, compliance with this death and personal rights . As an example , we have the case of the engineer Luiz Fellippe Dias de Andrade Monteiro , who died expressed intention to submit the postmortem cryogenics . The method is deductive

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cryogenics, . expression of last will, . personality rights

[1] Doutora. Mestre. Professora Curso de Direito da Universidade Federal do Pampa. Coordenadora Grupos de Pesquisa. e-mail: catia_sarreta@hotmail.com

[2] Mestre. Advogada. Professora Curso de Direito da UNIVEL.

1 INTRODUÇÃO

Um homem morre, seu corpo é congelado e passado milhares de anos esse é descoberto e ele volta à vida. Imaginando a cena anterior poderia-se dizer que se trata de um filme fictício, onde a história é boa, mas jamais refletiria a realidade humana. Ocorre que, parte da história acima está virando real, se não fosse pelo último aspecto, qual seja, o retorno a vida. Entretanto esse tem sido o objetivo de muitas pessoas no mundo inteiro, o de conservar seu corpo até que sobrevenha uma grande descoberta médica e científica capaz de ressuscitar o ser humano.

Para atingir essa finalidade, muitos têm estudado e optado pela técnica da criogenia, que consiste exatamente nesse congelamento do corpo humano após a morte para que um dia ele seja capaz de retornar a vida. O objeto deste estudo foi o de verificar o que se trata essa técnica da criogenia e quais as projeções ou suposições jurídicas que ela refletirá no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a total omissão da legislação pátria. Neste aspecto, alguns objetivos foram perseguidos, dentre eles a notória manifestação de última vontade da parte (*de cujus)*, sucessões e o direito da personalidade do morto.

Assim, os questionamentos que permeiam este estudo da criogenia e o direito são: O que é a criogenia? Onde é realizada? É preciso uma declaração de última vontade para a sua realização? Diante da inexistência de uma declaração de última vontade de forma expressa seria admissível outra forma? Os direitos da personalidade se encerram com a morte? Quem pagaria pela realização da técnica e manutenção desta técnica pós-morte? E se houver ressuscitação, como será? E o direito dos herdeiros?

Os questionamentos são muitos e o direito tenta auxiliar a biomedicina, a medicina e a ciência em geral para a condução não só da possível realização da técnica, mas notoriamente pelas consequências jurídicas que ela poderá gerar na vida ou “morte” deste indivíduo e daqueles que ele deixou, pois os encargos poderão ser muitos.

Sob este dilema, o estudo procurou verificar, diante da legislação atual, quais são as formas de manifestação de última vontade existente e quais os aspectos formais desse instituto, inclusive quais seriam as consequências para o espólio e os herdeiros necessários.

Também, será analisado o caso do brasileiro Luiz Felippe Dias de Andrade Monteiro, falecido em 22/02/2012 e que, supostamente, teria manifestado seu desejo em ter seu corpo congelado após a morte, acreditando que a ciência um dia possa ser capaz de ressuscitá-lo.

As considerações finais encerrarão o estudo que fará algumas conclusões éticas e jurídicas acerca dessa técnica de criogenia e o direito. Para a realização deste trabalho foram

realizados estudos bibliográficos, artigos, revisão legislativa e utilizou-se do método dedutivo possibilitando algumas conclusões.

2 CRIOGENIA

Culturalmente, o Brasil utiliza-se do sepultamento para a destinação dos restos mortais humanos, seja por uma questão da própria tradição, mas de antemão até por questões religiosas que levaram à essa condição como fim dos corpos das pessoas.

Segundo o censo 2010 do IBGE, acerca da religião, 64,6% da população brasileira é católica e o catolicismo tem por tradição o sepultamento. O sepultamento vem da ideia cristã em colocar o corpo em um túmulo para que descanse em paz eternamente. E a alma do falecido fique na paz divina, distante da ideia da ressureição que, por exemplo, a doutrina espírita leva em consideração.

Mas, certo é que tanto numa religião como outra o sepultamento é o destino do corpo, basta entrar em qualquer cidade e lá haverá um cemitério. E o cemitério virou esse "ponto de encontro" dos familiares com a representação do ente querido, com as reflexões da morte e da vida e também local de muitas orações. O fenômeno da morte tem muitas implicações éticas, sociais, culturais e religiosas. Ela é o sinônimo do rompimento, da partida, da teologia e ritualística. O luto inesperado é algo que o homem cada vez mais busca afastar de si, ainda mais, diante de tanta ciência e tecnologia vivida atualmente. Ou seja, a ideia da morte está cada vez mais distante, mas pode-se até adiá-la, mas evita-la ainda não.

E quando ela ocorre a primeira ideia da grande maioria é sepultar o individuo, entretanto, alguns optam pela cremação, que nada mais é do que a incineração do corpo humano morto. De outro lado, uma tímida parcela de pessoas já estão optando por outra destinação que é a criogenia. A ideia de viver "eternamente" rompe com preceitos religiosos. Segundo Caleiro (2012, p.2) atualmente existem 200 pessoas congeladas e 2000 pessoas inscritas em programas de criogenia.

A palavra criogenia que significa em grego a "geração de frio (*crio gen)* "pode ser entendida, em linhas gerais, como a produção e utilização do frio muito intenso, alcançado por alguns gases no estado líquido". Ou seja, é a técnica de resfriamento de materiais, podendo ser utilizado para fins de reprodução humana, mediante o congelamento de embriões ou então de animais, para as mesmas finalidades. Há também a utilização da criogenia na alimentação, à exemplo da indústria de laticínios, servindo para diversas áreas.

A conservação de cadáveres não é coisa nova. Entre os egípcios é conhecida a mumificação como técnica de conservação de cadáveres. As pesquisas científicas e

arqueológicas feitas nas pirâmides egípcias revelaram até hoje provas materiais desta técnica aplicada há milénios em benefício de Faraós. Em síntese, para fins de destinação de restos mortais humanos, criogenia é uma técnica de congelamento ou resfriamento do corpo humano morto, a fim de preservá-lo em temperaturas extremamente baixas, mediante a utilização de gases, com intuito posterior e incerto de descongelamento do mesmo e retomá-lo à vida, é a criopreservação.

Juridicamente, já há julgado como veremos no caso adiante, que inclusive já conceituou a criogenia como: "*A criogenia ou criopreservação consiste na preservação de cadáveres humanos em baixas temperaturas para eventual e futura reanimação e insere-se dentre os avanços científicos que deram nova roupagem a ciência e a medicina, rompendo com antigos paradigmas sociais, religiosos e morais*".

Para fins de preservação do corpo humano morto, não existe no Brasil nenhuma empresa que atue neste ramo. Havendo empresas nos Estados Unidos que atuam ativamente nesta área, oferecendo a estrutura para a realização da técnica e manutenção do corpo até que sobrevenha, diante de um evento incerto, uma técnica de ressuscitação dos mortos. Essa técnica tem custos elevados e poucos poderão ter acesso, ou seja, a criogenia é apenas para uma parcela mínima da população, qual seja, os afortunados economicamente.

As empresas pesquisadas que realizam tal procedimento são a empresa Alcor (Arizona) e a Cryonics Institute (Michigan). Não se obteve os valores para esse procedimento, mas notoriamente são de elevadíssimos custos, eis que sequer disponíveis no Brasil, logo para aqueles que desejam se submeter à técnica seriam necessários o seu traslado, a realização da técnica e também a manutenção da mesma, o que por óbvio demanda custos.

Em pesquisa junto às informações contidas da empresa Alcor, o procedimento da criogenia se justifica, pois já há estudos realizados em pessoas vivas, as quais foram submetidas à temperaturas baixas ao ponto de parar o funcionamento do coração, cérebro e outros órgãos por até uma hora e incrivelmente essas pessoas foram reanimadas e colocadas de volta à vida. Outrossim, trata-se de uma experiência perigosa, mas que acredita-se ser possível com pessoas mortas, se logo após o falecimento forem submetidas à técnica da criogenia (-120ºC). Consta que o primeiro caso de criogenia realizado foi no ano de 1967.

O Código Civil Brasileiro em vigor, logo em seu primeiro artigo, que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Isso significa que a lei confere à pessoa viva a condição de sujeito de direitos e obrigações, isto é, característica que decorre dos direitos da personalidade, que passa a existir desde o nascimento com vida (art. 2º do Código Civil). É bem verdade que a lei põe à salvo os direitos do nascituro, mas isso fica para outra discussão

em outro momento. E, um pouco mais adiante, o Código Civil prevê em seu artigo 6º que “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

A doutrina civilista mais moderna não apresenta nenhuma dificuldade para conceituar a morte da pessoa natural. Para tanto, desmembra-a em morte real e morte presumida. Na primeira, há o efetivo falecimento, sendo este palpável, perceptível, ao passo que na segunda, esta é conjeturada por alguma situação que indique com certo grau de certeza que a pessoa efetivamente faleceu. Exemplo disso é encontrado na morte presumida constante no artigo 6º (parte segunda) do Código Civil. O artigo 2º da Lei nº 9434/97 trata da tanatognose, isto é, o processo de diagnóstico do falecimento da pessoa natural, segundo a referida norma, com a morte encefálica, ou seja, com a cessação irreversível das atividades cerebrais do indivíduo.

O cadáver não é mais uma pessoa natural passível de direitos e obrigações puramente inerentes ao ser humano, pois desde a sua morte o direito passa a lhe conferir natureza jurídica de res (coisa), diga-se de passagem, fora de comércio (extra commercium), cuja posse passa a ser da família. De acordo com Monteiro até esse termo final inexorável, conserva o ente humano a personalidade adquirida ao nascer. Só com a morte perde tal apanágio. Os mortos não são mais pessoas. Não são mais sujeitos de direitos e obrigações. Não são mais ninguém. Mors omnia solvit.Calha lembrar que já se atribuiu aos restos mortais do de cujus a natureza jurídica de res nullius (coisa de ninguém). Tese hoje superada.

Sílvio Venosa lembra em que pese à morte tudo findar, há incontáveis consequências jurídicas que dela decorrem: apenas como exemplo, podemos citar que, pelo art. 354, a legitimação dos filhos falecidos aproveitava a seus descendentes no sistema do Código anterior; o art. 948 (antigo, art. 1.537) prevê a indenização em caso de homicídio, e o art. 951 (antigo, art. 1.545) manda que os médicos satisfaçam ao dano sempre que agirem com culpa.

Além de tudo, a honra dos mortos é protegida em prol dos vivos, seus parentes, em homenagem a sentimentos com relação às pessoas caras. A doutrina conceitua-o ainda como sendo “o corpo privado de vida, mas que ainda conserva a forma humana. Assim, não se considera cadáver o esqueleto humano ou as suas cinzas”.

Para alguns linguísticos ainda a gênese da palavra cadáver nas sílabas iniciais da expressão latina CAro DAta VERmibus. Carne Dada aos Vermes. Basta saber-se que o de cujus passa da condição de sujeito de direito para objeto de direito, fora de comércio.

Mesmo diante desta novidade, que vem envolvendo a imaginação e até mesmo o desejo de alguns (afortunados) certo é que a técnica da criogenia ainda é uma atividade de meio, pois a finalidade para a reanimação destes corpos humanos com certeza é um futuro

incerto e que se certo revelará consequências inesperadas na mudança da sociedade, da vida do planeta e também do direito.

3 O CASO BRASILEIRO LUIS FELIPPE DIAS DE ANDRADE MONTEIRO: MORTE CERTA E FUTURO INCERTO

Luiz Felippe Dias, engenheiro da Força Aérea Brasileira, era um brasileiro, residente no Estado do Rio de Janeiro que aos 22/02/2012 veio a falecer, deixando três filhas.

O evento certo, qual seja a morte, apesar do despreparo humano para lidar com tal ocorrência, se trataria de um evento normal, já que o Sr. Luiz Felippe já era um homem com idade avançada. Todavia, a situação fugiu do estado comum se não fosse a questão da criogenia, que segundo uma de suas filhas, o desejo do seu pai era o de ter o corpo submetido ao congelamento. A questão virou uma grande celeuma que atualmente ocupa extenso espaço no cenário jurídico brasileiro, qual seja, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A questão iniciou-se, segundo o que consta dos autos de Apelação Cível nº 0057606-61.2012.8.19.0021 (20ª Câmara Cível), quando a filha mais nova do Sr. Luiz Felippe preparava o encaminhamento do corpo de seu pai para os Estados Unidos da América, a fim de submetê-lo à técnica de criogenia. Entretanto, em sede de plantão judiciário, as outras duas filhas mais velhas, propuseram medida liminar, a fim de impedir o traslado do corpo e postularam ainda pelo sepultamento do mesmo no Brasil e no Estado do Rio Grande do Sul junto ao tumulo da primeira esposa do engenheiro. Em primeiro grau, a liminar foi deferida, mas o sepultamento também não fora permitido. Consigne-se que o processo, apesar de suas nuances familiares, não tramita em segredo de justiça ao que consta do Recurso de Apelação acima mencionado.

A sentença julgou procedente o pedido das duas filha mais velhas do engenheiro, cuja decisão foi razão de interposição de Apelação pela filha mais nova junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, visando a reforma do julgado “a quo”, sob o fundamento de que a vontade do engenheiro, embora não declarada formalmente ou expressamente, era a de ter seu corpo levado à técnica da criogenia. Logo, a herdeira mais nova (e filha do segundo casamento) somente estaria litigando para promover o desejo do seu pai.

Em segundo grau, a apreciação do Recurso de Apelação, interposto pela filha do segundo casamento do falecido, coube à apreciação da 20ª Câmara Cível do Estado do Rio de Janeiro e lá obteve provimento. No acórdão da Apelação, o cerne da questão deu-se em torno da manifestação da última vontade do “*de cujus*”.

Isto porque, para a relatora do caso Desembargadora Flávia Romano de Rezende, a qual foi acompanhada por quase maioria, tendo apenas um voto divergente, a questão deve ser muito bem ponderada e tratada com razoabilidade, pois não deve haver envolvimento de questões religiosas e em segundo lugar a manifestação real da vontade do falecido deve prevalecer acima dos ditames da legalidade, embora algumas previsões legais que se opõe à pretensão. E ressaltou, que *"a destinação dos restos mortais, se inclui dentre os direitos da personalidade do indivíduo, constitucionalmente assegurados, sendo que a inobservância da manifestação volitiva do "de cujus" implicaria em indesejada violação de tais direitos"*.

Para tanto, a fundamentação do acórdão levou em consideração que, não obstante o direito elenque várias formas de manifestações de última vontade, este estaria diretamente ligado aos direitos da personalidade e em se tratando destes seria plenamente aceitável o reconhecimento de tal manifestação por outras formas, como à exemplo: prova testemunhal e outros documentos que demonstraram, *in casu*, a confiança das informações passadas do pai para a terceira filha, que somente estaria concretizando tal desejo. Também, para fundamentar o provimento do recurso, a utilização do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil foi aventada, eis que no Brasil não há matéria legislativa sobre a criogenia, sendo que para instituto semelhante como o da cremação estabelecido na Lei de Registros Públicos a destinação dos restos mortais dispensa forma especial sobre a manifestação da última vontade. Logo, tal possibilidade também se aplicaria à criogenia.

Fato é que o litígio não se encerrou, pois o voto divergente ainda abriu precedente à interposição de Embargos de Divergência, o qual ainda não teve acórdão lavrado, mas que em sessão pública, já se obteve a ciência do provimento, reformando a decisão anterior, sob o fundamento prévio da necessária observância da manifestação da vontade, como instituto para apreciação e consideração da aplicação da criogenia para a destinação dos restos mortais.

Enquanto o processo não se encerra, foi considerado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a manutenção do corpo sob técnica de congelamento como já vem sendo feito desde o falecimento, todavia, estando tal condição sendo operada "sub judice", eis que o processo ainda não transitou em julgado. O processo ainda pende e o corpo do Sr.Luiz Fellipe ainda não permanece em paz e o que então ele mereceria: a paz, a dúvida, o sepultamento, o respeito à vontade do falecido, da vontade da lei ou a chance de voltar a vida? A questão transita por linha tênue, é complexa, não pelo sentido legalista, mas pela questão do desejo do homem sobre si mesmo, da esperança, da expectativa, do direito ao futuro incerto. Estariam os Tribunais errados? Seria justo encerrar tal desejo com pedaços de concreto sobre o homem? O que é a justiça?

Perguntas aqui não nos permitem calar, pois a todo instante elas ecoam e cabe também ao direito tentar resolver não só pelo aspecto legalista, mas também pelo observando o lado humanista ou pós-humanista, permitindo maior ponderação e razoabilidade. Em verdade, esse é o nosso desejo e a nossa salvação (?).

4 MANIFESTAÇÕES DE ÚLTIMA VONTADE E SUCESSÕES

No Brasil, o sepultamento é a pratica mais comum para destinação dos restos mortais das pessoas. Todavia, algumas pessoas poderão dispor de formas diferentes para sua destinação, alguns entendem que o correto é destinar o corpo para fins científicos, outros preferem ser cremados ao ser sepultados e alguns, à exemplo do caso tratado no tópico anterior, optam pela raríssima criogenia. Neste aspecto, o artigo 14 do Código Civil autoriza a disposição do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos, todavia, impõe forma legal.

O estudo em questão buscou analisar, neste ponto específico da morte, quais são as formas de manifestação de última vontade sobre a disposição do próprio corpo e como a lei civil tem tratado esta questão. Certo é que a natureza que envolve a questão é privada, mas não foge também do aspecto público, pois é interesse do Estado saber e manter um determinado controle sobre a destinação dos restos mortais por questões de saúde pública, ou até mesmo por questões éticas. Isto porque, as intenções podem ser variadas e até respeitadas, mas não podem ultrapassar os limites da boa cidadania. À exemplo, imaginemos que alguém queria ter o corpo sepultado junto ao Cristo Redentor ou o caixão locado em uma praça pública. Enfim, excentricidades são variadas e nesse ponto é preciso ponderação e razoabilidade para que o desejo de um não ultrapasse e prejudique o direito dos demais.

Em pesquisa, verificou-se que manifestação de última vontade são as últimas disposições realizadas em vida. A forma mais comum é o testamento, cujo significado tem origem romana e significa exatamente essa forma de atestar ou confirmar a vontade.

O que é fato é que a morte proporciona a transmissão de todos os direitos da pessoa e a partir deste momento o cadáver não passa de uma res (coisa). Discutir se o cadáver é uma res nullius (coisa de ninguém) ou res desperdiate (coisa abandonada), no caso pela pessoa falecida, não faz qualquer sentido, já que passa a integrar o património dos herdeiros e como tal protegida a integridade moral da pessoa do morto em nome destes. Sendo coisa, a vontade do defunto é inexistente fora da vontade própria dos herdeiros, o que desde logo nos leva a concluir in limine que apenas aos herdeiros interessa a manutenção do cadáver. Mas, é claro que a vontade do finado integra a herança. E nesse caso pode persistir a questão de saber se os herdeiros devem executar ou não essa mesma vontade.

Para Lôbo (2013, p.190) o "*Testamento é o meio apropriado para o exercício da liberdade de testar, de acordo com os tipos, efeitos e limites reconhecidos pela lei*". No saber de Diniz (2014, p. 209):

> Testamento é o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*) do seu patrimônio, mas também faz estipulações: a) *extrapatrimoniais* (CC, art. 1857, §2º), tais como: reconhecimento dos filhos não matrimoniais (CC, art.1.609, III); nomeação de tutor para o filho menor (CC, arts. 1.634, IV e 1.729, parágrafo único; ECA art.37, com redação da Lei n.12.010/2009) ou de testamenteiro (CC, art.1.976); disposição do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos (CC, art. 14); permissão ao filho órfão para convolar núpcias com o tutor (CC, art. 1.523, IV); reabilitação do indigno (CC, art. 1.818); deserdação do herdeiro; determinação sobre o funeral; ou *b) patrimoniais* [...].

Ou seja, o testamento é o instrumento pelo qual o testador dispõe sobre aquilo que deseja tanto no aspecto patrimonial, observados as ressalvas legais, como também sobre a disposição do próprio corpo ou sobre seu funeral. Para que isso se efetive, a lei civil oferece formas para o testamento, que segundo o manual de Leite (2004, p.193) classificam-se quanto à forma externa, sendo ordinários ou especiais. Os testamentos ordinários são aqueles elencados no artigo 1.862 do Código Civil, sendo eles o testamento público, cerrado ou particular. Já os testamentos especiais são o marítimo, aeronáutico ou militar, são especiais, pois levam em conta a atividade que os sujeitos que estão no ofício das profissões associadas ou de certa forma estão fazendo uso destas possam manifestar-se e dispor suas últimas vontades, à exemplo dos passageiros ou tripulantes.

Pelo testamento ordinário público a manifestação de vontade do testador será lavrada em escritura na presença de duas testemunhas. No testamento cerrado a presença de duas testemunhas também é imprescindível, conforme artigo 1.868 da lei civil. Por sua vez, no testamento particular, descrito 1.876 do diploma civil, a disposição de última vontade deverá ser redigida de próprio punho ou meio mecânico e lida na presença de três testemunhas.

Quanto as formas especiais de testamento também exigem formas especiais como ser lavrados e lido na presença de testemunhas. Ou seja, a lei é rigorosa e inflexível no que tange à manifestação de última vontade, não admitindo exceções às formalidades. É sabido que as manifestações de vontade são oriundas e regidas pela autonomia da vontade estando, como dito anteriormente, reguladas pelo direito civil. Entretanto, e não obstante entendimentos contrários, certo é que a manifestação da vontade sobre a disposição está atrelada aos direitos da personalidade, que por sua são verdadeira consequência do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, diante deste raciocínio, a questão é: será que outras formas de

manifestação de vontade, quais sejam, forma verbal e na presença de testemunhas não seriam válidas de nenhuma maneira quando se tratar de disposição sobre os restos mortais?

Em casos como o da cremação, a lei de registros públicos em seu artigo 77 não impõe nenhuma forma especial acerca da manifestação da vontade. Presume-se pela legislação que a regra é o sepultamento, no caso da cremação, a lei exige a manifestação da última vontade, todavia não impôs nenhuma forma expressa. Ou seja, não diz exatamente que tal disposição tenha que ser escrita. Logo, a jurisprudência tem entendido que é possível a cremação considerando como prova a testemunhal, o que foge das regras impostas nas disposições testamentárias. Senão vejamos, alguns entendimentos jurisprudenciais:

> APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA CREMAÇÃO. CAUSA DA MORTE NÃO ESPECIFICADA NO REGISTRO DE ÓBITO. ATESTADO DE ÓBITO FIRMADO POR DOIS MÉDICOS. VONTADE DO FALECIDO DECLARADA PELA VIÚVA E PELA FILHA. DEFERIMENTO DO ALVARÁ. Em que pese à causa da morte constar do registro de óbito como "ignorada", o atestado de óbito foi firmado por dois médicos e a vontade do falecido em relação à cremação é declarada por seus familiares mais próximos, de modo que restam preenchidos os requisitos constantes do art. 77, § 2º, da Lei n.º 6.015/1973 - Lei de Registros Publicos -, não havendo óbice para o deferimento do alvará postulado. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70060104429, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/10/2014).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO QUE BUSCA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA CREMAÇÃO DE RESTOS MORTAIS. Jovem que se suicida aos 23 anos de idade. Impossível pretender que tenha manifestado vontade própria de ser cremado. Idade em que não se imagina que a morte esteja próxima. Dificuldade compreensível em não poder comprovar que o jovem manifestara, em vida, o pedido de ser cremado. Depressão profunda. Inaplicável à espécie Lei que foi editada há mais de 40 anos e não se adaptou aos fatos recentes. Direito de a genitora, sem condições de pagar o aluguel anual do túmulo, ter o direito de obter a autorização judicial para a cremação e manter, em seu poder, as cinzas de seu filho. Alegação do Ministério Público de que ainda não transcorreu o prazo da pretensão punitiva: a par de falta de qualquer prova de que tenha havido ocorrência culposa ou dolosa, no momento em que, por falta de pagamento, os restos mortais do falecido serão jogados em vala comum e sem condições de reconhecimento com o rápido passar do tempo, se mostra mais justo que as cinzas permaneçam em poder da mãe para eventual exame de DNA se tanto se fizer necessário. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70044822229, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 21/11/2013).

Ora é complexo a lei exigir que se tenha por expresso a manifestação acerca da disposição dos restos mortais, posto que, a morte é algo inesperado, embora evento certo, todavia é do ser humano, na maioria, crer que a morte lhe ocorrerá num momento muito

distante. O que ocorre, por vezes, são comentários feitos na intimidade do lar, em situações que levam a comentar sobre o assunto, a forma como cada um gostaria de ser velado, enterrado, sepultado, cremado ou porque não criogenado. Por isso, no caso da cremação não se exige, logo, questiona-se porque em caso de criogenia deveriam os julgadores apegar-se às disposições de última vontade admitindo somente a forma expressa?

Com certeza é uma incoerência e não pode haver discriminação entre as formas aceitas para a destinação dos restos mortais, até mesmo em próprio privilegio ao princípio da isonomia. Logo, se a lei não exige forma especial para a cremação e valem-se os tribunais da possibilidade da prova testemunhal, porque no caso de criogenia seria diverso?

Para resolver a celeuma, diante da ausência de legislação específica para a criogenia, poderia o direito valer-se do disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que nos casos em que a lei for omissa "*o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

Nessa situação, porque não utilizar-se da analogia como ocorre na cremação, ou então dos princípios, invocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana atribuída também ao cadáver. É uma questão subjetiva e que envolve condições pessoais, éticas, religiosas, mas acredita-se que fielmente deve-se buscar otimizar à intenção daquele que já partiu.

Diante disso, acredita-se que o desfecho do caso do engenheiro ainda poderá ser outro, até porque constam dos autos elementos de prova testemunhal (não refutados) de que a criogenia era a verdadeira intenção dele. A criogenia não é nenhuma forma absurda, mas tão somente uma forma diversa, diferente e inédita na sociedade brasileira, mas que não pode ser ignorada ou vista como algo incrédulo, pois a cada um cabe suas crendices ou intenções.

Noutro aspecto, seria plenamente aceitável a realização de criogenia mesmo sem a expressa disposição de última vontade, uma vez que, utilizando-se o disposto no artigo 14 do Código Civil, onde há a possibilidade da destinação dos restos mortais para fins altruísticos e científicos. Vale aqui fazer um alerta, uma finalidade científica diversa daquela praticada para fins de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, como dispõe o decreto 879/93.

A criogenia, também, pode ser entendida como finalidade científica, mas uma finalidade científica diferente que exige a plena conservação do corpo em prol da ciência e da vida. E, se divagarmos na questão, se um dia concretizada a sua finalidade que é a reanimação do morto, estaríamos diante de um novo evento em que a morte já não faz mais parte da especulação jurídica e do ordenamento, podendo haver mudanças significativas no direito. Mas esta questão, somente o tempo e a ciência serão capazes de responder, por enquanto, é complexo e um tanto inatingível para o raciocínio atual e comumente vivido.

Todavia, como dito, algumas especulações são permitidas, pois entende-se, que o fato do congelamento em si ou seja da criogenia não é suficiente para prejudicar, por ora, o instituto da sucessão, já que no dizer de Lôbo (2013, p.15): “o direito das sucessões não é dos mortos, mas sim dos vivos. São estes os reais titulares e destinatários dele”.

Segundo o mesmo autor (2013, p.26):

> A morte da pessoa física é o marco final de sua existência, mas também é o marco inicial do direito das sucessões. Assim, o mesmo fato prova a extinção dos direitos do titular e irradia-se na esfera jurídica de seus sucessores. No passado, havia a distinção entre a morte, a abertura da sucessão e a transmissão da herança, o que persiste em outros ordenamentos jurídicos.
> O que momento da morte há de ser indiscutível, para que não paire dúvidas sobre quem sucedeu o autor da herança e desde quando. Assim é, porque apenas herdam os que a ele sobreviveram e não os que faleceram antes dele (princípio da coexistência).

Logo, não seria plausível quebrar as regras quanto à sucessão e prejudicar os herdeiros. Com a confirmação da morte, independentemente da destinação do corpo, observar-se as regras sucessórias. Obviamente, que no que tange à criogenia, num ponto a manifestação da vontade, mesmo não obrigatória, seria interessante e relevante, eis que tal procedimento tem elevados custos que não podem ser atribuídos ao espólio, sob pena de prejuízo dos herdeiros.

Importante ressaltar, inclusive, que no que tange à questão patrimonial, ainda que houve disposição de última vontade para a destinação dos restos mortais e, em sendo necessário a disposição do patrimônio para o espólio para custear a técnica, o direito das sucessões prevê limitações sobre a disposição do patrimônio, com a finalidade de proteger os herdeiros necessários e ao mesmo tendo privilegiar o princípio da autonomia, conforme ensina Diniz (2014, p.205-206):

> Na transmissão hereditária conjugam-se dois princípios: o da autonomia da vontade, em que se apoia a liberdade de dispor, por ato de última vontade, dos bens, e o da supremacia da ordem pública, pelo qual se impõem restrições a essa liberdade. Com isso protege-se a propriedade e a família, ou melhor, o interesse do autor da herança e o da família. Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do *de cujus* e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador *herdeiros necessários*, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese que só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra metade pertence de pleno direito àqueles herdeiros (CC, arts. 1.789, 1.845, 1.846 e 1.857, §1º), exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade. Esse sistema é, indubitavelmente, o que melhor atende aos interesses da família.

Neste raciocínio, a criogenia estará também condicionada a questão patrimonial, pois quem pagará? O espólio? Os herdeiros? Questão de difícil resposta.

Apenas para título ilustrativo, no caso do engenheiro Luiz Fellippe todo o custo com a criogenia vem sendo absorvido pela sua filha mais nova, ou seja, não se utilizou do espólio e ao que consta da Medida Cautelar nº 0034007-96.2012.8.19.000, do Tribunal do Rio de Janeiro os custos com a técnica geram um gasto diário de R$900,00 (novecentos Reais). Ou seja, não basta a simples vontade é preciso refletir sobre o aspecto do custo. Mas imperioso destacar que a sistemática jurídica brasileira confere determinada força cogente à última vontade do de cujus. Seria semelhante à possibilidade jurídica do pedido como condição da ação. Se o direito agasalhar pode ser perfeitamente cumprido pelos que permanecem. Contudo, é preciso que essa manifestação tenha sido feita quando o indivíduo esteja com suas faculdades mentais em plenas condições de decidir o que lhe aprouver.

Inclusive o Código Civil, em seu artigo 14, autoriza a livre e gratuita disposição do corpo após a morte, desde que para fins altruísticos, científicos e outros. Observando-se a máxima de quem pode o mais pode o menos, chega-se ao raciocínio de que o indivíduo poderá se submeter a esse “tratamento”, já que possui nítidos contornos científicos.

Destaca-se, a título de exemplo, a Lei dos Registros Públicos (nº 6.015, de 31/12/1973), no artigo 77, parágrafo 2º diz que "a cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade de ser incinerado ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por 2 (dois) médicos ou por 1 (um) médico-legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizado pela autoridade judiciária". Isso demonstra que o direito não se eximiu de conferir algum desdobramento após a morte da pessoa natural.

Nessa toada, Maria Helena Diniz lembra que “o aniquilamento não é completo com a morte; a vontade do de cujus sobrevive com o testamento. Ao cadáver é devido respeito”. Destarte, essa vontade não pode ser viciada, sob pena, de serem anulados e pode ser manifestada mediante contrato, testamento, ou qualquer outro meio de que não a infirme.

Assim, as divergências entre o que a lei impõe e alguns princípios que são a verdadeira axiologia do direito permeiam a questão da manifestação de última vontade e também da criogenia, que *in casu* terá um marco histórico no Brasil criando verdadeiro precedente caso em sede recursal houver verdadeira alteração em privilégio aos princípios como o da dignidade da pessoa humana, ainda que morta.

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE DO MORTO

Os direitos da personalidade são aqueles atrelados à pessoa física, concedendo aos sujeitos direitos e deveres.

Historicamente, Farias e Rosenvald (2014, p. 165) diz que "*a personalidade jurídica sempre foi vista apenas como um atributo genérico reconhecido a uma pessoa para que viesse a ser admitida como um sujeito de direitos.*". E, Farias e Rosenvald (2014) afirmam que a personalidade jurídica está inexoravelmente atrelada ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Mais adiante, os mesmos autores (2014, p.166) conceituam a personalidade como "*aptidão genericamente reconhecida: toda pessoa é dotada de personalidade. É a possibilidade de ser titular de relações jurídicas e de reclamar o exercício da cidadania, garantida constitucionalmente, que será implementada (dentre outras maneiras) através dos direitos da personalidade.*".

No conceito de Diniz (2014, p.133-134) os direitos da personalidade não são direitos, mas sim aptidões que sustentam o direito, conforme consta de sua obra:

> A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Esses caracteres consistem no próprio direito à vida, a imagem, ao nome, à integridade física, integridade moral em geral, direito à identidade, liberdade, privacidade, direito à disposição do próprio corpo, integridade intelectual, identidade sexual e tantos outros capazes de constituir a própria acepção do homem.

Na visão do doutrinar Gonçalves (2007, p.155): "Os direitos da personalidade dividem-se em duas categorias: *os inatos*, como o direito à vida e a à integridade física e moral, e os *adquiridos*, que decorrem do *status* individual e existem na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivo."

O Código Civil Brasileiro determina em seu artigo 1º que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Já no artigo subsequente o texto legal informa que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida. Ou seja, será atribuído ao individuo direitos e deveres. Entretanto, o CC não determina o exato momento que se encerra os direitos da personalidade, apenas faz menção que a existência termina com a morte.

O artigo 11 e seguintes do Código Civil faz menção aos direitos da personalidade, mas em nenhum momento específico diz que os direitos da personalidade se encerram com a

morte. Ao contrário, a própria legislação civil determina que os direitos da personalidade serão resguardados mesmo após a morte, senão vejamos o que diz o artigo 12:

> Art. 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.

Inclusive, violações aos direitos da personalidade podem gerar, dependendo do caso, reparação por dano moral, conforme preceitua o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Na busca pelo fundamento axiológico que permeiam os direitos da personalidade a doutrina de Farias e Rosenvald (2014, p.165) dispõe que:

> Da maneira mais realista e próxima da influência dos direitos fundamentais constitucionais, é possível (aliás, é necessário) perceber uma nova ideia de personalidade jurídica. Com esteio em avançada visão civil-constitucional, a personalidade jurídica é o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e *reclamar uma proteção jurídica mínima básica, reconhecida pelos direitos da personalidade.*

Com isto conclui-se que os direitos da personalidade são conseqüência dos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, ou seja, os atributos da personalidade são intrínsecos da condição da própria pessoa, ou seja, são acima da própria lei, pois o homem não é instrumento do direito e sim o direito é o instrumento do homem para o reconhecimento de suas acepções e principalmente como oposição e proteção contra quem quer que pretenda prejudicá-lo. A doutrina de Piovesan (2006, p.229) encara o princípio da dignidade da pessoa humana como “superprincípio”, o qual necessita de respeito maior, pois ele é o condutor de toda a atividade e do ordenamento jurídico:

> É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e chegada na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio a orientar o Direito Internacional e Interno.
> [...]
> Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito internacional (à luz do Direito Constitucional Ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.

Esses direitos são garantias mínimas do ser humano e não obstante serem abrangidos pelo direito privado, ou seja, codificado especificamente no direito civil eles merecem a máxima proteção e observância por toda a sociedade em geral e isto significa inclusive a

proteção do homem perante o Estado, fazendo com que este ente legisle a proteção desde direitos, como vemos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, no âmbito do consumidor pelo artigo 84 a proteção da tutela em âmbito coletivo e também no artigo 12 do Código Civil, onde há preceito de proteção à pessoa do morto.

Sendo assim, verifica-se que os direitos da personalidade são da pessoa física, também, à título informativo, a doutrina diz e já há entendimento sumulado que cabe também a proteção dos direitos da personalidade da pessoa jurídica. Nessa esfera de proteção, enquanto há existência já se sabe que há o reconhecimento dos direitos da personalidade, mas em caso de morte, como a situação é compreendida?

Neste ponto, a doutrina de Lôbo (2013, p.25) entende que os direitos da personalidade se encerram juntamente com a morte do indivíduo não havendo mais o que se falar nesse instituto para a pessoa morta, senão:

> O fim da pessoa física leva à extinção de seus direitos da personalidade, de suas qualificações jurídicas pessoais (nacionalidade, estado civil, estado político, capacidade de direito e de fato), de suas relações negociais, de suas titularidades sobre os bens, de seus deveres familiares e de parentesco, de suas relações com a Administração Pública, das penas criminais e administrativas que sofreu em vida. Se for empregado em empresa de direito privado, extingue-se sua relação de emprego e sua remuneração; se era servidor público, cessa o vínculo com a administração pública e sua remuneração; se era aposentado, extingue-se o direito aos proventos; se era contribuinte de tributos, cessa a incidência de novas obrigações tributárias; se exercia mandato político, este se extingue; se era empresário ou sócio de sociedade, essas posições desaparecem.

Ainda, Farias e Rosenvald (2014, p.199) defende que não se pode confundir o que está disposto no artigo 12 do Código Civil como direito da personalidade do morto, dizendo que a proteção esculpida referido artigo é para as pessoas vivas que se sintam lesadas ante eventual ofensa à pessoa do morto, conforme consta de sua obra:

> Não se pode, todavia, cair na tentação de um raciocínio simplório afirmando a existência de direitos da personalidade do morto. A tutela jurídica concedida pelo Parágrafo Único do art.12 da Lei Civil é dirigida às pessoas vivas, permitindo que sejam defendidos os direitos da personalidade do seu parente, cônjuge ou companheiro já morto.
> [...]
> Trata-se, assim, de exercício de direito próprio (de legitimidade autônoma para ajuizar uma ação) e não mera substituição processual.
> Ou seja, é um direito reconhecido às pessoas vivas de ter salvaguardada a personalidade. Isso porque ao violar a honra, imagem, sepultura etc., de uma pessoa morta, atinge-se, obliquamente (*indiretamente*, na linguagem do Código Civil), os seus parentes (e o cônjuge ou companheiro) vivos.
> Bem por isso, os lesados indiretos atual *em nome próprio, defendendo um interesse próprio*, consistente na defesa da personalidade de seus parentes (ou de seu cônjuge ou companheiro) falecidos. Agem, pois, por *legitimidade ordinária, autônoma*, e não em substituição processual.

Em sentido, indutivamente contrário, Gagliano e Pamplona Filho (2006, p.162) afirmam em sua obra que "Se a personalidade termina com a morte da pessoa natural (*mors omnia solvit*), poder-se-ia defender, com bastante razoabilidade, que deixaria de existir também sobre o cadáver qualquer direito como emanação da personalidade jurídica".

O autor acima, com isto, pretende remeter a ideia de que é preciso reconhecer a personalidade jurídica do morto, pois a destinação dos seus restos mortais tem relevância para o direito e estão atrelados à dignidade. Não é tão simples e fácil cogitar que a personalidade jurídica termina com a morte, pois se assim o fosse então não haveria o que se falar em tutela dos direitos da personalidade como honra, imagem do morto, uma vez que não é admissível proteger alguns direitos e simplesmente recusar ou banir outros da esfera da proteção.

Isto faz parte da própria característica dos direitos da personalidade admitidas pela doutrina em geral, como direitos indisponíveis, irrenunciáveis, inalienáveis, intransmissíveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

A questão é complexa e entende-se que há ainda possibilidades de discussão destes direitos em relação ao morto, posto que devem ser observados ao máximo, pois por se tratarem de direito *in natura* ou seja da condição humana enquanto vivo ou morto a corrente contrária parece mais razoável quando afirma que os direitos da personalidade não se encerram com a morte, pois mesmo depois de morto a que se preservar ao máximo a dignidade da pessoa (morta).

Neste aspecto, atrelado à perspectiva constitucional de otimização dos princípios como o acima dito, a vontade real da pessoa enquanto viva deve ser respeitada ao máximo, devendo o direito valer-se de tantos quantos for os meios de prova para verificar qual era a real intenção. Ou seja, de acordo com o estudo, se era intenção do morto ver-se submetido à criogenia e se há condições para tanto, elas devem ser observadas.

Vejamos por exemplo alguns entendimentos jurisprudenciais, que em caso análogo, como o da cremação, o desejo do morto manifestado informalmente em vida é que prevaleceu:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO QUE BUSCA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA CREMAÇÃO. A manifestação de vontade de ser cremada não requer qualquer formalidade como se extrai do disposto no artigo 77, parágrafo 2º., da Lei n. 6015/73. Suficiente que a genitora dos autores tenha declarado aos filhos que esse era seu desejo. Certidão de Óbito firmada por médico-legista que afastou a morte violenta. Decurso do prazo exigido para exumação na Lei Municipal n. 5.203/2007. Findo o termo do Contrato de Cessão de Direito de Uso Temporário de sepultura, diante da impossibilidade de os recorrentes arcarem com as despesas da aquisição de jazigo, justo é o pedido para realizar a cremação, sob pena de que os restos mortais venham a ser levados ao ossário público. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº

> 70057047813, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 28/08/2014, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/09/2014).

Ainda, vários são os julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA CREMAÇÃO DE ENTE DA FAMÍLIA. Na espécie, o objetivo dos requerentes não é a exumação ou necropsia do corpo da "de cujus", mas sim de ver atendido um desejo pessoal que essa, em vida, teria manifestado. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70058385923, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 13/02/2014, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/02/2014).

No caso estudado do engenheiro Luiz Fellippe Dias Monteiro, em segundo grau, em sede de apelação, não obstante a reforma posterior foi priorizado elementos de prova que levaram o julgador ao entendimento foram outros que não os descritos na lei, mas instrumentos como prova testemunhal que afirmaram sem objeção que era este o desejo do falecido, tudo em prol da dignidade da pessoa humana:

> CRIOGENIA. DESTINAÇÃO DE RESTOS MORTAIS. DISPOSIÇÃO DE ULTIMA VONTADE. INEXISTÊNCIA DE TESTAMENTO OU CODICILO. DIREITO DA PERSONALIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSENCIA DE CONSENSO ENTRE AS LITIGANTES. PROVA DOCUMENTAL ROBUSTA, QUE DEMONSTRA QUE O DE CUJUS DESEJAVA VER O SEU CORPO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA. 1. A criogenia ou criopreservação consiste na preservação de cadáveres humanos em baixas temperaturas para eventual e futura reanimação e se insere dentre os avanços científicos que deram nova roupagem à ciência, rompendo com antigos paradigmas sociais, religiosos e morais. 2. Disputa acerca da destinação dos restos mortais do pai das litigantes, cujo desate não consiste na unificação da vontade das partes, mas sim na perquirição da real vontade do falecido. 3. Disposição de última vontade quanto à destinação de seu cadáver, que recai no rol dos direitos da personalidade constitucionalmente assegurados. Inexistência de testamento ou codicilo que não deve inviabilizar o cumprimento dos seus desígnios, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Em que pese a solenidade e o conservadorismo do direito sucessório pátrio, são reconhecidas formas excepcionais de testamento, como o particular, nuncupativo, marítimo e aeronáutico que prescindem das formalidades ordinárias e visam impedir que o indivíduo venha a falecer sem fazer prevalecer sua derradeira vontade. 5. Os elementos constantes dos autos, em especial a prova documental, demonstram de forma inequívoca o desejo do falecido de ter o seu corpo congelado após a sua morte. 6. Inafastável a aptidão da parenta mais próxima do falecido, com quem mantinha relação de afeto e confiança incondicionais, no caso, sua filha Lygia, para dizer sobre o melhor destino dos restos mortais, ou seja, aquele que melhor traduz suas convicções e desejos à época de seu óbito. 7. Ausência de previsão legal acerca do tema - criogenia - que, na forma do art. 4º da LICC, autoriza a aplicação analógica das disposições existentes acerca da cremação, para a qual a Lei de Registros Publicos não estabeleceu forma especial para a manifestação de vontade.

> Precedentes deste Egrégio Tribunal. 8. Inexistência de paradigma jurisprudencial que não inviabiliza a pretensão diante da ausência de vedação legal e da demonstração de ser esta a disposição de última vontade do de cujus.Recurso provido. Vencida a Des. Ines da Trindade. (TJ-RJ - APL: 00576066120128190001 RJ 0057606-61.2012.8.19.0001, Relator: DES. INES DA TRINDADE CHAVES DE MELO, Data de Julgamento: 13/06/2012, VIGÉSIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 07/11/2012 16:02).

Quando às conseqüências de essa é uma resposta que o direito poderá (talvez) enfrentar, sendo certo que é uma resposta complexa, incerta e se de fato, um dia alguém chegar ao ponto de ser ressuscitado, provavelmente a letra da lei é que irá morrer, pois estaremos diante de um cenário de vida "eterna", sobre o qual o mundo não está ainda preparado para enfrentar. Mas por ora, quanto às intenções, estas sim é que se apresentam e devem ser vistas sob a melhor ótica, a ótica do respeito, da ponderação, do olhar transformador e (trans) humano da sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foi verificado o caso da criogenia como a técnica de congelamento do corpo humano morto, visando futura reanimação deste corpo à vida.

A criogenia é uma técnica inédita no Brasil, não tendo nenhuma empresa ou entidade brasileira capaz de realiza-la, todavia, há empresas norte-americanas que já realizam tal atividade. Entretanto, alguns brasileiros já estão tornando-se adeptos da criogenia, como supostamente é o caso do engenheiro falecido Luiz Fellippe Dias Monteiro que em viva teria manifestado verbalmente para a filha mais nova com quem mantinha afetividade e convívio, assim como para outras testemunhas.

Com a morte do engenheiro e a ausência de manifestação de última vontade expressa do falecido, o caso foi parar nos tribunais brasileiros e em segundo grau, em sede de Apelação obteve-se o provimento no sentido de autorizar a criogenia dele, cujos fundamentos acolheram as provas testemunhas, desconsiderou a forma expressa de manifestação da última vontade e consagrou os direitos da personalidade do morto calcados no princípio da dignidade da pessoa humana.

A questão gerou grandes celeumas e em Embargos Infrigentes foi reforma em sentido contrário, porém ainda pende de recurso para a Suprema Corte Brasileira. Ou seja, a morte do engenheiro ainda não encontra-se na verdadeira paz. O caso é interessante, pois trouxe à tona as formas de manifestação da última vontade, que de acordo com a legislação brasileira é o testamento, que pode ser ordinário (público, cerrado ou particular) ou especial (marítimo,

aeronáutico ou militar). Em todos eles verificou-se solenidades escritas para as disposições de última vontade, que podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. Sendo que a primeira possui limitações quanto a disposições de bens que devem reservar parcela para os herdeiros.

A celeuma envolvida encontra-se na necessidade ou não de forma expressa para observar-se e respeitar a intenção de ser criogenado, como no caso do engenheiro. Como visto na pesquisa acima, para o caso de cremação do corpo não é necessário nenhuma formalidade é possível obter tal autorização considerando a prova testemunhal e até mesmo o depoimento dos familiares mais próximos, como mãe, filho, cônjuge. Assim, entende-se plausível que no caso de criogenia exigir-se uma forma especial, mesmo diante da omissão da lei no caso específico da criogenia, seria uma incongruência que desprestigia o princípio da isonomia e da própria dignidade da pessoa humana.

Num último momento, verificou-se os direitos da personalidade do morto. O Código Civil diz que a personalidade começa com o nascimento com vida, mas não diz expressamente se tais direitos encerram-se com a morte, ainda quando expõe no seu artigo 12 a possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do morto, com a honra, o nome .

Ora, se os direitos da personalidade não se extinguem completamente com a morte, não olhar a manifestação da última vontade do morto, ainda que de forma verbal por intermédio de prova testemunhal, como possibilidade de concretização da vontade da pessoa humana, manifestada em vida, é com certeza violar o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser observado e respeitado ao máximo.

O assunto é polêmico, muito em razão de a lei não conseguir prever todas as situações que ocorrem na sociedade como um todo, e por se tratar de tema com pouca aplicação prática na atual realidade brasileira. Certamente, em breve, com o amadurecimento da matéria o legislador pátrio terá de enfrentar o assunto e criar legislação que abarque o assunto e outros dele decorrentes.

Nesse passo, surgindo casos como o que foi noticiado há pouco pela mídia, o intérprete deverá se valer das normas de integração do direito, isto é, analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. No caso em tela, é nítido que o cerne da demanda gravita em torno do reconhecimento ou não da manifestação (em vida) da vontade do idoso em ter o corpo conservado em uma das câmaras das clínicas de criogenia. Para tanto, o Tribunal deverá se valer dos meios de prova hábeis a comprovar se a vontade de fato ocorreu e, se tiver ocorrido, não se deu de forma viciada.

A disposição dos restos mortais pela técnica da criogenia é um caso novo, mas que possibilitará ainda muitas discussões no cenário jurídico brasileiro, ainda mais quando no País

tem-se culturalmente e religiosamente apegado ao sepultamento dos mortos. Ou seja, a questão ainda fará parte das discussões da ética, da moral, da religião, pois a ideia da criogenia rompe com muitos preceitos e se um dia concretizada a sua finalidade, eventos como a morte já não serão eventos certos, mas sim uma passagem, um retorno à vida, um rumo inesperado e, no momento, um futuro completamente incerto.

7 REFERÊNCIAS

Alcor Life Extension Foundation. **Criogenia**. Disponível em <http://www.alcor.org/AboutCryonics/index.html>.

BRASIL. **Decreto nº 879/94. Dispõe sobre a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0879.htm>.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. **Lei de Registros Públicos**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm.>

_____.**Constituição da República Federativa do Brasil**. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em < http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?numProcesso=2012.900.005121-2>.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em < http://www.tjrs.jus.br/site/>.

CALEIRO, Diego. **Criogenia e Transhumanismo, indo além da morte.** Disponível em < http://www.ierfh.org/br.txt/CriogeniaETranshumanismo2012.html>.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 28ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 31ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 12ª ed. rev. atual. Ed. Juspodium. Salvador, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral.** 8ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol.I. 5ª ed. Ed. Atlas. São Paulo, 2007.

IBGE. **Censo 2010.** Disponível em <http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=3&idnoticia=2170&busca=1&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espiritas-sem-relig>.>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões**.Vol.6. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2013.

PIOVESAN, Flávia (Coord. Alexandre Sturion de Paula). **Ensaios Constitucionais de Direitos Fundamentais: Direitos Humano e o Princípio da Dignidade Humana**. Ed.Servanda. Campinas. 2006.