



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O TRATAMENTO DA IMPENHORABILIDADE DE JAZIGO NO DIREITO
BRASILEIRO: A DISCUSSÃO PAUTADA NA CONCEPÇÃO DE ÚLTIMA MORADA E
O BEM DE NATUREZA PÚBLICA

Vanessa Honório de Oliveira

Rio de Janeiro
2020

VANESSA HONÓRIO DE OLIVEIRA

O TRATAMENTO DA IMPENHORABILIDADE DE JAZIGO NO DIREITO
BRASILEIRO: A DISCUSSÃO PAUTADA NA CONCEPÇÃO DE ÚLTIMA MORADA E
O BEM DE NATUREZA PÚBLICA

Monografia apresentada com exigência de
conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann

Coorientadora:

Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2020

VANESSA HONÓRIO DE OLIVEIRA

O TRATAMENTO DA IMPENHORABILIDADE DE JAZIGO NO DIREITO
BRASILEIRO: A DISCUSSÃO PAUTADA NA CONCEPÇÃO DE ÚLTIMA MORADA E
O BEM DE NATUREZA PÚBLICA

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Guilherme Kronenberg Hartmann – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Rodolfo Kronenberg Hartmann – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

A Márcia, Clebert, Rodolfo, meus maiores
amores.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sem sua presença em minha vida nada existira.

Ao professor e orientador Rodolfo Kronenberg Hartmann, por todas as simpáticas conversas e sábias orientações.

À professora e coorientadora Mônica C. F. Areal, por tanto carinho e dedicação a mim. Se tornou muito mais que minha professora. Ganhei uma amiga!

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, um sonho que se tornou realidade.

Aos meus pais, Márcia e Clebert, por todo apoio e dedicação para que um sonho fosse realizado; pelos dias de semana de saudade e finais de semana de reencontros calorosos; pelas longas conversas e sábios conselhos; pelas orações incessantes. Tudo o que sou, certamente devo a eles.

À minha amada tia Ana Lúcia Honório, que tão prematuramente nos deixou, enquanto eu desenvolvia a Monografia. Neste trabalho existe muito do que vivemos ao lado dela, das batalhas, da força e do amor que nos deixou.

Ao Rodolfo, meu noivo amado, pela paciência e compreensão em momentos de cansaço, apreensão e distância; pelo apoio incondicional em prol de um sonho.

A minha família da cidade de Resende, em especial meus avôs amados, que sempre seguraram a minha mão e me ensinaram a escolher os caminhos corretos. *In memoriam*, à minha princesa, Vó Hilka que, mesmo não estando presente, sempre me inspira.

A afilhadinha Ana Beatriz, pois mesmo pequena já me ensinou sobre a vida diversas vezes. Agradeço porque mesmo com as diversas ausências sempre me recebia com um abraço cheio de amor em nossos reencontros.

As Irmãs Ana Lúcia, Maria da Penha, Terezinha e noviça Lidiane, por tão carinhosamente me acolherem na cidade do Rio de Janeiro, por serem meus anjos da guarda no Pensionato Instituto Social Residence, minha morada favorita na Cidade Maravilhosa.

As amigas advogadas de Resende – RJ, Fabiana, Simone e Rachel por toda força e encorajamento, pelo companheirismo e momentos de amizade.

A João e Isabela, afilhados e amigos, que fizeram com que aquele sonho guardado de me tornar aluna EMERJ viesse a começar a se tornar realidade em minha vida, me indicando os caminhos e acreditando em meu potencial.

Aos professores UniFOA e Colégio Santa Ângela, pois sem os ensinamentos que recebi não realizaria um projeto tão especial e importante.

Aos professores e colegas de turma da EMERJ, que me faziam levantar todos os dias e seguir, mesmo que nem sempre sorrindo, mas sempre com esperança de um bom dia. Transformaram minha vida para sempre!

A todos os que, com palavras e atitudes, me ajudaram a chegar até aqui.

“Pois que me fizeste esse pedido e não pediste nem longa vida, nem riqueza, nem a morte de teus inimigos, mas sim inteligência para praticar a justiça.”

I Reis 3, 11

SÍNTESE

É ampla a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o que é alcançado pela impenhorabilidade de bens ante a necessidade de satisfação de uma dívida. Dentre essas divergências encontra-se a possibilidade de penhora ou de impenhorabilidade de jazigo. Há entendimento pela permissão e também, pela proibição, divergindo a doutrina. Os tribunais brasileiros, de uma forma geral, tendem a coibir a satisfação dos créditos mediante pedido de penhora de jazigos sob argumentos como, direito à última morada e extensão dos bens de família. O presente trabalho pretende discutir a morte e seus efeitos bem como os possíveis direitos *post mortem* à luz do direito civil brasileiro, perpassado pelos direitos da personalidade e reflexos destes percebidos por parentes, tudo, em conformidade com as decisões utilizadas para a impenhorabilidade de jazigo adotados nos tribunais brasileiros, especialmente Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito Funerário; Processo de Execução; Jazigo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DAS CONCEPÇÕES ACERCA DA MORTE	14
1.1. Breve histórico do pensamento humano sobre a morte	19
1.2. Conceito de morte através da discussão jusfilosofica	21
1.3. Do ciclo da vida	29
2. A MORTE DE ACORDO COM O DIREITO CIVIL BRASILEIRO E COM O DIREITO FUNERÁRIO	31
2.1. O início da personalidade para o código civil brasileiro	31
2.2. Direitos da personalidade	35
2.2.1. Breve histórico dos direitos da personalidade	35
2.2.2. Dos direitos da personalidade em espécie	38
2.2.3. Direitos da personalidade <i>post mortem</i> e a personalidade reflexa	44
2.3. Tratamento do evento morte e os efeitos jurídicos	52
3. O TRATAMENTO ACERCA DO DIREITO FUNERÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	65
3.1. Princípios norteadores do direito funerário	67
3.2. Da natureza jurídica dos jazigos	72
3.3. Sepulcrológica: espécies de sepulturas	73
3.4. Confronto do direito funerário com o decreto lei municipal 39.094/2014	78
3.4.1. Direito funerário no município do Rio de Janeiro	81
4. DA (IM)PENHORABILIDADE	86
4.1. Dos aspectos gerais da execução no processo civil brasileiro	86
4.1.1. Princípios e características essenciais à execução	89
4.1.2. Pressupostos da execução judicial	95
4.1.3. Competência no processo ou fase de execução	97
4.1.4. Da execução da obrigação de pagar	99
4.2. Da penhora e impenhorabilidade dos bens	106
4.3. O entendimento majoritário pela impenhorabilidade de jazigos nos tribunais brasileiros	116
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS	127

SIGLAS E ABREVIATURAS

CJF – Conselho da Justiça Federal

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

Nº – Número

P. – Página

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

A morte, além de surtir efeitos na vida civil e pessoal, surte efeitos também na esfera jurídica, encerrando-se a personalidade. Entretanto, em prol da dignidade da pessoa humana, existem direitos que repercutem no *post mortem*, protegendo a imagem, a integridade e a dignidade daquele que falece. Em uma escala reflexa, os parentes desse *de cuius* possui o direito de proteção às memórias da pessoa já falecida.

O presente trabalho pretende analisar especificamente o tratamento da impenhorabilidade de jazigo. Trazendo em seu corpo institutos complementares à discussão principal, qual seja, a divergência pautada na concepção de última morada ou de extensão do bem de família *versus* o bem de natureza pública, de acordo com o processo civil brasileiro e direito funerário.

Nos últimos anos, o Poder Judiciário viu-se diante de um confronto de princípios. Credores buscaram a máquina estatal para realizar o pedido de penhora de jazigos no processo de execução civil. Tal premissa surge da percepção que jazigos podem ter alto valor econômico ante ao material e obras de arte que possam envolvê-lo.

Seria realmente uma forma eficiente de quitação de dívidas do devedor que não possui outros meios de pagamento. No entanto, tal possibilidade desagua em possível afronta ao princípio da dignidade humana, quando existe nesse local, restos mortais.

Os tribunais vêm entendendo que é necessária a proibição de tal procedimento de penhora com fundamento de que o jazigo é entendido como bem de família, portanto, em regra, impenhorável. Em outro passo, esse procedimento não vem sendo aplicado no Judiciário brasileiro com base no direito a última morada.

Não há, ainda, decisão paradigma no âmbito dos Tribunais Superiores brasileiros. Enquanto diversos processos são ajuizados buscando a quitação da dívida com base nessa penhora.

Dessa maneira, há a necessidade de ponderação entre o direito do credor em ver seu crédito satisfeito, como fim primordial no processo de execução judicial, respeitando o princípio processual do desfecho único, *versus*, a extensão do bem de família e a preservação da memória do *de cuius* e, reflexamente, a dignidade dos familiares que ali encontram os restos mortais daqueles que não experimentam mais a vida terrena.

No primeiro capítulo em uma discussão jusfilosófica e histórica busca-se compreender o conceito de morte. Por ele demonstra-se que desde os romanos até os presentes dias, a morte perpassou por diversas concepções, iniciando como uma situação natural do ser humano até

um tema pouco discutido e pensado por gerar temor. No entanto, é previsível que o ser humano está destinado a enfrentar a morte em algum instante de sua vida. Basta, para tanto, estar vivo.

Além de conceitos históricos que norteiam o Direito como uma ciência que acompanha o desenvolvimento do ser humano e do convívio em sociedade, há que se discutir a concepção de morte para institutos fundamentais que estudam e explicam a vida humana como a medicina, psiquiatria e direito.

O segundo capítulo, deixando a discussão da morte em si, passa a analisá-la como instituto jurídico. A morte, como se sabe, produz efeitos sociais e jurídicos. Neste capítulo se adentra nos institutos de direito civil e direito funerário, de modo a analisar a natureza jurídica dos jazigos para os institutos envolvidos, o modo de aquisição dos jazigos, se são perpétuos ou bens de concessão e, ainda quais direitos fundamentais tutelam o tratamento do *de cujus* que se encontra sepultado neste local e de sua família, de maneira reflexa.

O terceiro capítulo visa apresentar o direito funerário e o seu tratamento no direito brasileiro. Parte-se da premissa, neste capítulo, de que o direito funerário é pouco explorado pelo direito brasileiro, possuindo apenas uma obra aprofundada estudando o tema. Justamente pela questão de ser a morte um assunto em que se foge enfrentamento, são poucos os que veem a morte também como um instituto jurídico.

No mesmo tom soa a morte para o direito civil brasileiro em que encontram-se estudos mais aprofundados com relação a execução dos jazigos e não propriamente quanto à morte, mais uma vez tentando ser evitado o assunto, inclusive como instituto.

No quarto e último capítulo busca-se desdobrar o instituto da execução, bem como o que a doutrina e jurisprudência têm adotado para fundamentar a (im)penhorabilidade de jazigos. Trazendo a atual posição dos tribunais brasileiros e a fundamentação nas decisões, predominantemente, pela impenhorabilidade. Esta pautada na proteção ao bem de família e no direito a última morada.

Demonstrando, por fim, que tais decisões ultrapassam a esfera de proteção do bem adentrando nos direitos *post mortem* do de cujus que se encontra repousando no jazigo refletindo no direito da personalidade da família desse falecido.

A pesquisa tem como objetivo primordial a exploração do entendimento acerca do tema, com leitura de conteúdos encontrados através de pesquisas meramente acadêmicas e organização do que for pertinente à elaboração e conclusão do trabalho.

Para tanto, metodologicamente, será desenvolvida uma abordagem qualitativa, trabalhando com conteúdo trazido por doutrinas reconhecidas e decisões dos tribunais

brasileiros, tendo-se em vista se tratar de um tema ainda sem uma resolução paradigma. Segue-se tal linha de pesquisa entendendo ser a maneira mais correta de abordagem com o fim de confirmar a tese elaborada.

1. DAS CONCEPÇÕES ACERCA DA MORTE

Ao se tratar do instituto “morte” as premissas a serem feitas são de que o ser humano é um ser finito e, apenas o homem possui a consciência do fenômeno morte. Apenas ele sofre aguardando ou, ao menos pensando em sua data.

O ser humano possui tamanha singularidade neste assunto que, até mesmo o modo de se falecer ocorre das mais diversas maneiras, bastando para isso apenas estar vivo. Nas palavras de Magda El Hosn¹, especialista em Direito Funerário:

O homem é o único ser que sabe que vai morrer e a morte fascina, pela sua condição de inevitabilidade ou pela indiscutível impotência que o domina diante do momento derradeiro. Essa consequência da morte, proveniente da racionalidade do homem, é umas das características que o distingue dos demais seres vivos.

A morte não é representada por apenas um conceito e um sentimento, os mais diversos povos, das mais diversas épocas sociais alteram constantemente essas concepções. Na atualidade, há povos que enxergam a morte como temor constante, fazendo com que os demais problemas experimentados sejam meros acessórios. Se contrapondo, há povos que festejam a chegada da morte.

Entre os brasileiros, a morte é extremamente temida. Pode-se observar tal constatação, inclusive, pelo simples fato de que não é cultura a realização de testamentos que organizem os direitos dos herdeiros.

O Judiciário brasileiro, bem como os cartórios extrajudiciais observam vultuosos números de inventários o que, *in fine*, significa que os brasileiros preferem não mencionar tal assunto, deixando à sorte quando de fato o fenômeno natural ocorre.

Magda El Hosn² discorre que:

Segundo o paradigma cartesiano a morte se constitui no oposto da vida. Por isso, torna-se um fenômeno aterrorizante, repulsivo e desconhecido para a espécie humana, que exulta instintivamente a vida. Dor e medo são os sentimentos básicos predominantes nesta relação com a morte. Mas a morte é um processo biológico natural e necessário. Falar que a morte é o contrário da vida não é correto. A morte é condição para a sobrevivência da espécie em futuras gerações e, assim, a vida se alimenta e se renova. Dessa maneira, a morte ao negar a vida torna-se um artifício da natureza para torná-la possível.

¹ EL HOSN, Magda Abou. *O direito de sepultar e as consequências no Mundo Jurídico (Jus Sepulchri)*. Belém: GTR, 2014, p. 28.

² *Ibid.*, p. 26 e 27.

Aos olhos humanos o instituto morte não representa assunto agradável, gera total desconforto e medo do desconhecido. O homem é fadado a viver de certezas, de procurar o absoluto. No entanto, encontra na morte algo inexplicável.

Das mais diversas formas, busca-se a explicação de como é morrer e o que acontece após este fenômeno. Nessa busca incessante, o ser humano criou, inclusive, a figura divina, ser supremo e acima de todos os valores humanos.

Ante a figura divina, a morte torna-se instrumento de salvação. A alma é salva pelo Ser supremo quando da sua morte e se a vida é praticada segundo as suas leis, esse homem que não mais vive fisicamente, viver agora, na eternidade. Por outro lado, não agindo com retidão, esta alma será castigada.

Através dessas concepções da alma, o homem se espelha para conformar-se em viver a vida como deveria ou não. É uma forma de amenizar o desconhecido, de dar sentido a uma situação que encerra sua própria existência, sem uma explicação em concreto.

No entanto, mesmo com a fé possível de experimentar, a morte ainda é um enigma amedrontador. É preciso distinguir dois temores: a própria morte, de não saber o que se passa após a sua ocorrência e o medo de deixar de existir fisicamente.

O ser humano vive em sociedade buscando sempre a superação. Muitas vezes não apenas para seu bel prazer, mas para ter visibilidade social. A morte, portanto, é o encerrar dessa possibilidade, é o encerrar da existência, é o encerrar de buscas de horizontes.

O filósofo Kujawski traz questionamentos negativos sobre a morte. Em seu entender, a própria vida perde seu sentido quando se constata que um dia haverá seu fim.

O autor discorre que a morte está entranhada na vida, pois, como já dito, é a única certeza que o ser humano possui³:

[...] Se estou destinado a morrer um dia, e a vida termina pela negação de si mesma, que sentido pode ter o esforço de realizar meu projeto, minha vocação, imprimindo nexos a tudo o que faço? Se caminho a passos largos para o nada, se o abismo me espera no fim do itinerário, todo meu esforço e o tudo o que resulta dele não fica invalidado? A vida não faz sentido, não passa de um frágil castelo de areia a espera de desfazer-se a qualquer hora.

José Renato Nalini, por sua vez, enfrenta essa visão trazida por Kujawski, explicando que a morte faz parte da vida e essa percepção não impede o ser humano de passar pela vida terrena da melhor forma. Veja-se⁴:

³ KUJAWSKI apud NALINI, José Renato. *Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a morte: Pronto para partir?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

A partir dessa concepção de morte como ideia que a tudo impregna, poder-se-ia estimular a inércia ou o mergulho na insensatez. Nada faz sentido se a única realidade é a morte. Não é assim. As razões da vida são mais fortes do que as razões da morte e prevalecem sobre estas porque a realidade radical é a minha vida. A morte sobrevém no plano da minha vida, e o alcance da minha vida é maior do que a presença da morte.

Em outra vertente, na sociedade atual a cada dia escuta-se mais as pessoas dizendo que o tempo está corrido, que o dia não parece ter vinte e quatro horas. A vida tem sido uma sequência de compromissos e tarefas intermináveis. Não permitindo que se pense em parar, muito menos em um “parar” definitivo. Acerca desta reflexão, Christiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵:

A vida na sociedade atual, tão atarefada, dinâmica e cheia de (novas) urgências, vem, desde há muito, impedindo determinadas programações, descanso e, até mesmo, tempo para respirar. Por falar nisso, costumeiramente, somente quando do término das funções de nosso sistema respiratório – ou a ameaça de que isso aconteça – é que nos permitimos refletir sobre nossas atitudes e, também, fazer o questionamento de “onde queremos chegar com essa correria toda”. Passamos a vida querendo crescer e ter e, muitas vezes, tardiamente verificamos que o melhor seria ser e conviver. Sábios são aqueles que conseguem compreender a riqueza do porquê de o momento atual se denominar “presente”. Não há como fugir: a existência passa pelo nascer, desenvolver e morrer. [...]

A percepção de que vinte e quatro horas de um dia não são suficientes para o esgotamento de todos os afazeres faz parte da constante busca pelo crescimento pessoal, e, também, pela necessidade de aceitação e reconhecimento social. El Hosn⁶ explica:

Pensa-se na morte e, como não poderia deixar de ser, acompanhada de sentimentos dolorosos. Essa é a dor psíquica, naturalmente movida por sentimentos de tristeza, de finitude e de medo. Para a espécie humana essa dor pode ser considerada fisiológica, mas a sua duração, intensidade e resolução são variáveis dependentes, muito provavelmente, de como a pessoa experimentou a vida. Há um ditado popular que diz: “teme mais a morte quem mais temeu a vida”.

Raros e felizes são os seres humanos que conseguem perceber, em tempo, à riqueza da vida e a aceitam, de forma natural, a constatação de que todos irão morrer em um determinado momento.

Estes saberão aproveitar melhor o tempo que é proporcionado para uma vida duradoura e prazerosa. Não, necessariamente, abdicando de seus afazeres diários, mas os

⁴ NALINI, op. cit., 2011, p. 21.

⁵ FARIAS, Christiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. V. 7 São Paulo: Atlas, 2015, p. XXXI.

⁶ EL HOSN, op. cit., p. 27.

realizando com uma visão voltada para o que é natural e inevitável: nascer, crescer, envelhecer e morrer.

Em alguns casos, esse ciclo não chega a se realizar por completo, pois a morte se antecipa.

Como se observa, a morte pode ser torturante para aqueles que vivem seus dias apenas por viver. Preocupados com suas metas e percebendo, por mais que não deseje, que isso tudo um dia irá se encerrar, talvez em um vazio existencial. Ou, natural, para aqueles que compreendem que faz parte do ser humano e do ciclo da vida. A questão perpassa pelo caminho escolhido para se trilhar durante a vida!

Nas palavras novamente de Magda El Hosn⁷:

Falar da morte, entender como ela é tratada no mundo inteiro, precisa deixar de ser um assunto depressivo ou macabro, sobretudo porque ajuda na compreensão de outros mecanismos da sociedade humana e conduz à conscientização do verdadeiro valor da vida, fazendo-a mais significativa.

Para morrer basta estar vivo! No entanto, esta certeza, deveria levar à reflexão e mudança de paradigma de um fardo para a percepção que a vida pode valer muito a pena, de modo a não se arrepender quando os momentos finais de sua história se aproximarem.

Santo Agostinho⁸, em seus escritos entendeu a morte com leveza:

A morte não é nada. Eu somente passei para o outro lado do Caminho. Eu sou eu, vocês são vocês. O que eu era para vocês, eu continuarei sendo. Me dêem o nome que vocês sempre me deram, falem comigo como vocês sempre fizeram. Vocês continuam vivendo no mundo das criaturas, eu estou vivendo no mundo do Criador. Não utilizem um tom solene ou triste, continuem a rir daquilo que nos fazia rir juntos. Rezem, sorriam, pensem em mim. Rezem por mim. Que meu nome seja pronunciado como sempre foi, sem ênfase de nenhum tipo. Sem nenhum traço de sombra ou tristeza. A vida significa tudo o que ela sempre significou, o fio não foi cortado. Porque eu estaria fora de seus pensamentos, agora que estou apenas fora de suas vistas? Eu não estou longe, apenas estou do outro lado do Caminho. Você que aí ficou, siga em frente, a vida continua, linda e bela como sempre foi.

Como é possível de observar, em seus escritos, Santo Agostinho leva a refletir a morte dentro de uma concepção de uma passagem da alma para o eterno e, essa mesma alma indica como aqueles que ficaram na vida terrena devem proceder com a sua partida.

⁷ Ibid., p. 25 e 26.

⁸ SANTO AGOSTINHO. *A morte não é nada*. Disponível em: < <https://www.padrereginaldomanzotti.org.br/artigo/a-morte-nao-e-nada-santo-agostinho/> >. Acesso em: 16 set. 2019.

A obscuridade da morte leva ao anseio de consolo. O medo do desconhecido leva a busca de pensamento positivo a justificar o que ocorrerá no *post mortem*. Observe-se que, ante as palavras de Santo Agostinho e aos pensamentos elencados acima, a preocupação do ser humano não é exatamente com o evento morte, e sim, com o que se ocorrerá após.

Justino da Silva⁹ apresenta outra visão do que vem a ser a morte:

[...] com a morte extingue-se a personalidade jurídica. Correto; entretanto, isto não implica em extinção radical do *homem*. Sendo um *ser-para-a-salvação*, não desaparece com a morte. Desaparece a sua máscara, a sua participação social, o papel que desempenha. Permanece o seu espírito, que empiricamente permanece representado pelo corpo inanimado. Daí o respeito que se refere ao mesmo. Não é à pessoa essa deferência, mas ao homem que ali habitou. Respeitar-se o cadáver é, em última análise, respeitar o espírito, a essência de um homem que deixou de representar um papel social.

Observa-se que o doutrinador, define a morte não puro e simplesmente como a extinção da personalidade jurídica. É algo muito mais profundo. É o “ceifar” de um corpo físico, mas a permanência do *de cuius* como um ser inanimado. Por conta dessa constante presença espiritual e em prol das memórias sociais deixadas pelo falecido, deve-se respeitá-lo eternamente.

Em outro aspecto, como Santo Agostinho bem explica em seu pensamento elencado neste Capítulo, a morte afeta não somente aquele que deixa de existir. Ele, antes de qualquer concepção é um ser social e familiar. Sua perda é irreparável nos núcleos em que fez parte durante toda a sua existência.

Justino¹⁰ sabiamente complementa o que diz Santo Agostinho, “[...] além disso, é necessário preservar-se a imagem do falecido, disciplinando-se a maneira como os vivos se comportam em relação a eles. Honrar os mortos preservando a sua memória, sem causar danos aos vivos [...]”.

A dor daqueles que encontraram sentido em suas próprias vidas através do ente que se foi, por muitas vezes é interminável e incessante, podendo levar, inclusive, ao adoecimento e desejo da própria morte. Portanto, o respeito ora mencionado não é devido apenas pelo próprio *de cuius*, mas também por aqueles que o estimam.

⁹ DA SILVA, Justino Adriano Farias. *Tratado de direito funerário*, v.1. São Paulo: Método, 2000, p. XLIV.

¹⁰ *Ibid.*, p. XLV.

1.1. Breve histórico do pensamento humano sobre a morte

A morte nem sempre constituiu assunto socialmente relevante. Na antiguidade, por exemplo, os povos pouco escreviam ou relatavam sobre este instituto e seu tratamento legislativo. Tal fenômeno possui explicação histórica. Poucos possuíam acesso a um enterro digno, prevalecendo, por muitas vezes a condição social do falecido e sua família. São apenas os registros de sepultamentos, estudados através da arqueologia, que são encontrados para registros históricos¹¹:

[...] Na antiguidade, pouco se escrevia e legislava, mas também porque só uma minoria tinha acesso a tais registros. Por essas e outras razões, é preciso recorrer a fontes ditas auxiliares, principalmente os dados arqueológicos, os registros que maiores informações nos trazem sobre as sociedades desaparecidas.

Em se tratando de pré-história, explica Sigmund Freud em seus estudos, que a morte significava algo grave, no entanto, ignorada pelo ser humano que vivia em seu estado natural, de selvageria.

Esses primeiros povos percebiam a morte em duas vertentes. Quanto à sua própria morte, a ignorava, não por receio, mas por desprovemento de conhecimento racional. No entanto, em uma segunda vertente, projetando-se a morte a um terceiro, não havia objeção, exceto em se tratando daqueles que pertenciam a seu convívio. Inclusive, era comum aniquilar inimigos e caçar animais para manter sua subsistência. Tratava-se da Era da luta pela sobrevivência¹²:

Para a criatura humana pré-histórica, a morte era fato grave, sério e, ao mesmo tempo ignorado. Muito distinta a consideração devotada à morte alheia e à própria. À primeira, não opunha objeção alguma. Tanto que aniquilava o inimigo. Era ser impulsivo, mais cruel e maligno do que outros animais. Tinha prazer em matar e isso era coisa natural. O homem nunca evidenciou o instinto constatável em outros animais, que os impede de matar e devorar a própria espécie.

Como dito brevemente, o ser primitivo apenas sofria concretamente com a morte quando alcançava pessoas de seu convívio.

Neste momento, como forma de consolo, o homem dividiu o ser humano em duas partes, a material e a imaterial.

¹¹ DA SILVA, op. cit., p. L.

¹² NALINI, op. cit., p. 40.

A parte material, o corpo deveria definhar-se, no entanto, como consolo entendia-se que esse homem possuía alma, forma encontrada para sentir aquele que partiu ainda próximo espiritualmente¹³:

[...] Ele já não podia simplesmente ignorar a morte, porque ela chegara muito próxima, ao vitimar o ser amado. Mas ainda estava suficientemente longe para não senti-la como fenômeno pessoal. Foi ao lado do cadáver do ser querido que ele inventou os espíritos. As modificações físicas acarretadas pela morte lhe sugeriram a divisão do indivíduo em corpo e alma [...].

Em uma segunda instância, era o modo encontrado para não associar a morte como o fim da vida, mas apenas como a preparação para que ela começasse em outro plano.

Na antiguidade a morte era cultuada. Os romanos construía suas casas ao lado das tumbas que se encontravam os restos mortais de seus entes. Entre os Egípcios era costume, cultivar os corpos preservando-os.

No entanto, somente obtinham esse privilégio aqueles indivíduos com alta relevância social, os Faraós. Tratava-se de um procedimento de alto custo e eficiência, de modo que, na atualidade ainda é possível encontrar múmias em exposição nas mais diversos do mundo.

A mumificação possuía como objetivo principal manter o corpo daquele que faleceu intacto de forma a o ajudar na passagem para a dimensão espiritual.

O processo de mumificação pode ocorrer não apenas por ação do homem, mas por ação da própria natureza. Existem elementos naturais que podem conservar o corpo humano intacto, ou quase em perfeito estado após a ocorrência de sua morte. A exemplo dessa espécie de mumificação encontra-se o gelo.

Aquele que falece em local de extremo frio, com formação de gelo pode ter seu corpo preservado por anos a fio¹⁴: “[...] há também o fenômeno natural das múmias “espontâneas”, registrado em várias partes do mundo, cuja formação é produto da composição do solo, ou de outras características ambientais, como a neve ou acidez da terra”.

Povos que encontravam em sua cultura o misticismo, como os egípcios e os africanos enterravam seus entes em um tronco de árvore de nome “boabá”, pois temiam o que os mortos poderiam fazer após a realização de sua passagem com os que sobreviviam.

Em uma cultura diferente, o México festeja seus mortos com “*el día de los muertos*”. Celebrado todo dia 2 de novembro, é uma data reservada para relembrar os entes que já são falecidos. Montam-se altares públicos com objetos de feição do falecido, flores, cartas escritas

¹³ Ibid., p. 41.

¹⁴ EL HOSN, op. cit., p. 29.

pelos familiares e amigos, além, do “*pan de muerto*”, um pão confeccionado pelos mexicanos em forma de caveira, distribuído entre as crianças locais.

Acreditam os mexicanos, desde o período pré-colombiano, que, nesta data em que celebram os mortos, os próprios retornam do outro mundo para terem com os parentes ainda vivos. Portanto, devem encontrar os locais ornamentados e com homenagens em suas memórias¹⁵:

Onde eu moro, perto do México, o dia dos mortos – “*el día de los muertos*” – é uma ocasião especial, porque tantas pessoas de San Antonio são ou mexicanas ou de origem mexicana. Em cada casa da família, para o dia 2 de novembro, se monta um altar, no qual são homenageados os mortos da família. Também em alguns lugares públicos tais altares são montados, homenagens são feitas, em uma maneira de manter viva a tradição. Além das fotos dos finados, estes altares contêm o “*pan de muerto*” – um tipo de rosca doce que pode ser feita em forma de caveira. (...); (...) Este costume, que vem dos tempos dos pré-colombianos, indica que neste dia as almas dos parentes visitam a terra, especialmente a cada da sua família, e assim têm a ocasião de passar tempo com os parentes, matando a saudades, escutando as novidades [...].

Passando ao Brasil, todo dia 2 de novembro constitui feriado nacional, “dia de finados”, data em que se lembra com pesar daqueles que faleceram, diferentemente da cultura mexicana voltada para a celebração da lembrança dos entes.

1.2. Conceito de morte através da discussão jusfilosófica

Desde os primórdios o homem possui conhecimento da morte, seja de forma instintiva, se protegendo, seja de forma consciente, se afastando de tudo o que possa relacionar-se a esse tema. O homem se concentra apenas em sua autoconservação e de sua espécie.

Na época das cavernas se defendia de predadores, sem apresentar qualquer característica de culpa ao dizimá-lo. Com o passar dos séculos, o homem passou a se organizar em sociedade e a estipular regras de conduta social, impedindo que se realizasse justiça com as “próprias mãos” ou que repelisse seu inimigo.

No entanto, mesmo havendo limites para a convivência em sociedade, não são poucas as vezes que se deseja a morte de seu semelhante, que se visualize atitudes ríspidas ou mesmo homicídios consumados. Revelando-se verdadeira dualidade entre o temor pela morte e a naturalização de mortes que deveriam ser evitadas.

¹⁵ BUENO apud EL HOSN, op. cit., p. 31.

Neste sentido, Nalini salienta que “somos os mesmos animais primitivos, atormentados pelas mesmas angústias e premidos pelos medos idênticos. Dos quais o medo da morte não é o menor, nem o menos relevante.”.¹⁶

Com o desenvolver humano, começou-se a estudar a morte através da religião e da ciência. A religião vem a auxiliar no entendimento e aceitação de seu destino natural. Por outro lado, a ciência respalda a tentativa de longevidade da existência humana¹⁷:

A sociedade ocidental rejeita a morte procurando constantemente vencê-la e, para isso, baseia sua crença no desenvolvimento das ciências. A tentativa de vencer ou, no mínimo, contornar a morte é pretendida com relativo sucesso pela medicina moderna.

Ultrapassa-se a percepção da morte como mero fato social, entendendo a morte como ato praticado pelo homem.

No entender de Justino da Silva, o homem possui duas vertentes, a animal, do extinto e, a cultural, que o pondera. Determina-se a equidade entre o “quere ser” com o “dever ser”. Seu lado extintivo, por muitas vezes é dosado por seu lado cultural.

Quando se trata de mundo cultural deve-se ter em mente que se trata do próprio convívio social, pautado em regras de cunho moral, jurídico e etc. Vive-se em um mundo de comparação de comportamento do chamado homem médio. Cada pessoa, em seu íntimo, observa as condutas praticadas socialmente, as avalia de acordo com toda a carga de aprendizado que acumula ao longo da vida e a valora como útil ou não para seu convívio social.

Justino, dentro dessa concepção de convívio cultural explica que o ser humano criou a fé. Existe para o homem um ser Supremo, intocável, invisível, mas presente em todo e qualquer lugar, inclusive na hora da morte¹⁸:

[...] habitando dois mundos, não se sente realizado plenamente em nenhum deles. Ora age como ser cultural, ora como ser animal. (...) não se adapta totalmente ao ambiente natural, tendo de recorrer ao mundo cultural para construir seu nicho habitacional. Com isso, não deixa de ser animal, pois passa a conviver em dois mundos distintos: o natural e o cultural. (...) a construção de seu mundo cultural assenta-se em valores morais, estéticos, jurídicos etc. Está sempre avaliando (...); apanha certos referenciais e a partir deles, aprecia os demais que lhe aparecem (...); (...) Nessa estrutura axiológica, alguns valores se sobrepõem a outros até chegar a um valor Absoluto, fonte de todos os outros valores e em torno do qual todos os

¹⁶ NALINI, op. cit., 45.

¹⁷ EL HOSN, op. cit., p. 27.

¹⁸ DA SILVA, op. cit., p. 2-3.

outros se existem. Conclui racionalmente (ou pela fé), pela existência de um Ser Supremo, fonte de todos os valores – Deus. [...]

Aos cristãos, independentemente de sua profissão de fé, a morte é vista como uma passagem do terreno para o eterno. É o exato momento em que o a alma se desvincula da carne e habita o altíssimo ou, dependendo da doutrina que se adota, momento de renascimento em uma outra carne, em vidas futuras ou passadas.

Diz o livro do Eclesiaste¹⁹: “[...] que o pó, diz o Eclesiaste, volte para a terra, de onde foi tirado, e que o espírito retorne a Deus, que o havia dado.”.

A religião busca explicar a morte aproximando a criatura de seu Criador. A morte deve ser tratada com naturalidade, como designo da própria vida. Todo aquele vindo de Adão irá passar pela morte, consequência do pecado original.

A naturalidade com que trata a religião é possível entender que a morte nada mais representa que o desligamento da alma do corpo e o fim de sofrimentos, angústias, com o intuito de existir apenas a verdadeira paz, a vida eterna.

Sobre isso, São Tomás de Aquino²⁰ explica:

[...] A imortalidade do composto humano resulta de uma graça de Deus e se compreende que a desobediência à lei divina, rompendo a união espiritual do homem com Deus, gerou a submissão humana à morte, como o Criador preveniria nossos primeiros pais. A imortalidade é obra de Deus, a morte é obra do homem.

Quando se trata do Cristianismo, há a concepção de que a morte ocorre apenas uma vez. A ressurreição dos santos, por sua natureza milagrosa, escapa ao entendimento e aproximação humana.

Em outra vertente, o Direito compreende a morte como o encerramento da personalidade jurídica. Segundo os juristas Nelson Rosenvald e Christiano Chaves²¹: “[...] de qualquer forma, o efeito jurídico principal da morte é a cessação da personalidade e, naturalmente, dos direitos da personalidade. Todavia, outros importantes efeitos no âmbito da ciência jurídica também são produzidos pela morte.”.

No entanto, o Direito por si só não é capaz de comprovar a morte e, neste momento, lança mão da ajuda da medicina.

É a constatação médica capaz de atestar o encerramento de atividade cerebral naquele corpo, consubstanciando a morte. Somente através de atestado de óbito haverá efeitos na

¹⁹ BON apud NALINI, op. cit., p. 74.

²⁰ Ibid., p. 75.

²¹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 306.

esfera jurídica do de cujus, seus herdeiros e aqueles com os quais possuía alguma relação patrimonial²²:

De fato, o acolhimento do critério de morte encefálica impõe a participação direta do médico para a comprovação do óbito, o que não está, a toda evidência, ao alcance da ciência do Direito, dizendo respeito aos domínios da Medicina. Assim, somente após a declaração médica é que será possível lavrar a certidão de óbito, no cartório do registro civil competente.

A medicina entende a morte como um ato complexo, de difícil constatação. Estabelece, no entanto, como marco, o momento em que cessam as atividades cerebrais. Não é possível constatar a morte apenas pela parada do coração, pois não são raros os casos em que se permanecem os movimentos cardiorrespiratórios por algum tempo, no entanto, não são suficientes para que o corpo humano continue a funcionar. A atividade cerebral comanda todo o organismo. Sem a sua percepção não há possibilidade de vida.

O Dr. Drauzio Varella cita, inclusive, que alguns órgãos possuem maior resistência que o cérebro, permanecendo em funcionamento por mais que cinco minutos, após o encerramento da atividade respiratória. Contudo, enfatiza que, sem atividade cerebral em definitivo é inviável a vida humana. Leia-se²³:

A morte acontece num instante arbitrário que depende da cultura e da tecnologia disponível. Definir um momento exato para a ocorrência da morte não é conceito indiscutível, mas preocupação característica da cultura ocidental. De fato, privado de oxigênio por quatro ou cinco minutos, nosso cérebro costuma sofrer danos irreversíveis. Mas outros órgãos são bem mais resistentes à anóxia. O coração é um deles – capaz de bater por muitos minutos depois que a última molécula de oxigênio fugiu dos pulmões e até fora do corpo quando retirado cirurgicamente. (...) o conceito de morte evoluiu do último suspiro para uma hierarquia de valores na qual certas atividades do sistema nervoso central valem mais do que todas as outras do organismo. São atividades essenciais para caracterizar a condição humana. Na ausência delas, admitimos extinta a vida, mesmo que os outros órgãos continuem saudáveis.

Nalini ²⁴, complementa o Dr. Drauzio quanto ao entendimento de término da vida com a morte encefálica comprovada: “[...] esta não é comprovada apenas pelo médico que acompanha o paciente, mas por uma junta. Exames médicos são exigidos (...); (...) A morte encefálica passa a ser considerada como parâmetro confiável [...]”.

²² Ibid., p. 307.

²³ VARELLA, Drauzio. *O momento da morte*. Disponível em: < drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/o-momento-da-morte-artigo/>. Acesso em: 11 nov. 2019.

²⁴ NALINI, op. cit., 2011, p. 24.

Acrescenta-se²⁵: “[...] propicia a eficiência do transplante de órgãos. A pessoa ainda tem atividade biológica, mas não encefálica. Por conta disso, mantidas artificialmente estas atividades, permite-se a realização do transplante.”.

No ramo da medicina, onde se implanta a atual ideia de que a morte é uma “doença” em fase de pesquisas quanto à cura, há que se observar que o corpo já sem vida servirá, por diversas vezes, como fonte de estudo, se desvendando o funcionamento do corpo humano e, desenvolvendo a cura das mais diversas doenças. Evitando-se, de alguma forma, a tão temida morte. Justino da Silva²⁶, explica:

[...] A utilização do corpo humano após a morte, no campo das atividades científicas e terapêuticas do homem, como em outros domínios de sua ação, é um fenômeno natural, legítimo, em si e útil, como fator indispensável ao progresso científico e bem-estar da sociedade, mas sob a condição de manter dentro de certos limites e não ficar entregue, exclusivamente, ao instituto natural que move o homem à conquista de proveitos e vantagens sempre maiores. [...]

Há que se observar, no entanto, que a atividade da medicina é de meio, e não de resultado. Ou seja, o profissional na área de medicina, tanto nos estudos científicos quanto na prática, deve desempenhar suas funções da melhor maneira possível, em busca do fim primordial, a cura. Porém, não tem total certeza de que salvará uma vida, tendo-se em vista que o corpo humano poderá reagir de forma diversa ao esperado²⁷:

Todavia, a morte é inevitável. Por isso a medicina é uma *atividade* de meio, não de resultado. O profissional da saúde se propõe a oferecer o máximo de seu conhecimento, de seu desempenho, esforço e talento para curar o enfermo. Não pode prometer êxito ao final do trabalho.

Une-se a essa responsabilidade de meio, a questão que vem à tona em toda a discussão, a morte é algo inevitável nos dias atuais. Portanto, enfatiza-se que a medicina vem para auxiliar na descoberta de doenças, em tratamentos de avançada tecnologia, aumentando a expectativa de vida e tornando a morte algo cada vez mais distante, embora inevitável.

Justino²⁸ destaca, ainda, em sua obra que, o uso do corpo humano não deve ocorrer de forma desmedida, há limites a serem respeitados como os direitos personalíssimos daquele que faleceu, cujo corpo servirá de aparato científico, bem como o respeito à família e àqueles que conviveram com aquela pessoa:

²⁵ Ibid., p. 24.

²⁶ DA SILVA, op. cit., 2002, p. XLVII.

²⁷ NALINI, op. cit., 2011, p. 23-24.

²⁸ Ibid., p. XLVII - XLVIII

[...] A livre destinação do corpo humano após a morte encontra, assim, os seus limites, primeiro, nos direitos personalíssimos do falecido, depois, nos deveres dos familiares para com a memória de seus antepassados, e, finalmente, nos deveres de respeito, culto e recordação que a sociedade deve cultivar para com seus membros já falecidos. [...]

José Renato Nalini afirma que a medicina não deve trabalhar o conceito morte de maneira solitária. Deve caminhar de mãos dadas com a religião, para que o ser humano seja capaz de suportar a morte.

Ao analisarem a morte, mais que um conceito de encerramento de uma vida, passam pela percepção de que existe um caminho antes que ela ocorra. Para esses ramos, a melhor forma de se encerrar o ciclo da vida é a constatação de que essa própria vida obteve qualidade e o máximo de longevidade.

O mencionado autor²⁹ diz: “ciência e religião devem se complementar para que o ser humano, atormentado com a ideia da morte, possa conferir ao período que lhe é reservado viver o máximo de qualidade que sua vontade e suas circunstâncias permitirem.”.

Contrapondo-se ao conceito médico, a psicanálise desconstrói a concepção de que a morte pode ser explicada através dos laboratórios e pesquisas no corpo humano. Para essa área, entende-se que a morte é algo sobrenatural.

Segundo a concepção psicanalista, os conhecimentos nessa área servem para que o indivíduo saiba lidar com o sentimento de que a presença da morte significa uma ameaça concreta de um futuro desaparecimento, sob a ótica de um paciente e, para amigos e familiares, uma forma de saber lidar com a perda daquele que se estima e continuar a encontrar sentido em sua própria vida. Nalini, neste sentido³⁰:

A medicina da mente se propõe a auxiliar o trato com a morte. Pessoas que se desarvoram ante a partida de alguém querido dela se servem para reencontrar o prumo. Existe ainda a psicanálise como auxílio ao enfermo terminal e aos que trabalham com ele. Não é missão facilitada servir àquele a quem a vida já fez chegar o aviso prévio.

Estudos na área da psicanálise apontam que nem sempre a morte foi vista como algo amedrontador. Nos primórdios, a morte era uma necessidade para a própria vida. Tinha-se a percepção de que o ser humano estava em eterna dívida para com a natureza, quitando-a com a morte. Era uma consequência necessária do próprio ser humano.

²⁹ NALINI, op. cit., 2011, p. 17.

³⁰ Ibid., p. 36.

Na atualidade, este conceito persiste em algumas culturas, no entanto, o homem de uma forma geral, tende a repelir qualquer cogitação quando o assunto é o falecimento.

Sigmund Freud, considerado por estudiosos como o “pai” da psicanálise, aprofundou seus estudos sobre o comportamento humano perante a morte. Conclui que o homem se convence que a morte é um fato distante de sua realidade, chegando à convicção de ser imortal.

Freud expõe que, o homem não vislumbra tal fato em sua própria vida, nega esse acontecimento. Imagina-se como mero expectador, observando a morte dos que estão ao seu redor, contudo, sem procurar refletir sobre o evento em seu próprio existir. Mantendo a certeza da morte apenas em seu subconsciente de forma velada.

Freud³¹ descreve tal comportamento:

[...] Por ser impossível imaginar a própria morte. Ainda que se tente visualizar, a postura é sempre de um espectador. “Por isso, a escola da psicanalítica pode aventurar-se a afirmar que no fundo ninguém crê em sua própria morte, ou, dizendo a mesma coisa de outra maneira, que no inconsciente cada um de nós está convencido de sua própria imortalidade.

Em raciocínio consequente, Freud explica que, se o homem busca manter o sentimento da morte o mais distante possível, chegando a fazer-se acreditar na imortalidade, quanto à seus entes queridos não é diferente.

Nas palavras do “pai” da psicanálise³²: “se a própria morte é insuscetível de cogitação, a morte das pessoas amadas também se procura banir da consciência. O que não impede que ela venha a ocorrer. Quando isso acontece, verifica-se um complexo colapso.”

O ser humano, apesar de visualizar no próximo a ocorrência da morte, quando se vê diante da morte de uma pessoa querida desenvolve o sentimento de luto, de que uma parte sua partiu com aquele que faleceu³³: “nossas esperanças, nossos desejos e nossos prazeres jazem no túmulo com essa pessoa, nada nos consola, nada preenche o vazio deixado pelo ente perdido.”.

Na ciência filosófica, busca-se compreender a morrer da maneira menos aterrorizante possível.

Para os estudiosos do ramo, a morte é trata com o que se chama de “discurso da felicidade”. A morte faz parte do ciclo da vida, ela encerra um ciclo de uma vida bem vivida.

³¹ SIGMUND apud ibid., p. 37.

³² Ibid.

³³ SIGMUND apud ibid.

O filósofo Pitágoras e seus seguidores entendia a morte semelhante aos pré-históricos. Para o estudioso, a morte não era o fim da vida. O ser humano era composto de corpo e alma. O corpo morreria de fato, enquanto a alma vagaria em um período de três mil anos em outros animais, de forma a voltar ao corpo humano após esse período, repetindo o ciclo após novamente passar pela morte³⁴:

Para Pitágoras, a alma não morria com o corpo, mas migrava para algum outro lugar, talvez para um animal de outra espécie. Alguns pitagóricos desenvolveram essa regra transformando-a na crença em um ciclo cósmico de três mil anos: uma alma humana, após a morte [do corpo] entraria, morte após morte, em todo o tipo de criatura da terra, do mar ou do ar, para finalmente retornar a um corpo humano a fim de que o ciclo tornasse a se repetir.

Santo Agostinho³⁵, um dos grandes filósofos dos primeiros séculos do cristianismo, explica que a morte é necessária, pois: “o pecado de Adão converteu o ser humano em animal mortal”.

Sua concepção do pós-morte irá depender de como foram as condutas daquele que faleceu. Caso passe pela vida praticando aquilo que se conceitua como “o bem”, como aquele que vive segundo as leis de Deus, a, será recebido após a morte pelo “anjo bom”. Por outro lado, àqueles que não buscaram estar na luz, restará a punição ao lado dos “anjos maus”.

Nas exatas palavras de Santo Agostinho³⁶:

A morte é a sorte comum de todos os humanos. Mas alguns, pela graça de Deus, serão compensados com sua admissão à sociedade dos homens bons, enquanto os outros serão punidos pela condenação ao lado dos anjos maus. Segunda morte, muito mais terrível do que a primeira.

Platão diverge de Agostinho pois, apesar de entender de forma semelhante que o homem é formado por corpo e alma, afasta o entendimento de que após a morte a alma irá para a salvação ou para o purgatório, conforme transcorreu a vida e os atos praticas nela. Para ele, após a morte ocorre o verdadeiro encontro do homem com Deus.

Nas palavras de Nalini³⁷, explicando Platão: “para Platão, a alma somente é feliz quando despida do corpo e diante de Deus”.

No final da discussão jusfilosófica, o ramo do Direito aparece explicando a morte, de maneira mais programática.

³⁴ Ibid., p. 47.

³⁵ Ibid., p. 48.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

Se para a filosofia e religião há a crença em um segundo plano após a morte, para o direito isso não se faz diferente. Existe para o direito, a ideia de que a morte pode representar o fim da personalidade jurídica, no entanto, mesmo com a resolução da relação *inter vivos*, o ramo possui árduo trabalho no *post mortem*.

Diversos são os direitos e deveres surgidos após o óbito. Logicamente, não serão exercidos pelo *de cuius*, mas por aqueles que o assumem no direito sucessório ou terceiro interessado.

Neste sentido, Nalini³⁸ parafraseia o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin ao “afirmar que o direito civil acompanha a vida das pessoas é dizer pouco, porque ele as precede e a sucede”.

O autor³⁹ complementa:

[...] Em relação ao corpo, as partes deste e à imagem, subsistem direitos *post mortem*. Há pretensão mesmo produzam efeitos *ad aeternum*, como o direito moral de autor. É verdade, portanto, que o direito incide sobre a vida humana em projeto, a caminho do desenvolvimento e após cessada a experiência terrena [...]

Há que ressaltar que não é apenas no direito civil que a morte produz efeitos. São os mais diversos ramos que suportam alguma alteração jurídica. A exemplo disso é o direito penal em que entende que a morte é causa de extinção da pena daquele que a atentou contra a vítima, conforme o art. 107, inciso I do Código Penal e, em outra vertente, protege a vida, criminalizando aquele que a ceifa, através do artigo 121 do Código Penal. Demonstrando-se que o resultado morte não afeta somente o Direito Civil.

1.3. Do ciclo da vida

O tema morte não é assunto agradável a audição e mente humana. No entanto, após breve reflexão sobre a morte em suas mais diversas vertentes, indaga-se: Você está pronto para partir?

As pessoas não estão prontas para ouvir essa pergunta e muito menos respondê-la. Nalini, em sua obra, destaca que, por mais penosa que a vida possa ser, mesmo com os mais diversos sofrimentos tende-se a preferir a vida.

Como já dito, o ser humano ignora a sua extinção, pelo fato de passar a não mais existir no mundo fático e, principalmente pelo temor de o que ocorrerá após sua partida.

³⁸ FACHIN apud *ibid.*, p. 125.

³⁹ *Ibid.*

Para não ser pensamento constante na vida, o ser humano trata de se ocupar, de buscar sentido na vida, de se fazer representado, buscando ser lembrado na posteridade.

Há a ignorância da realidade, mas ela persiste! O ser humano deve buscar viver melhor, dano paz a ele mesmo e aos que o rodeiam, tendo como certeza que não se sabe a derradeira hora e quantas metas conseguirão ser atingidas: “a bagagem nunca estará pronta. Sempre haverá algo ainda por fazer. As metas irrealizadas constituem a regra. Por mais idoso que seja o viajante, ele se sentirá a partir precocemente.”⁴⁰

Leia-se, em uma última reflexão um pedaço do Cordel de Bráulio Bessa⁴¹ falando sobre a vida:

A corrida da vida

Na corrida dessa vida é preciso entender que você vai rastejar, que vai cair, vai sofrer e a vida vai lhe ensinar que se aprende a caminhar e só depois a correr. A vida é uma corrida que não se corre sozinho. E vencer não é chegar, é aproveitar o caminho sentindo o cheiro das flores e aprendendo com as dores causadas por cada espinho. Aprenda com cada dor, com cada decepção, com cada vez que alguém lhe partir o coração. O futuro é obscuro e, às vezes é no escuro que se enxerga a direção.

A morte, apesar de assunto por muitos, evitado, é importante de se fazer presente na vida das pessoas. É assunto indissociável quando se trata de vida e, objeto de estudo dos mais diversos ramos do conhecimento. Deixando de ser simplesmente algo desagradável, para se tornar algo natural, que um dia todos irão passar.

⁴⁰ Ibid., p., 261.

⁴¹ BESSA, Bráulio. *A corrida da vida*. Disponível em: < <https://www.culturagenial.com/poemas-braulio-bessa/>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

2. A MORTE DE ACORDO COM DIREITO CIVIL BRASILEIRO E COM O DIREITO FUNERÁRIO

Após a análise da temática morte em seu âmbito teleológico, *lato sensu*, é necessário que se analise esse mesmo fenômeno especificamente no Direito Civil e no Direito Funerário de modo a entender seus efeitos jurídicos nesses ramos do Direito.

2.1. O Início da personalidade para o Código Civil Brasileiro

Assim como a morte está intimamente ligada com a vida, o ser humano tem como seu ponto de partida o nascimento com vida. É através deste acontecimento que os direitos da personalidade se concretizam. E é, com a morte, que essa personalidade se extingue.

A primeira indagação a ser feita é: “o que são direitos da personalidade?”.

O homem não vive isoladamente, faz parte de uma sociedade e, suas relações devem ser resguardadas com a limitação de direitos e deveres dele mesmo e, destes com a comunidade a qual pertence⁴²:

Especificamente quanto às relações civis, para que produza efeitos jurídicos impliquem em efeitos jurídicos é necessário que cada pessoa seja capaz de realizá-las, que possua personalidade e que, esse vínculo se relacione em prol de algo. Neste sentido: “as relações jurídicas se estabelecem, em linha de princípio, entre pessoas. Em seu esquematismo formal básico, a relação jurídica se perfaz entre, pelo menos duas pessoas, tendo por objeto uma coisa. [...]”.

O Direito é responsável por regular as relações sociais, não sendo diferente com relação à capacidade civil. O Código Civil brasileiro positivou os direitos e deveres que regulam as relações civis e a personalidade.

Contudo, como dito, são direitos que apenas foram positivados pelo homem, mas não criados por ele. Os direitos da personalidade são direitos inerentes ao homem, são direitos fundamentais, ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Como ensina França⁴³, “[...] podemos caracterizar os direitos da personalidade como direitos subjetivos cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções [...]”.

⁴² FARIAS, Christiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019, p. 301.

⁴³ FRANÇA apud *ibid.*, p. 203.

São direitos cada vez mais disseminados na sociedade, e com o passar dos anos tem-se aumentado o rol dos direitos fundamentais.

A título de exemplo, alguns deles são: integridade física, não somente como um corpo formado, mas a proteção chegando a cada parte desse corpo; liberdade intelectual; direito de imagem; direito ao esquecimento, dentre muitos outros.

Tamanha a importância dispensada às relações civis e sua regulação, o artigo 1º do Código de Direito Civil⁴⁴ traz a explicação que: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Os direitos da personalidade se fazem tão essenciais e intrínsecos aos seres humanos que, mesmo com a morte eles persistem. Não no *de cuius*, mas de maneira reflexa em seus parentes e amigos mais próximos.

Ao se discutir os direitos da personalidade é de bom tom que se entenda em que momento há o surgimento da vida para o Direito.

Para tanto, é preciso entender as teorias Concepcionista, Natalista e da Personalidade Condicional sob o momento em que se entende que há vida e, portanto, direitos da personalidade a serem tutelados.

Analisando as teorias quanto ao início da personalidade vê-se:

a) Teoria Concepcionista:

Como o próprio nome da teoria direciona, a personalidade se inicia na concepção, ou seja, antes mesmo do nascimento com vida se determinar.

Para ela, os direitos da personalidade surgem no nascimento com vida, sendo, entretanto, resguardados desde a concepção. Corroborando com esse entendimento⁴⁵:

[...] para os autores que perfilham tal teoria, o marco inicial da personificação do ser humano é a concepção – antes, portanto, do nascimento com vida (...); (...) A propósito, o biólogo Botella Lluziá lembra que o embrião traduz um ser individualizado, com carga genética própria - não lhe confundindo, em absoluto, com a carga genética do pai ou da mãe. [...]

O nascituro já possui desde a concepção o reconhecimento de direitos, porém seus efeitos são efetivados no nascimento com vida. Como exemplo desses direitos resguardados, pode-se citar os alimentos gravídicos. Tais alimentos são concedidos à mãe antes do nascimento de seu filho. Possui como finalidade a manutenção da dignidade humana da gestante e do nascituro.

⁴⁴ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

⁴⁵ LLUZIA apud *ibid.*, p. 305.

Os direitos básicos, existenciais, são experimentados desde a gestação. No entanto, quanto aos direitos patrimoniais, são garantidos desde a concepção sendo experimentados apenas após o marco da personalidade, o nascimento com vida. Conforme é dito⁴⁶:

[...] Segundo essa visão, o nascituro é pessoa, e como tal goza dos direitos existenciais desde que concebido. (...) Tem, como dissemos, o direito de nascer que é o direito mais importante no seu peculiar estágio de desenvolvimento. A esse direito estão intimamente ligados o direito à saúde, à integridade física, à dignidade humana etc. (...) Sob o ângulo patrimonial, a doação feita ao nascituro valerá, se aceita por seu representante legal (Código Civil, art. 542). [...]

Inclusive, a Teoria Concepcionista é a adotada pelo STJ. Em um dos casos mais emblemáticos na Corte brasileira, “Rafinha Bastos x Wanessa Camargo”, os Ministros explicaram os parâmetros desta teoria. Observe-se⁴⁷:

[...] Quando era apresentador do programa CQC, da Band, Rafinha Bastos, ao ouvir o nome da cantora, disse que "comeria ela e o bebê". Wanessa, na época, estava grávida. Ela, o bebê e o marido, o empresário Marco Buaiz, entraram com uma ação de dano moral com o objetivo de "punir o ofensor". (...); (...)Rafinha Bastos chegou a questionar o fato de o Judiciário ter reconhecido o direito de o feto ser indenizado. A questão foi superada no julgamento, já que o artigo 2º do Código Civil garante os direitos do nascituro e a jurisprudência do STJ é nesse sentido. Em outubro de 2014, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da 3ª Turma, explicou que a jurisprudência do STJ é pacífica em reconhecer ao nascituro o direito a dano moral, ainda que não tenha consciência do ato lesivo. [...]

Neste caso, ficou clara a posição do STJ no sentido de resguardar os direitos do nascituro desde a sua gestação. Reconhecendo, inclusive, o direito a reparação civil por danos morais gerados face à violação da dignidade daquele que ainda está sendo gerado.

b) Teoria Natalista:

Para essa teoria há uma concepção mais severa no que tange ao marco inicial da personalidade.

Na Teoria Natalista, somente haverá personalidade a partir do nascimento com vida⁴⁸:

[...] A teoria ou doutrina natalista exige, para que tenhamos uma pessoa física, a presença simultânea de dois requisitos: a) o nascimento; b) e que este nascimento tenha sido com vida. Se não houver ainda nascimento, não há pessoa, pois o nascituro, para a teoria natalista, não é pessoa. Se houver o nascimento (no sentido

⁴⁶ Ibid., p., 306.

⁴⁷ CONJUR. *Liberdade de expressão*: Comentário de Rafinha Bastos sobre Wanessa foi "grosseiro", diz STJ. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/comentario-rafinha-bastos-wanessa-foi-grosseiro-stj?source=post_page----- >. Acesso em: 17 fev.2020.

⁴⁸ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 307.

de saída do feto do corpo feminino), mas sem vida, tampouco estivemos diante de uma pessoa. A teoria natalista é a mais tradicional. [...]

Não há, portanto, nesse caso, direitos já resguardados desde a concepção com vida, não se fala em expectativas de direito. Mas, tão somente, direitos adquiridos ao nascido vivo. Mesmo que venha a falecer instantes depois.

c) Teoria da Personalidade Condicionada:

A personalidade está, nesse caso, condicionada a evento futuro e incerto, qual seja, o nascimento com vida. Apenas no nascimento com vida haverá a aquisição dos direitos da personalidade. De acordo com a doutrina⁴⁹: “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.

Diferente do que se entende na Teoria Natalista, a mais tradicional, na Teoria da Personalidade Condicionada se visualizam os direitos da personalidade desde a fase da gestação, entendendo-se que, sua efetivação depende do nascimento com vida. Apenas após o marco do nascimento, poderá se usufruir desses direitos. Na Teoria Natalista, pouco importa o que ocorre antes do nascimento, não se fala em expectativas de direitos, direitos sujeitos a uma condição suspensiva.

O direito brasileiro ante as três teorias apresentadas pela doutrina jurídica aplica, como já antecipado, a Teoria Concepcionista, conforme determina o artigo 2º do Código Civil⁵⁰: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Durante muitos anos, adotou-se a Teoria Natalista. Inclusive, de acordo com o artigo do código civil seria possível o reconhecimento da Teoria Natalista, não fosse a segunda parte desse artigo 2º onde diz, “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

De acordo com essa segunda parte do artigo 2º do Código Civil, fica claro que somente se reconhece a personalidade quando ocorrer o nascimento com vida, mesmo que essa criança venha a falecer logo após o parto. No entanto, seus direitos patrimoniais e essenciais são resguardados desde a sua concepção.

Não somente o código civil resguarda o nascituro. É possível se observar essa mesma cautela por parte do direito penal ao tipificar o aborto, que nada mais é a provocação da morte do nascituro, seja por parte da própria genitora ou de algum terceiro. Deixando esclarecido que o nascituro também deve ter sua gestação, sua forma de vida, tutelada. Trata-se de um dos

⁴⁹ MONTEIRO apud ibid.

⁵⁰ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 308.

direitos essenciais, ao qual se referiu como produzindo efeitos antes mesmo da confirmação da personalidade.

2.2. Direitos da personalidade

O presente tópico trata dos direitos mais fundamentais do ser humano, de tamanha importância que os juristas entendem serem direitos anteriores ao próprio homem, direitos inerentes ao homem e a natureza humana.

São direitos necessários para a garantia do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana. Essas garantias aplicadas nas relações particulares e, entre o particular e o Estado.

Iniciam-se pelo direito à vida, a integridade física, perpassando por direitos como a privacidade, a imagem e honra. Não se trata de rol exaustivo, os direitos das personalidades estão em constante discussão e descoberta.

Alguns desses direitos essenciais permanecem até mesmo após a morte do seu titular e outros, surgirão *post mortem*, como será desenvolvido.

2.2.1. Breve histórico dos direitos da personalidade

Desde os mais remotos tempos, o Estado possui poder sobre as pessoas que dele fazem parte. No entanto, esse poder, por muitos anos, foi soberano, ilimitado.

Com a Revolução Francesa, em 1789, marco do liberalismo econômico, o Estado passa a ser visto pelos burgueses à época, como uma ameaça ao crescimento econômico. Tendo-se em vista sua intervenção ilimitada em todos os ramos a sociedade.

Com o pensamento voltado ao liberalismo econômico, o Estado deveria ser contido imediatamente. Em prol da liberdade social nas relações comerciais.

Foi na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que surgem os ideais da liberdade, conforme o artigo 4º desse documento⁵¹: “[...] a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo [...]”. Surge através dessa concepção de liberdade, o entendimento de direito público e direito privado.

Não foi suficiente a determinação de que o Estado deveria intervir menos nas relações pois, com isso, o próprio homem passou a degradar seu semelhante. Houve ênfase desse

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas. 2013, p. 3.

desrespeito humano com a Revolução Industrial em que patrões exploravam seus empregados, incluindo nesse rol, crianças. Leia-se⁵²:

[...] O que se seguiu, contudo, foi uma progressiva degradação do homem pelo próprio homem. Ao longo de todo o século XIX, especialmente a partir da Revolução Industrial, usou-se e abusou-se da liberdade. O direito liberal mantinha o Estado longe das relações entre particulares. [...]

Um jornalista à época da Revolução Industrial relata⁵³ apenas um dos exemplos das explorações à que submetiam os trabalhadores.

[...] “os forçados das prisões trabalhavam apenas dez horas; os escravos das Antilhas, nove horas em média, enquanto na França - que havia feito a revolução de 89, que havia proclamado os pomposos Direitos do Homem - havia manufaturas onde a jornada de trabalho era de dezesseis horas. Que miserável aborto dos princípios revolucionários da burguesia! [...]

Passou-se a perceber ante a esse cenário, onde partes iguais estavam se degradando que, não somente a liberdade protegeria o homem e, que não só o Estado poderia denegrir as relações humanas.

Com o passar do tempo, estudiosos começaram a perceber que, as pessoas deveriam possuir um mínimo de direitos a serem respeitados até mesmo em situação de total liberdade. No entanto, os titulares tais direitos não empenhavam a eles a devida importância.

Nessa vertente, o homem precisava ser lembrado desses direitos mínimos. E da sua impossibilidade de renúncia total.

Os juristas à época começaram a pensar em uma nova categoria para esses direitos que deveriam ser respeitados de maneira inequívoca por todas as pessoas que viviam em sociedade e, em esfera individual, pelo próprio titular, não o dispendo de maneira ilimitada. De modo que, não poderia mais permanecer os abusos em prol da liberdade outrora conquistada. Como relata Schreiber⁵⁴:

[...] Muitos juristas passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos.

⁵² Ibid.

⁵³ LAFARGUE apud *ibid.*, p. 4.

⁵⁴ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 4.

Foi nesse cenário de conflitos e degradações que surgem as primeiras concepções de direito da personalidade. Essa expressão vem apresentadas nos estudos de jusnaturalistas franceses e alemães, se referindo a uma categoria de direitos acima do próprio titular, uma categoria de direitos inatos ao próprio ser humano.

Os direitos da personalidade, em um momento inicial, trouxeram conflitos até mesmo para aqueles juristas que os admitiam. Veja-se⁵⁵:

Os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, especialmente no campo do direito privado. Contribuiu também para isso a existência de divergências significativas entre os próprios defensores da categoria. Não havia, por exemplo, consenso sobre quais eram os direitos da personalidade. Falava-se com frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, mas alguns autores acrescentavam, ainda, o direito ao nome e outros direitos. Havia mesmo quem incluísse no rol o direito à propriedade, cuja natureza patrimonial representava, para outros, a própria antítese dos direitos da personalidade. Para parte da doutrina, não havia ainda “direitos da personalidade” no plural, mas um único “direito geral da personalidade”.

Durante muitos anos, por conta desses conflitos entre os próprios estudiosos do direito, os direitos da personalidade não foram implementados nas legislações.

Passados os horrores da primeira e segunda guerra, bem como o nazismo, a sociedade ansiava por medidas que garantissem direitos fundamentais, proteção da dignidade da pessoa humana. Foi através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a primeira aparição concreta dos direitos da personalidade.

Previu-se⁵⁶: “[...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Em território nacional, existe na Carta Magna brasileira⁵⁷, a proteção a esses direitos, conforme o artigo 1º, inciso terceiro: “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: (...) III - a dignidade da pessoa humana.”.

Após a inclusão dos direitos da personalidade na Constituição Federal brasileira de 1988 como, direitos fundamentais, que após este marco, se expandiram no Brasil. Chegando à

⁵⁵ Ibid., p. 5.

⁵⁶ Ibid., p. 6.

⁵⁷ Ibid.

competência do direito civil, com um capítulo (artigo 11 a 21) dedicado semente a ele, no Código Civil de 2002.

2.2.2. Dos direitos da personalidade em espécie

Toda pessoa, no âmbito de sua personalidade, possui direitos que são inerentes à sua existência e, em relação às pessoas individualmente face à sociedade. Tais direitos não precisam ser positivados. São os chamados Direitos da Personalidade.

Neste sentido, Bittar⁵⁸:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Os direitos da personalidade foram reconhecidos por estudiosos do Direito gradativamente, perpassando por uma evolução⁵⁹:

Admitidos atualmente na doutrina, dinamicamente tratados na jurisprudência e em leis mais recentes, inclusive no CCivil 2002, percorrem, no entanto, longo e tormentoso caminho para essa sagração, em função de seguidos óbices que lhe foram antepostos ao longo dos tempos, de caráter ideológico, e que ainda se refletem em posições nem sempre seguras [...]

Há de salientar-se que são direitos em constante mutação, muito distante da completa descoberta. Com o passar dos anos, tendo o homem a sua concepção de lugar, de dignidade humana e, direitos individuais inerentes a seu próprio ser, são descobertos novos direitos da personalidade. Em suma, não representa o rol dos direitos da personalidade característica de taxatividade.

Os direitos da personalidade se apresentam em momentos singulares, de acordo com a estrutura mental, física e moral de cada indivíduo.

Poderão apresentar variações de nomenclatura, a depender da esfera de tratamento. Podem ser chamados de Direitos Fundamentais quando observados sob a ótica da constituição federal brasileira ou, no ramo do direito internacional, são chamados de Direitos Humanos.

Apesar das múltiplas nomenclaturas, em sua natureza será apenas uma: são os direitos inerentes ao ser humano, independente de normatização que nascem com a própria natureza

⁵⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 29.

⁵⁹ Ibid.

humana, com os direitos mais essenciais como, por exemplo, a vida, a dignidade humana, a integridade física. Nesse sentido, ressalta Bittar⁶⁰ que:

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Assevera Bittar que, por representarem direitos norteadores do ser humana, não devem ser tratados como mero direito positivado em esfera nacional e internacional. Para o autor, esses direitos deveriam ser difundidos em períodos basilares de aprendizagem, nos ensinamentos escolares. Na busca de que todas as pessoas tenham ciência de sua importância e sejam difundidos na formação de cidadãos sociais. Explica-se⁶¹ que:

[...] é imprescindível tornar possível o acesso aos direitos da personalidade, para além de sua positivação no direito, por meio da sua plenificação na vida dos cidadãos, normalmente alijados de sua proteção. Um passo importante para esse processo está na capacidade de produção de cidadãos informados sobre os seus direitos, e capazes de reivindicá-los à menor sombra de ameaças a sua consagração prática. (...); (...) a educação em direitos humanos deve ser capaz de promover a consciência sobre a liberdade, a igualdade, a diversidade, o respeito, o direito de cada um, as responsabilidades e os deveres, fazendo com que o tema dos direitos da personalidade, compareçam no processo de definição dos contornos do convívio social voltando à solidariedade e à paz, bem como à integração humana.

Os direitos da personalidade possuem características próprias, como os demais institutos jurídicos apresentados. Porém, tais características demonstram que os direitos da personalidade são absolutos quanto à sua imposição, no entanto, disponíveis por seu titular até certo nível, o que, não tira seu caráter de absoluto.

São disponíveis, mas com limitações, por serem de caráter personalíssimo e por significarem proteção à própria dignidade da pessoa humana.

Migliore⁶² ensina: “essas exceções não têm o condão de desvirtuar a concepção tradicional de que o direito da personalidade é absoluto, justamente porque são considerados pelo ordenamento jurídico como atos ilícitos [...]”

Como primeiras características têm-se a intransmissibilidade e inalienabilidade, as quais são apresentadas no artigo 11 do Código Civil.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., p. 32-33.

⁶² MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida: Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTR. 2009, p. 109.

Trata-se de direitos intransmissíveis e inalienáveis. Não se admite que sejam transferidos a terceiros por serem personalíssimo. Também não poderão ser alienados ou doados a título gratuito.

São, ainda, indisponíveis em sua totalidade. Existe, nessa característica uma mitigação pois, como dito, são indisponíveis em sua totalidade e de modo permanente, nada sendo impedido que se disponha parcela desses direitos por determinado tempo. Não podendo disponibilizar parte capaz de prejudicar o exercício desses direitos por seu titular, mesmo que essa seja a sua vontade.

Atualmente, essa disposição parcial é comum ao se referir a direito de imagem.

Nesse sentido⁶³:

[...] pode dispor, como, por exemplo, a licença para uso de imagem, entre outras hipóteses. Contudo, esse consentimento não desnatura o direito, representado, ao revés, exercício de faculdade inerente ao titular (e que lhe é privativa, não comportando, de uma parte, uso por terceiro sem expressa autorização do titular e quando juridicamente possível, e, de outra, execução forçada, em qualquer situação, visto que incompatível com a sua essencialidade).

Na mesma linha de pensamento Farias e Rosenvald⁶⁴:

Essa indisponibilidade dos direitos da personalidade, no entanto, deve ser compreendida em perspectiva relativizada, apenas impedindo que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, sem que se dele retire a possibilidade de prática de um certo nível de disponibilidade, como no exemplo da cessão de imagem e da doação de órgãos humanos.

Dessa maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, uma cessão do seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a existência da possibilidade de ato de disposição, ainda que em caráter relativo, não sacrificando a dignidade do titular.

A I Jornada de Direito Civil também possui previsão aprovada com relação à possibilidade de utilização dos direitos da personalidade de maneira limitada. Leia-se⁶⁵: “Enunciado nº 04, I Jornada de Direito Civil: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”

⁶³ Ibid., p. 35.

⁶⁴ FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Salvador: JusPodivm. 2018, p. 196-197.

⁶⁵ Ibid.

São direitos absolutos, possuindo eficácia *erga omnes*, ou seja, sua defesa pode ocorrer em face de qualquer outra pessoa. Complementa a doutrina⁶⁶: “[...] é um verdadeiro dever geral de abstenção, dirigido a todos”.

Caso um desses direitos inerentes à pessoa seja violado, não existirá prazo prescricional para a propositura de ação. São, portanto, imprescritíveis. No entanto, há que se observar que, direito a ingressar com a ação é diferente de pretensão reparatória. No que tange a este, existe prazo prescricional geral previsto no Código Civil⁶⁷.

Elucidando tal explicação⁶⁸:

[...] se alguém, indevidamente, utiliza-se da imagem de outrem, a pretensão de impedir que uma pessoa continue valendo daquela imagem não sofre limitação temporal, podendo ser exercida a qualquer tempo, porém, em três anos prescreverá a pretensão de reparação pecuniária do dano causado à imagem.

Como complemento, pode-se dizer que a regra do prazo prescricional para a reparação do dano a direito da personalidade, Faria e Rosenthal⁶⁹ citam que:

[...] No que tange às ações tendentes à reparação de danos causados por prisão e tortura, durante o regime militar de exceção, pelo qual passamos durante tristes épocas, vem afirmando o Superior Tribunal de Justiça a sua imprescritibilidade [...]

Quando o tema direito da personalidade abarca direito de reparação, é preciso mencionar que, essa reparação tem o sentido de recompensar àquele que viu seu direito ser lesado e como reprimenda àquele que o lesou. Não há valor monetário para o direito da personalidade em si. Não há valor que mensure os direitos mais essenciais do homem.

Nesse mesmo caminho, não havendo valor econômico no direito da personalidade, não há que se falar em penhorabilidade desses direitos. São absolutamente impenhoráveis.

Apenas como forma de registro, que será tratado especificamente mais adiante, tem como característica, por fim, a intransmissibilidade. Conforme entendimento⁷⁰: “[...] os direitos da personalidade são *vitalícios*, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular, confirmando seu caráter intransmissível”.

Esses direitos produzem efeitos a partir do nascimento com vida, no entanto, são resguardados desde a concepção.

⁶⁶ Ibid., p. 199.

⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 44. Art. 206 do Código Civil: Prescreve: parágrafo 3º: Em três anos: inciso V - a pretensão de reparação civil;

⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 199.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid., p. 200.

Em um exemplo de proteção do nascituro fora da ceara civilista, o Direito do Trabalho, possui o instituto da estabilidade da empregada gestante. Por essa estabilidade entende-se que há proteção da empregada durante a sua gestação, sendo indiferente a sua ciência e de seu empregador quanto a tal fato. É o que determina o Verbete de Súmula 244 TST⁷¹.

Não poderá haver a demissão sem justa causa dessa empregada até que se escoe o prazo de proteção da parturiente, sob pena de reestabelecimento do emprego e possíveis indenizações.

Tal proteção decorre da necessidade de a mulher, na gravidez e durante um período após o nascimento de seu filho, ter resguardado o mínimo de dignidade e sustento para os primeiros meses de desenvolvimento do bebê. No entendimento do Tribunal Superior de Justiça⁷²:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. ESTABILIDADE GESTANTE. ARTIGO 10, II, b, DO ADCT. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. PROTEÇÃO AO NASCITURO. SÚMULA 244, I/TST. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA CARACTERIZADA. Hipótese em que a Corte Regional não reconheceu a estabilidade concedida à gestante, por entender que a gravidez, embora tenha ocorrido durante o contrato de emprego, só foi confirmada quando já extinto o vínculo. Nos termos dos artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, foi assegurada estabilidade provisória à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, estabelecendo-se como único requisito à configuração do direito que a concepção tenha ocorrido durante o contrato de trabalho, ainda que desconhecido o estado gravídico pelo empregador (Súmula 244, item I, do TST). A estabilidade conferida à gestante pela Constituição Federal objetiva amparar o nascituro, a partir da preservação das condições econômicas mínimas necessárias à tutela de sua saúde e de seu bem-estar, configurando norma de ordem pública, da qual a trabalhadora sequer pode dispor. Ainda, segundo a jurisprudência desta Corte, cristalizada na OJ 399 da SBDI-1/TST, a circunstância de a ação ter sido proposta depois de exaurido o prazo de garantia provisória em questão, frustrando a possibilidade de retomada do pacto, não afasta o direito de ação para a defesa de créditos trabalhistas, que está disciplinado pelo artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal. Desse modo, o TRT decidiu em dissonância com o entendimento pacificado

⁷¹ BRASIL. *Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html>. Acesso em: 19 out. 2020. Verbete de Súmula 244 TST: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

⁷² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 1014880220165010481*. Relator: Des. Douglas Alencar Rodrigues. Disponível em: < <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744999960/recurso-de-revista-rr-1014880220165010481?ref=serp>>. Acesso em: 17 fev.2020.

nesta Corte, restando divisada a transcendência política do debate proposto. Recurso de revista conhecido e provido.

Observa-se que, não obstante, é sabido que o TST já considerou no ano de 2019 que, quando a empregada está em emprego temporário, não haverá essa garantia. No entanto, traz-se tal entendimento apenas para demonstrar que o contrário já foi admitido pela jurisprudência, sendo, no entanto, entendimento isolado. Vigora até o presente momento o referido Verbete de Súmula 244 TST.

O TST comentou a referida decisão⁷³:

[...] O Pleno do TST firmou na segunda-feira, 18, a tese de que é inaplicável ao regime de trabalho temporário disciplinado pela lei 6.019/74 a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT. O trabalho temporário em questão é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (...); (...) Prevaleceu o voto da ministra Maria Cristina Peduzzi, que divergiu do relator para indeferir a estabilidade. De acordo com S. Exa., somente um dos precedentes que fundamentaram o item III da súmula 244 não se refere ao contrato de experiência, que tem disciplina na CLT e é diverso do contrato temporário, regido pela lei 6.019/74. *“No contrato de experiência, existe a expectativa legítima por um contrato por prazo indeterminado. No contrato temporário, ocorre hipótese diversa – não há perspectiva de indeterminação de prazo.”* A ministra ainda afirmou que o artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, *“o que não ocorre de forma visível nos contratos temporários, sempre celebrados a termo e que se extinguem pelo decurso do prazo neles fixado. Nem há presunção de continuidade, como nos casos de experiência. O vínculo temporário finda pelo decurso do prazo máximo previsto na Lei 6.019/74 ou pelo fim da necessidade transitória da substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo de serviço”*. [...]

É possível, portanto, observar que, os direitos da personalidade são amplamente resguardados, nas várias esferas jurídicas e sociais, tamanha importância. Resguardando, inclusive o nascituro.

A principal fomentadora dos direitos da personalidade é a jurisprudência. São diversas as decisões em tribunais ligadas ao direito da personalidade *post mortem*. Tais decisões⁷⁴ vêm ligadas, especialmente, à troca de corpos:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TROCA DE CADÁVER. DANO MORAL. Ação indenizatória de danos morais porque

⁷³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *TST: Empregada temporária não tem direito à estabilidade conferida à gestante*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/315703/tst-empregada-temporaria-nao-tem-direito-a-estabilidade-conferida-a-gestante>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação nº 0086678-28.2015.8.19.0021*. Relator: Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.5.3>>. Acesso em: 29 jan.2020.

o corpo da falecida mãe do Autor foi liberado para outra família e devolvido meia hora antes do enterro. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público tem natureza objetiva como regula o artigo 37, § 6º, da Constituição da República, motivo por que apenas se exime do dever de indenizar se comprovar alguma excludente de responsabilidade. Incontroverso nos autos a troca de cadáveres, o Réu alega culpa exclusiva de terceiro, que reconheceu como de sua família o corpo da mãe do Autor. Ainda que tenha havido o reconhecimento equivocado, impossível acolher a tese da culpa de terceiro, pois a toda evidência o corpo saiu do posto de saúde para o necrotério ambos do Réu, o qual falhou gravemente na identificação do cadáver e permitiu que terceiro o levasse. O dano moral deriva do próprio ilícito. Não resta dúvida da profunda angústia do Autor, que em momento de dor intensa, ainda precisou enfrentar o desaparecimento do corpo da mãe. O valor da reparação deve observar a capacidade das partes, o dano e sua repercussão, sem perder de norte o princípio da razoabilidade. Quantia arbitrada com acerto pela sentença. A parte carece de interesse recursal se pretende providência já deferida na sentença. Recurso desprovido.

Como adendo, pode-se dizer que esse direito tutelado no acórdão descrito acima trata de direito da personalidade em vida, se estendendo ao *post mortem*. Pois, aquele que falece possui o direito de ter sua última vontade quanto ao corpo respeitada e, se for ao caso, a um enterro digno, com seus entes queridos.

Bem como, terá direito a uma sepultura e a não ocorrência de sua violação, sob a possibilidade de responsabilização civil e penal.

2.2.3. Direitos da personalidade *post mortem* e a personalidade reflexa:

Os direitos da personalidade surgem no nascimento com vida, sendo, porém, resguardados desde a concepção do indivíduo. E, encontram na morte, o momento de cessarem. Migliore⁷⁵ nesse sentido:

Ora, a situação em questão não se assemelha àquela do nascituro, que, por força de lei (art. 2º do Código Civil), tem seus direitos salvaguardados e exercício respectivo condicionado ao nascimento com vida. Ou seja, o fato é fictício para que o direito, como positivado, possa ser aplicado. Aqui ocorre o inverso: a honra do morto, por exemplo, pode, de fato, ser afetada e ofendida. Resta saber como o direito explica esse fenômeno inegável por meio de suas normas sempre tão racionais.

Não é possível no estudo do Direito que a pessoa venha a falecer e a personalidade permaneça. É pressuposto essencial da personalidade que se tenha pessoa com vida. Esse é o pensamento adotado pela Doutrina do *mors omnia solvit*. É temerária a afirmação contrária de que, com a morte não se encerra a personalidade, pois, como sabido, são direitos personalíssimos. Se o titular não mais existe, não há que se falar em direitos da personalidade em relação a ele.

⁷⁵ MIGLIORE, op. cit., p. 128.

Aliás, a própria lógica humana consegue explicar essa doutrina. A morte é o fim de tudo, é o fim da vida. O que vier a existir após o derradeiro momento será, tão somente, reflexo daquele que um dia viveu.

Pontes de Miranda⁷⁶ diz que: “[...] com a morte, termina a vontade do homem e, pois, a sua manifestabilidade.”.

Não mais existindo a vida, o Direito parte para a esfera da sucessão, a divisão dos bens deixados por aquele que não possui mais a personalidade em concreto. Conforme Migliore⁷⁷ destaca:

Os efeitos jurídicos decorrentes da extinção da personalidade são, portanto, os seguintes: uma parte das relações jurídicas do *de cuius*, de fato, se extingue com a morte – são as relações personalíssimas – enquanto as demais relações jurídicas acabam transmitidas aos herdeiros. [...]
 Não se concebe direitos sem sujeitos e, por isso, termina a personalidade jurídica com a morte, abrindo-se a sucessão de imediato, e transmitindo-se aos herdeiros os bens que integravam o patrimônio do falecido, nos termos dos arts. 1.784 e 1.788 do Novo Código Civil.

No entanto, nos mais diversos ramos que mencionam a morte é possível constatar que ela é, sim, o fim do corpo, mas não da alma e das lembranças, sentimentos que existiram em relação ao *de cuius*. Com esses sentimentos resguardados pela lembrança, persistem alguns aspectos do direito da personalidade como a honra, imagem, dignidade, formando um direito patrimonial moral do morto. Leia-se⁷⁸:

De qualquer forma, a morte não é o fim puro e simplesmente, seja na religião, na crença pessoal de cada um, na psicologia, na filosofia, nas artes ou no mundo do Direito positivo, como concebido por *Kelsen*. Aqueles que ficam lembram do indivíduo que morreu; oram, rezam e pedem por ele. Frequentemente, sonham com ele e lhe pedem abrigo, auxílio, graças, ajuda. De noite, quando tudo está quieto, conversam com ele e relembram os fatos eternizados na fotografia que não envelhece, batida pelo *flash* atemporal da memória humana.
 Por isso, o homem que morre no corpo, não necessariamente morre de verdade. Ele deixa viva a sua imagem, o seu nome, suas atitudes, seus atributos, seus anseios e sua honra. Deixa também seu respeito, suas obras, seus feitos, suas histórias, seus amores, suas amizades e sua família. Deixa um pouquinho de si em cada uma dessas coisas e deixa a vida sem que a vida de fato o deixe.

Persistindo as lembranças, feitos, nome, honra e outros mais, aquele que faleceu permanece intacto quanto às suas características pessoais. Essas individualidades o tornarão imortal quanto a sua alma, quanto ao que ele realmente foi.

⁷⁶ MIRANDA apud Ibid., p. 61.

⁷⁷ Ibid., p. 59 e 61.

⁷⁸ Ibid., p. 55 e 56.

E, aquele que está vivo, caso venha a presenciar alguma forma de mácula daquilo que o falecido foi e representou, poderá pleitear judicialmente reflexos patrimoniais. Para os juristas, nesse caso, o patrimônio moral do *de cuius* supera a morte.

Como dito outrora, não se pode o direito da personalidade ser transferido a terceiro com a morte de seu titular, são personalíssimos. No entanto, é possível perceber reflexos desses direitos em relação àquele que veio a falecer (direito ao cadáver), em especial quanto ao corpo, imagem, honra, direitos autorais, conforme dispõe o artigo 83, inciso III do Código Civil.

E, a indenização é consequência da ofensa originada do que um dia foi aquela pessoa, do que um dia se defendeu daquela personalidade. Conforme o trecho abaixo⁷⁹:

A explicação é simples e convincente: o “eu” que tem atributos indissociáveis que não integram o patrimônio. Tais atributos (vida, honra, imagem) podem gerar direitos patrimoniais, como o direito à reparação por danos morais causados em razão de uma ofensa. Esse direito de indenização (note-se que não se fala mais “direito à”, mas sim “direito de”) tem apenas origem na ofensa à honra, como característica essencial da personalidade biológica; não é um direito de personalidade propriamente dito, apenas decorre dele.

A sua família, em linha reta ou colateral até quarto grau, também chamados, lesados indiretos⁸⁰, podem em nome próprio defender direito *post mortem*, do *de cuius*.

Nesse caso, não se trata do direito da personalidade, pois é cediço que se encerrou com a morte, mas, de valores jurídicos. A indenização perseguida pelos legitimados possui cunho patrimonial e não de direitos da personalidade. É, meramente, o direito de exigir reparação daquele que causou algum dano que, se o *de cuius* estivesse vivo, ele mesmo intentaria. Nesse sentido⁸¹:

[...] que os direitos da personalidade são, de fato, intransmissíveis. Todavia, malgrado essa intransmissibilidade (CC, art. 11), é possível que os seus reflexos patrimoniais sejam transmitidos para o espólio (sucessores) do falecido. Assim sendo, é reconhecida a transmissão do direito (patrimonial) de exigir a reparação pecuniária pela violação dos direitos (patrimoniais ou existenciais) de uma pessoa morta, conforme previsto no art. 943 do Código Civil. Aqui o que se transmite é o *direito indenizatório, de natureza marcadamente patrimonial*. Ou, seja, é o direito de exigir a reparação de um dano sofrido, através de recebimento de uma indenização a que o morto faria jus se tivesse proposto a ação [...].

⁷⁹ Ibid., p. 110.

⁸⁰ [...] que estão legitimados para reclamar, em nome próprio, a proteção aos seus direitos da personalidade (próprios), consubstanciados na defesa de valores personalíssimos ou companheiro falecido, bem como seus parentes (mortos), em linha reta ou colateral até o quarto grau. [...]. FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 200.

⁸¹ Ibid.

O companheiro (a), assim como a esposa, possui direito de ingressar com a ação de reparação face à violação de direito da personalidade de seu companheiro (a) falecido (a), em preservação da memória. Segundo entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, o companheiro é comparado ao esposo (a), inclusive para direitos sucessórios. Se estendendo essa equiparação na área da legitimidade ativa para a propositura de ação de reparação quando a memória do direito da personalidade do companheiro falecido vier a ser violada.

Esse entendimento de que os legitimados citados possam ingressar com ação por violação do direito da personalidade *post mortem*, também se aplica quando, a pessoa antes de falecer tem seu direito da personalidade violado e ingressa com ação de ressarcimento, no entanto, durante a ação, ou, antes de ingressar com a mesma vem a falecer.

Em uma visão positivista, isso não seria possível. Trata-se de direito personalíssimo onde, extinguindo-se a vida, também se extingue os direitos da personalidade e seus efeitos. Não havendo interesse dos herdeiros.

Contudo, os direitos da personalidade são flexibilizados em alguns momentos. Uma dessas flexibilizações é o direito da personalidade *post mortem*.

Nesse caso, entende a jurisprudência, de forma unânime que, é verdade a não transmissão aos herdeiros do direito da personalidade, mas, sim, de seu cunho patrimonial.

Haverá interesse *ad causam* dos legitimados, trazidos no artigo 12 do Código Civil, de ingressar nessa ação para que venha a receber o que, de patrimônio, deveria receber o *de cujus* quando em vida.

O direito da personalidade não se confunde com a ação de dano moral por violação do direito da personalidade, esta segunda, possui cunho patrimonial, caracteriza-se por seu direito autônomo.

No que tange aos legitimados, em um último questionamento pertinente, não existe previsão de uma ordem entre eles para ingressar com a ação de reparação do direito da personalidade do *de cujus* violado. No entanto, havendo uma indenização via sentença, deve-se observar a ordem de vocação hereditária.

Caio Mário⁸² escreve:

[...] Em vida, somente este tem o direito de ação contra o transgressor. Morto ele, tal direito pode ser exercido por quem ao mesmo estivesse ligado pelos laços conjugais, de união estável ou de parentesco (...); (...) Há, contudo, distinguir. As medidas de

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Introdução ao Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p. 205.

pura defesa podem ser intentadas por qualquer deles, sem observância da ordem de sua colocação. No caso, entretanto, de indenização por perdas e danos, há que respeitar a ordem de vocação hereditária.

E amigos próximos, poderão ingressar com a ação em discussão? É entendimento que é possível, no entanto, deve-se demonstrar o vínculo afetivo estreito entre o falecido e o ofendido de maneira indireta, o amigo que se diz próximo.

Os demais legitimados, por pertencerem ao círculo familiar possuem esse vínculo jurídico presumido não necessitando de comprovar tal requisito, a eles, presume-se.

Como forma de atualização, um adendo a ser feito é que, no que tange ao dano moral em ricochete, poderá ser pleiteado pelos legitimados supracitados mesmo que o autor do direito personalíssimo não tenha falecido.

Esse entendimento foi apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça⁸³ no presente ano:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL REFLEXO OU POR RICOCHETE. MORTE DA VÍTIMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO DANO. LEGITIMIDADE ATIVA PARA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NÚCLEO FAMILIAR. IRMÃOS. AVÓS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS GENITORES DE FILHOS MAIORES DE IDADE.

1. O dano moral por ricochete é aquele sofrido por um terceiro (vítima indireta) em consequência de um dano inicial sofrido por outrem (vítima direta), podendo ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial. Trata-se de relação triangular em que o agente prejudica uma vítima direta que, em sua esfera jurídica própria, sofre um prejuízo que resultará em um segundo dano, próprio e independente, observado na esfera jurídica da vítima reflexa.

3. O evento morte não é exclusivamente o que dá ensejo ao dano por ricochete. Tendo em vista a existência da cláusula geral de responsabilidade civil, todo aquele que tem seu direito violado por dano causado por outrem, de forma direta ou reflexa, ainda que exclusivamente moral, titulariza interesse juridicamente tutelado (art. 186, CC/2002).

4. O dano moral reflexo pode se caracterizar ainda que a vítima direta do evento danoso sobreviva. É que o dano moral em ricochete não significa o pagamento da indenização aos indiretamente lesados por não ser mais possível, devido ao falecimento, indenizar a vítima direta. É indenização autônoma, por isso devida independentemente do falecimento da vítima direta.

No que tange à proteção da imagem daquele que faleceu há que se dizer que não se trata de determinação absoluta, assim como os demais institutos do direito. Deve-se, sempre, procura observar a última vontade em vida. Conforme explica Schereiber⁸⁴, não se pode

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 1.734.536/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/760642646/andamento-do-processo-n-1734536-recurso-especial-23-09-2019-do-stj>>. Acesso em: 11 mar.2020.

⁸⁴ SCHEREIBER, op. cit., p., 50-51.

permitir a utilização do corpo de forma vexatória à memória daquele que faleceu, no entanto, nada impede que este determine que seu corpo deva ser utilizado para fins altruístas.

Em um trecho do doutrinador:

[...] O art. 14 do Código Civil autoriza a disposição do próprio corpo com objetivo “altruístico”, expressão que é usualmente identificada com a doação de órgãos, mas que poderia, em tese, ser interpretada de modo mais abrangente, alcançando inovadoras formas de expressão artística e cultural (...); (...) Em qualquer caso, contudo, deve ser respeitada a vontade manifestada em vida pelo titular do corpo. O mais seguro nesse sentido é que se tenha a manifestação escrita do falecido. A ausência dela não impede, contudo, a reconstrução da sua vontade, nem concede poder decisório aos seus familiares. (...); (...) Como revela o art. 14 do Código Civil, a morte não faz cair por terra a destinação que a pessoa pretendia atribuir ao 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 de conflitos surgidos em tomo do uso do seu cadáver. [...]

Também deve ser tutelado como reflexo o direito a honra do *de cuius*. Nesse caso, havendo ofensa póstuma representa uma questão bem mais aprofundada que a própria imagem, pois, por muitas vezes, afeta a honra do falecido e, na mesma proporção, a honra dos próprios familiares.

O Superior Tribunal de Justiça⁸⁵ define o que seja essa lesão: “[...] não “deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta. [...]”.

Não somente é possível atingir diretamente a honra dos familiares como, o Superior Tribunal de Justiça, em emblemático caso reconheceu a possibilidade, permitindo que os interessados em zelar pela honra daquele que faleceu intentasse indenização de cunho moral para eles próprios. Conforme explicado⁸⁶:

[...] Interessante decisão foi proferida sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça, em precedente originário da Bahia. A ação judicial foi originada pela distribuição de panfletos religiosos que se valiam, de modo indigno, da imagem de falecida Ialorixá. Ao examinar a questão da legitimidade para a propositura da demanda, a corte superior vislumbrou, na hipótese, danos aos próprios herdeiros, em sua individualidade. Concluiu, na ocasião, a corte superior que a desonra da falecida Ialorixá autorizava o pedido pelos herdeiros de reparação “de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide”. [...]

⁸⁵ Ibid., p. 152.

⁸⁶ Ibid., p. 103.

Determinou o STJ que, para haver a indenização por dano moral nesses casos, deverão os autores ingressarem com ação autônoma discutindo o próprio dano moral sofrido, advindo de mácula da honra do falecido. O juiz analisará o pedido em separado, como direito próprio.

No caso em análise, inclusive o STJ reconheceu o direito à indenização, no entanto, indeferiu o recurso sob a alegação que o pedido de indenização dos interessados adveio na própria ação intentada para o dano reflexo. Conforme o acórdão⁸⁷ a seguir.

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONHECIMENTO. SUMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DO CPC. SÚMULA 211/STJ. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico afim de identificar a presença da similitude fática. 2. Quanto à ilegitimidade passiva da recorrente, para se chegar a conclusão diversa da convicção firmada pela Corte a quo seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ. 3. Não deve ser conhecido o recurso no pertinente à violação ao art. 267 do CPC ante a ausência do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ). 4. Tratando-se de feito ajuizado pelo espólio conjuntamente com os herdeiros, sendo evidente que o dano moral pleiteado pela família da falecida constitui direito pessoal deles, não por herança mas por direito próprio, carece de legitimidade, conseqüentemente, o espólio, para pleitear a indenização em nome próprio. 5. Cingindo--se, a hipótese em análise, a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide. 6. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima. 7. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. 8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. 9. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. 10. In casu, o Tribunal a quo condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo. 11. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Recurso Especial nº 913.131*. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias – Juiz Federal convocado do TRF. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849093/recurso-especial-esp-913131-ba-2006-0267437-2/inteiro-teor-12770876?ref=serp> >. Acesso em: 02 abr. 2020.

72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva. 12. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.

Ressalta-se, apenas para fim complementar que, os interessados no direito da personalidade reflexa, não aparecem apenas quando se trata de indenização. Quando recebem a herança, assumem as responsabilidades civis que o *de cujus* havia se comprometido, salvo caráter personalíssimo da obrigação.

Migliore⁸⁸ alerta:

Se uma renomada artista tem um contrato para exibição de um comercial pelo prazo de 36 meses e, nesse entretanto, ela vem a falecer, o contrato não pode ser cancelado ou resilido – salvo se existir cláusula contratual nesse sentido – sem que se finde a obrigação assumida em vida, já autorizada e consentida, de exibição da imagem na propaganda, e que, por isso não tem razão alguma para acabar, como ocorreria se se tratasse de um contrato personalíssimo como o plano de saúde, que não tem como continuar em vigor para além da morte do beneficiário.

Falou-se, até este ponto, de transmissão do patrimônio moral do direito da personalidade e de extinção de direitos com a morte. No entanto, o Direito tutela o *post mortem*, surgindo direitos também no momento em que ocorre o falecimento. São esses direitos relacionados com a integridade física: direito ao corpo morto e ao cadáver. Aprofundando-se⁸⁹:

Explica-se: enquanto alguns direitos se extinguem, outros são transmitidos e outros permanecem sob uma estranha titularidade póstuma, há direitos que passam a existir apenas quando ocorre o fato da morte. Tais são os direitos relativos ao corpo morto e ao cadáver [...];

Migliore, citando Capelo de Sousa explica ainda que, através desse direito ao corpo morto e ao cadáver, surge o direito a um sepultamento digno, a não violação de sepulturas, direito a garantir a preservação das cinzas, respeito à última vontade do morto quanto à destinação de seu corpo etc. Nesse sentido⁹⁰:

Capelo de Sousa defende “que a morte possa inversamente originar deveres para com a personalidade do defunto”, vale salientar que, dentre esses direitos encontram-se aqueles pelos quais Antígona lutou na tragédia grega: o direito à recomposição digna do cadáver e ao sepultamento conforme as tradições. Além deles, surgem os direitos aptos a garantir a preservação das cinzas do *de cujus*, os direitos que protegem o sepulcro da violação, bem como aqueles que garantem a

⁸⁸ MIGLIORE, op. cit., p. 131.

⁸⁹ Ibid., p. 133-134.

⁹⁰ DE SOUZA apud ibid., p. 134.

inviolabilidade do corpo morto, sob pena de condenação nos delitos dos arts. 211 e 212 do Código Penal.

Portanto, é de interesse dos herdeiros, por exemplo, cumprir com um contrato de exposição artística daquele que faleceu, dentro do possível e se o contrato não estipular algo em sentido contrário.

Do mesmo modo, o contratante sobrevivente não poderá esquivar-se de pagar o que é devido no contrato aos herdeiros, caso haja valor remanescente.

2.3. Tratamento do evento morte e os efeitos jurídicos

A morte para o ramo do direito não significa simplesmente o encerramento da personalidade. Os juristas enxergam além do evento morte. Se por um lado encerra a vida, por outro, há direitos que nascem com esse evento.

São diversos os direitos que surgem *post mortem*. Pode-se dizer que estão intrinsecamente ligados àqueles que fazem parte da família ou convívio do *de cuius*, do que com o próprio falecido.

Nalini⁹¹, citando Maria Helena Diniz expõe que:

[...] Contudo, o aniquilamento não é completo com a morte; a vontade do de cuius sobrevive com o testamento. Ao cadáver é devido respeito. Certos direitos produzem efeitos após a morte, como o direito moral do autor, o direito à imagem e honra. Militares e servidores podem ser promovidos *post mortem*.

Continua o autor⁹², “[...] alguém pode também ser pai mesmo depois de morto. É regra do Código Civil vigente, a dispor que se presume concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial, mesmo que falecido o marido.”

Não são todos os casos que possuem a presença de cadáver quando confirmada a morte. Para esses casos o Direito apresenta a morte presumida com ou sem ausência.

Para a ciência do Direito a comprovação da morte depende de confirmação da medicina. É a comprovação de encerramento de atividade cerebral o marco da morte.

Ressalta-se que a opção pela comprovação desta forma, pois ainda é possível manter o paciente em aparelhos até que ocorra a doação de órgãos. Se o marco fosse o cessar dos batimentos cardíacos o transplante não seria viável. A doutrina brasileira⁹³ determina que:

⁹¹ DINIZ apud NALINI, op. cit., p., 126.

⁹² Ibid., p., 126.

⁹³ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVAL, op. cit., p. 317/318.

Consiste no fim das funções vitais. A medicina, e não o direito, é que definirá quando ocorre efetivamente a morte. No passado, tínhamos as batidas cardíacas. O melhor critério, atualmente, parece ser a morte encefálica, incluindo o tronco encefálico. A morte deverá ser atestada por médico, que pormenorizará a causa e o momento do falecimento. [...]

Além da comprovação através de atestado médico, é necessário para que ocorra o sepultamento daquele exige-se prévio atestado de óbito e registro civil. Sem a certidão civil, não poderá ocorrer o sepultamento, conforme determina o artigo 77, *caput*, Lei nº 6.015/73⁹⁴:

Artigo 77 da Lei de Registros Públicos: Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de cujus, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.

Tal exigência é feita para que exista nos registros do cemitério o nome da pessoa e o seu local de sepultamento. Seja para organização administrativa, seja para a tomada de qualquer procedimento posterior necessário como, por exemplo, uma exumação.

2.3.2. Das espécies de morte para o direito civil brasileiro

O direito brasileiro, durante longo período, aceitou a morte na espécie civil. Nada mais era do que a possibilidade de a pessoa estar viva, mas ser considerada como morta. Entretanto, em prol do princípio norteador da dignidade da pessoa humana, não se admite mais tal espécie no Brasil. Não é permitido que a personalidade de pessoa viva seja extinta por sentença com pena perpétua.

São, então, as espécies de morte admitidas no Brasil:

a) Morte real:

Exige o Direito que, para a comprovação da morte, apresente-se o cadáver. Trata-se, nesse caso, da morte real. É justamente aquela possível de se comprovar através de atestado médico.

A morte, na maioria das vezes, ocorre em um domicílio ou no hospital.

Segundo uma especialista em serviço funerário, falecendo em âmbito hospitalar, o próprio médico que está acompanhando aquele paciente atestará o óbito. Em sendo caso de opção pela cremação, seja por desejo expresso em testamento ou por escolha da família,

⁹⁴ Ibid., p. 318.

exige-se a permissão de dois médicos, dando total certeza. De forma a evitar um possível desastre caso aquele que é cremado não esteja, de fato, morto. Veja-se⁹⁵:

[...] o próprio hospital emite uma Declaração de Óbito. Com o documento em mãos, o familiar deve ir a uma agência do Serviço Funerário Municipal. Vale ressaltar que, caso o falecido tenha deixado registrado em cartório sua opção pela cremação (ou se a família assim o desejar), a declaração terá de ser assinada por dois médicos. A exigência visa a proteger o processo legal de um passo sem retorno, pois a cremação implica a destruição do material genético, o qual poderia ser necessário posteriormente para atender a uma suposta demanda jurídica. [...]

A maior dificuldade procedimental poderá ocorrer quando a pessoa falece em residência. Caso exista um médico da família, de confiança poderá atestar o óbito e o responsável pelo procedimento com a funerária e cartório procederá normalmente.

Não havendo um médico que possa atestar o óbito, analisando a pessoa que faleceu, o procedimento poderá ser moroso. Deverá uma pessoa encaminhar-se à Delegacia de Polícia e relatar o falecimento por Boletim de Ocorrência.

A autoridade policial encarregada irá ao local, analisar os fatos e acionará ao Serviço de Verificação de Óbito, órgão municipal, ou Instituto Médico Legal, a depender da legislação orgânica. Esse órgão irá realizar o exame cadavérico e atestará o motivo específico do falecimento. Após o exame, será expedido a declaração de óbito. O passo seguinte é a apresentação dessa declaração de óbito em cartório, com os demais documentos exigidos e a solicitação de serviços funerários. Segundo Salles⁹⁶:

[...] Ter um médico conhecido da família que ateste o óbito encurta muito o processo. Ele pode fazer o papel do hospital, analisando o corpo e emitindo a Declaração de Óbito (...); (...) Caso não haja um médico para cumprir esse papel, o primeiro passo é ir até um Distrito Policial para fazer um Boletim de Ocorrência. (...); (...) Após relatar a ocorrência na delegacia, um investigador ou o próprio delegado terá de ir ao local onde está o corpo e averiguar se trata-se de uma morte natural (causada por um infarto, por exemplo) (...); (...) Em caso de morte natural, o corpo é encaminhado para o Serviço de Verificação de Óbito (SVO), um órgão da Secretaria de Estado da Saúde que fará a necropsia, uma análise criteriosa para estabelecer a causa específica da morte. [...]

A morte poderá ocorrer de forma suspeita, por exemplo, transparecendo ser um homicídio.

Nesses casos, segundo Salles explica pode se tornar o mais demorado e dolorido procedimento. Deverá ser levado a conhecimento da autoridade policial e lavrado Boletim de

⁹⁵ VARELLA, Drauzio. *O que é preciso fazer quando um familiar morre?* Disponível em: <<https://drauziovarella.uol.com.br/reportagens/o-que-e-preciso-fazer-quando-um-familiar-morre/>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

⁹⁶ Ibid.

Ocorrência. A autoridade policial ou o encarregado irá ao local do óbito e, realizar-se-á, perícia técnica da polícia conjuntamente com peritos técnicos.

Ao fim dessa breve investigação local, o corpo será encaminhado ao Instituto Médico Legal, órgão correspondente ao Serviço de Verificação de Óbito, para que se proceda a necropsia. Exame que irá atestar o motivo da morte e, expedir-se-á, pelo perito médico, a declaração de óbito. Os demais procedimentos são semelhantes aos casos supracitados. Salles⁹⁷ detalha:

[...] Após relatar a ocorrência na delegacia, um investigador ou o próprio delegado terá de ir ao local onde está o corpo e averiguar se trata-se de uma morte natural (causada por um infarto, por exemplo) ou suspeita (como a motivada por um homicídio). (...); (...) Em caso de morte suspeita, o caminho percorrido será mais longo. Será necessário aguardar o fim de todo o trabalho de perícia e investigação que envolva o corpo, o que inclui a necropsia no Instituto Médico Legal (IML) (...); (...) Ao finalizar a necropsia, o IML emite a Declaração de Óbito, com a qual a família pode se dirigir ao Serviço Funerário. [...]

Não é incomum pensar-se no trabalho do Instituto Médico Legal como algo demorado, principalmente para aqueles envolvidos na morte, naquele momento de luto.

No entanto, há que esclarecer que a necropsia é uma cirurgia, mesmo que o paciente esteja sem vida. Com as mesmas delongas e precauções dispensadas a um paciente vivo. Nesse sentido⁹⁸:

[...] A espera pela liberação do corpo é aflitiva porque familiares e amigos estão à espera da oportunidade para se despedir de quem morreu. Não é incomum, porém, a aflição se transformar em revolta. (...); (...) A necropsia tem de ser encarada como uma cirurgia complexa. É um procedimento criterioso e fundamental em uma investigação. [...]

O perito médico e sua equipe devem ser cautelosos ao realiza a necropsia, pois, é com ela que se determina o momento aproximado e o motivo da morte. Sendo um trabalho minucioso e demorado para quem está passando por fortes sentimentos.

b) Morte presumida:

Existem situações em que é difícil ou impossível de atestar a certeza da morte, pois o corpo é ausente por desaparecimentos inesperados, por desastres naturais ou, até mesmo, desastres em meios de transporte. O que representa verdadeiro desespero para as famílias e próximos que passam por tal mistério.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

Para esses casos, existe para o direito o instituto da morte presumida. A morte presumida divide-se em:

b.1. Morte presumida sem decretação de ausência;

b.2. Morte presumida com decretação de ausência;

Inicia-se a morte presumida entendendo-se que, ausente para o ramo do direito significa aquele que desaparece de seu domicílio sem reaparecer com o decorrer do tempo.

Paulo Lobo⁹⁹ diz: “[...] ausência é a presunção da morte da pessoa física, para fins civis, em virtude de desconhecimento de seu paradeiro, após longo tempo e cujas circunstâncias levam a fundadas dúvidas da continuação de sua existência”.

A ausência declarar-se-á por decisão judicial, sendo requerida por algum interessado ou mesmo pelo Ministério Público.

Há a necessidade de sentença judicial, decisão com fé pública, ratificando que, provavelmente, de alguma forma, a pessoa veio a falecer.

Farias, Braga Netto e Rosenvald¹⁰⁰ neste sentido: “só há, conceitual e juridicamente, ausência, se houver a respectiva declaração judicial. O juiz, ao declará-la, nomeará curador para o ausente, que cuidará dos seus interesses e dos seus bens. [...]”.

Explica, também, a mesma obra citada anteriormente que, os processos de decretação de ausência e abertura de sucessão são, por natureza, mais demorados por haver a necessidade de busca por esse que se faz ausente. Nesse sentido¹⁰¹:

[...] Quanto mais tempo passa, menor é a proteção que o direito civil confere aos interesses patrimoniais do ausente. Não convém, porém, quase nunca, desistir das buscas. Convém lembrar que não se sabe, na ausência, se a pessoa desaparecida está viva ou morta. Desaparece, a cada dia, um número grande de pessoas, talvez maior do que podemos inicialmente imaginar.

Há que se entender que, quanto mais tempo se distancia da provável data de ausência, maior a probabilidade da morte daquele que se está à procura.

b.1. Morte presumida sem decretação de ausência

Ao se tratar da morte presumida sem decretação de ausência, explica a doutrina tratar-se de hipótese de ausência do corpo para a constatação de fato da morte, mas, a hipótese de que tenha ocorrido o falecimento é quase de certeza absoluta.

⁹⁹ LÔBO apud FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 321.

¹⁰⁰ Ibid., p. 322.

¹⁰¹ Ibid., p. 323.

Pode ser citado como exemplo, nessa categoria, o acidente de um avião que cai no mar ou oceano, em que todos que estavam a bordo faleceram. Havendo a lista de *check – in* da empresa aérea proporciona presunção relativa com aspecto de absoluta da morte.

Neste sentido, determina o artigo 7º, inciso I do Código Civil¹⁰²: “art.7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;”

Quando ocorrer a morte presumida sem decretação de ausência, tamanha é a presunção de falecimento que, permite-se a expedição de certidão de óbito do ausente. No entanto, até que advenha a certidão de óbito é necessário, segundo o referido artigo 7º, parágrafo único, que se tenha esgotado todas as buscas¹⁰³:

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

A certidão de óbito, nesse caso, terá como data o dia da ocorrência do desaparecimento ou dia próximo à sua ocorrência.

Não há grande dificuldade com relação à morte presumida sem decretação de ausência, por haver remota possibilidade de sobrevida.

A maior preocupação encontra-se em se tratando de morte presumida com decretação de ausência.

b.2. Morte com decretação de ausência

Quanto à morte com decretação de ausência tem-se uma situação de presunção relativa. Nesse caso, suspeita-se que tenha ocorrido a morte do ausente, no entanto, os fatos reunidos para que se chegue à constatação do óbito são incertas, inseguras.

Em havendo a morte presumida com decretação de ausência haverá um processo judicial até que se decrete a morte e abertura de sucessão.

É procedimento mais moroso que a morte presumida sem decretação de ausência, justamente por conta da insegurança da morte, baseadas em fatos relatados, não comprovados.

O processo de decretação de ausência nesse caso percorre por três etapas:

- I. Nomeação de curador para administração dos bens do ausente;
- II. Sucessão provisória;

¹⁰² BRASIL, op. cit., nota 44.

¹⁰³ Ibid.

III. Sucessão definitiva e partilha definitiva dos bens.

Analisando, separadamente cada uma dessas fazer, tem-se:

I. Nomeação de curador para administração dos bens do ausente

O artigo 744 do Código de Processo Civil determina que, nessa fase haverá a reunião de todos os bens do ausente. E, em evidente preocupação com esses mesmos bens, o artigo 25 do Código Civil prevê que todos os bens reunidos ficarão sob a administração e proteção de um curador.

Os bens, nesta fase, não podem ser vendidos, pois ainda existe a expectativa de que aquele que se encontra ausente, retorne.

Esse curador será indicado pelo magistrado caso não haja mandato de procurador deixado pelo ausente apontando o responsável por esses bens, não existam a possibilidade do cônjuge, como prevê o artigo 25, parágrafos primeiro a terceiro do Código Civil ou, caso se recuse esse procurador a assumir a administração dos bens do ausente.

O cônjuge poderá ser o legítimo curador caso não esteja separado judicialmente do ausente ou, não esteja separada de fato há mais de dois anos. Conforme menciona o artigo 25, *caput*, do Código Civil.

Com relação ao cônjuge, há que se observar que, essa regra aplica-se também a companheiro (a) por determinação do Enunciado nº 97 da I Jornada de Direito Civil. Sua disposição¹⁰⁴:

Enunciado 97: No que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como, por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do Código Civil).

Ainda no rol dos legitimados para figurarem como curadores na falta da esposa (o) ou companheira (o) estão exatamente nesta ordem: pai, mãe ou descendentes do ausente.

Não havendo nenhuma dessa possibilidade, o magistrado irá decidir o curador mais adequado ao caso concreto.

Após nomeado o curador, o magistrado proferirá sentença que deverá ser levada a registro no cartório de registro das pessoas naturais.

O foro competente para esse registro será o do último domicílio do ausente.

¹⁰⁴BRASIL. CJF. *I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/728> >. Acesso em: 02 mar. 2020.

Essa sentença terá a eficácia semelhante de uma interdição. Conforme explica a doutrina¹⁰⁵: “[...] a sentença deve ser registrada no Registro Civil de Pessoas Naturais, no cartório do domicílio anterior do ausente, produzindo os mesmos efeitos do registro de interdição”.

Após a arrecadação de todos os bens, o magistrado mandará, também, expedir editais durante um ano, no intervalo de dois em dois meses, anunciando que houve a este ato com relação aos bens do ausente e “chamando” o ausente para que retome sua vida e bens, conforme artigo 1.161 do Código de Processo Civil.

Esse processo possui vários prazos a se cumprir.

Nessa primeira fase, o curador ficará como administrador por até um ano, em sendo indicado pelo magistrado ou, durante três anos, quando o procurador for relacionado pelo próprio ausente, conforme preleciona o artigo 26 do Código Civil.

Essa fase será encerrada em três oportunidades: pela confirmação da morte do ausente, pelo retorno deste ou pelo início da segunda fase do processo de decretação de ausência – sucessão provisória.

Resumindo esta fase, nas palavras de Faria, Braga Netto e Rosenvald¹⁰⁶:

A primeira fase (...); consiste na nomeação do curador e na arrecadação dos bens do ausente (Código Civil, art. 25; novo CPC, art. 744.). A preocupação precípua do legislador, nessa fase, é com a proteção dos bens do ausente, dando como provável o seu retorno (...); A curadoria de bens do ausente tem duração, em regra, de 1 ano. Se o ausente tiver deixado procurador, o prazo passa a ser 3 anos (Código Civil, art. 26).[...]

Uma das formas de encerra da primeira fase do processo de decretação de ausência é a abertura de sucessão provisória, caso não se confirme a morte daquele que estava ausente e nem haja o seu retorno. Passa-se a analisar essa segunda fase.

II. Sucessão provisória

Neste momento ainda há a expectativa de retorno do ausente, mesmo de maneira remota. No entanto, seus bens não podem ficar estagnados.

De acordo com o que prevê o artigo 26 do Código Civil, deverão os interessados (previstos no artigo 27, em seus incisos, da mesma legislação) ou procurador, se houver sido estipulado pelo ausente, requerer a abertura de sucessão provisória.

¹⁰⁵ DIREITO NET. *Sucessão de Ausentes*. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1108/Sucessao-de-Ausentes> >. Acesso em: 02 abr. 2020.

¹⁰⁶ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD op. cit., p. 323.

Prescinde, tal requerimento, de obediência a tempo estipulado pela legislação brasileira.

Se estiver perante requerimento realizado por um dos interessados, já deve ter percorrido o prazo de um ano a contar da arrecadação dos bens e nomeação de curador.

Por outro lado, em se tratando de requerimento realizado pelo procurador, o prazo será mais extenso, três anos a contar da arrecadação dos bens.

Não havendo interessados nos bens do ausente, findos os prazos expostos acima, poderá o Ministério Público requerer a sucessão provisória, de acordo com o artigo 28, parágrafo primeiro do Código Civil.

No entendimento minoritário de Tartuce, confrontando o que diz o Código Civil brasileiro com o Código de Processo Civil brasileiro, legislação esta, posterior àquela, o artigo 26 do Código Civil foi revogado na parte em que explana haver prazo mais extenso quando o requerimento vier de procurados previamente nomeado.

Para o doutrinador em questão, o artigo 745, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil, fala, tão somente, em prazo de um ano a contar da publicação do edital para permitir que o ausente possa aparecer.

De mais a mais, diz, que o prazo é contado do edital e não da arrecadação de bens.

Nas palavras do doutrinador¹⁰⁷:

O dispositivo material deve ser confrontado com o tratamento dado pelo Código de Processo Civil emergente. Isso porque preconiza o §1º do art. 745 do CPC/15 que, findo o prazo previsto no edital, poderão os interessados requerer a abertura da sucessão provisória, observando-se o disposto em lei material. Não há mais menção ao prazo de um ano “da publicação do primeiro edital, sem que se saiba do ausente e não tendo comparecido seu procurador ou representante” (art. 1.163 do CPC/73). Como o CPC/15 é norma posterior e trata inteiramente da matéria, ao presente autor parece que houve revogação tácita do art. 26 CC/02 no que diz respeito ao prazo para a abertura de sucessão provisória. Assim, deve-se considerar o lapso temporal fixado no próprio edital e não mais um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, passando-se três anos.

No entanto, embora brilhante explicação, a doutrina majoritária não trata o artigo 26 do Código Civil como sendo parcialmente revogado. Não sendo, também, a posição do presente trabalho. Os dispositivos em confronto devem ser aplicados com parcimônia, com equilíbrio hermenêutico.

Realizado o requerimento de abertura de sucessão provisória, haverá citação de herdeiros, curador, cônjuge ou companheiro (a) e o Ministério Público.

¹⁰⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense. 2020, p. 244.

Os herdeiros, nesse momento, devem comprovar tal qualidade perante o juízo.

Quanto à sentença de concessão da sucessão provisória produzirá seus efeitos após cento e oitenta dias do trânsito em julgado.

Essa sentença será levada a registro no cartório de registro das pessoas naturais, em seu assento de ausência iniciado com a fase anterior.

Poderá o magistrado desde já tomar providências quando observar que, nos bens deixados pelo ausente, existe algum que esteja se deteriorando, com risco de não resistir até o fim do processo e se perder.

Com relação ao trânsito em julgado da sentença de sucessão provisória, estabelece o Código Civil, em seu artigo 28 que, em havendo testamento ou inventário para a partilha de bens poderá, desde este momento ocorrer a abertura e o procedimento cabível.

Leia-se¹⁰⁸: “[...] o art. 28 do CC prevê, contudo, que logo após o trânsito em julgado é possível a abertura de eventual testamento deixado pelo desaparecido, bem como do inventário para a partilha dos bens deixados. [...]”.

Nessa fase, mesmo após a sentença de sucessão provisória concedida, os bens não poderão ser alienados ou, mesmo, hipotecados. Somente poderão ter sua propriedade alterada após aberta a sucessão definitiva.

No entanto, será possível a desapropriação dos mesmos ou a venda para que não se deteriore e dele não se perca o valor econômico.

Em vertente oposta, é possível constatar que, neste momento, existe também a proteção com relação a credores desse ausente. Pois, com a sucessão provisória, o conjunto de bens do ausente passa a ter como possuidor, seus herdeiros. Ressaltando que a propriedade apenas advém com a abertura da sucessão definitiva.

Os herdeiros, na posse dos bens do ausente passam a responder pelos compromissos que o ausente possuía, inclusive por dívidas, até o limite da herança, conforme elenca o artigo 32 do Código Civil. Eis a forma de proteção dos credores.

A doutrina¹⁰⁹ informa que: “[...] ocorrendo a sucessão provisória, poderão os herdeiros também representar ativamente aquele que desapareceu, no caso de ser este credor em relação a terceiro.”

Não somente as dívidas são assumidas pelos herdeiros. Os ascendentes, descendentes, cônjuge e companheiro (a) fazem jus aos frutos e rendimentos que devem ser recebidos pelo

¹⁰⁸ Ibid., p. 245.

¹⁰⁹ Ibid., p. 246.

ausente. Os demais herdeiros receberão de maneira capitalizada. Cada qual recebe metade dos frutos e rendimentos.

Neste momento do processo, caso o ausente retorne, os ascendentes, descendentes, cônjuge e companheiro (a) não precisarão devolver os frutos. Já os demais herdeiros, caso comprove o ausente que não teve culpa em seu desaparecimento, devem devolver ao ausente metade dos frutos e benefícios recebidos.

A posse por parte dos herdeiros exige garantia. No entanto, essa exigência aplica-se com ressalvas, pois, não se emprega aos ascendentes, descendentes e cônjuge ou companheiro (a).

Aqueles que são herdeiros e não excetuarem a regra de garantia, não ficarão na posse do bem. Nesse caso, o magistrado deverá designar que o bem seja administrado pelo curador ou outro herdeiro que o possa exercer o cuidado. Conforme Tartuce¹¹⁰ explica:

Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida no dispositivo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia (art. 30, §1º, do CC).

Essa transmissão de representante aplica-se, inclusive, para ações em curso e àquelas que ainda poderão ser propostas, como indica o artigo 32 do Código Civil.

Neste sentido¹¹¹: “[...] os sucessores provisórios representam ativa e passivamente o ausente, correndo, portanto, contra eles as ações pendentes e aquelas que vierem a ser propostas [...]”.

Os autores que vierem a propor ação face ao ausente, o foro competente é o último domicílio daquele, antes de seu desaparecimento, conforme o artigo 49 do Código Civil.

Essa segunda fase processual durará, a princípio, dez anos, a contar da data do trânsito em julgado da abertura da sucessão provisória.

Quando dito “em regra”, excetua-se esse prazo, diminuindo em cinco anos quando o ausente tiver mais de oitenta anos e quando suas últimas notícias tiverem mais de cinco anos.

Chegando ao final a segunda fase, encerrar-se-á caso haja a confirmação do falecimento daquele que se encontrava ausente, por seu retorno ou com o pedido de conversão de sucessão provisória em definitiva.

¹¹⁰ Ibid., p. 245.

¹¹¹ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 323-324.

III. Sucessão definitiva

É a terceira e última fase da morte presumida com decretação de ausência.

Deve-se aguardar o prazo de dez anos a contar da abertura de sucessão provisória, para o requerimento da sucessão definitiva.

Nela, aqueles herdeiros que prestaram garantia para estar na posse do bem podem requerer ao magistrado o levantamento destas, pois passam a estar no domínio do bem.

Nessa fase, caso o ausente retorne, receberá os bens no estado em que estiverem. Não devendo o herdeiro arcar com possíveis perdas patrimoniais do ausente, conforme o artigo 39, *caput* do Código Civil. Leia-se¹¹²:

[...] regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo. [...]

Passados dez anos da abertura da sucessão definitiva, retornando o ausente ou aparecendo algum de seus herdeiros, não terá mais direito a bem algum.

Farias, Rosenvald e Braga Netto¹¹³ criticam essa disposição:

[...] Não deixa de ser cruel, em certos casos, a solução legal. Há casos espantosos em que a ausência dura décadas e não é voluntária (...); (...) Os piores danos, em casos assim, certamente nem são patrimoniais, mas existenciais e afetivos. E há casos bárbaros e horrendos, ainda piores. O caso de Cleveland (Estados Unidos), por exemplo, é espantoso. Ariel Castro manteve, no porão de sua casa, três mulheres reféns durante mais de 10 anos, sem que ninguém desconfiasse. Uma delas engravidou do criminoso pelo menos cinco vezes.

Os autores, de certa forma possuem razão, são situações possíveis de se ocorrer, gerando danos devastadores ao que se faz ausente e àqueles que são de seu ciclo social, em especial a família.

No entanto, com a devida vênia, há que se presar pela segurança jurídica, pois, já aberta a sucessão definitiva. O tempo entre o início do processo de decretação de ausência e a abertura de sucessão definitiva é longo, sendo remotíssima a possibilidade de retorno do ausente.

Na grande maioria, o ausente não retorna. O direito não pode ficar a mercê dessa incerteza.

¹¹² TARTUCE, op. cit., p. 247.

¹¹³ FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, op. cit., p. 324.

Com a sucessão definitiva, depois desse longo processo, declara-se morto o ausente. Existindo todos os efeitos do falecimento. Os herdeiros passam a ser proprietário do bem partilhado. Sendo incoerente ter que restituir os bens retorne. Independentemente do motivo.

O ausente esteve com seu patrimônio protegido por todo o processo da decretação de ausência, não podendo, no entanto, haver proteção *ad eterna*. Prejudicando os herdeiros e podendo gerar, inclusive, perda econômica do conjunto de bens do ausente. Adentrando na esfera de função social do patrimônio, protegida, inclusive, constitucionalmente.

Aberta a sucessão definitiva, passados os mesmo dez anos, não retornando o ausente ou não havendo herdeiros ou interessados nesses bens, serão declarados como vagos e, seu domínio passa a ser do Estado. Conforme se explica¹¹⁴:

[...] Desse modo, após esse prazo de dez anos, se não regressar o ausente, os bens arrecadados serão definitivamente dos herdeiros, não tendo o desaparecido qualquer direito. Também não retornando o ausente e não tendo ele herdeiros, os bens serão tidos como vagos (*bens ereptícios*), passando ao domínio dos Estados, nos moldes do art. 1.844 do CC. O domínio passa a ser, portanto, do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.

Encerram-se, aqui, as espécies de mortes reconhecidas pelo direito civil brasileiro. Constatando-se que, para haver a decretação da morte, não necessariamente deverá haver a presença do corpo.

Em um processo mais moroso, justamente para se ter certeza da morte, poderá haver a decretação da morte presumida com ou sem decretação de ausência, a depender das circunstâncias em que se encontrava aquele que, muito provavelmente, veio a falecer.

Inovando-se, pois, a percepção de que a morte pressupõe a presença de corpo.

No entanto, há que se dizer que a regra geral zela pela segurança jurídica de haver presença de corpo. Admitindo-se a morte presumida em casos excepcionais.

¹¹⁴ TARTUCE, op. cit., p. 248.

3. O TRATAMENTO ACERCA DO DIREITO FUNERÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Direito funerário é aquele que cuida da morte em si e seus reflexos, da preservação da memória do *de cuius*, na relação dos herdeiros e, por questão de saúde pública, observa as regras locais quanto ao sepultamento. Conforme se explica abaixo¹¹⁵:

[...] entendemos que *direito funerário* é o sistema de normas e princípios ético-sociais que organiza e disciplina as relações jurídicas decorrentes da morte da pessoa natural que se estabelecem entre pessoas e em relação a determinados lugares destinados aos mortos, com vista a preservação da memória dos antepassados.

Para entender o direito funerário dentro da legislação brasileira, é necessário entender em que parte da ciência do direito esse ramo se encaixa, em uma visão *lato sensu*.

O direito, como ciência, respalda-se em duas vertentes. A primeira, a esfera individual de cada pessoa a ele vinculada. A segunda esfera é a ligada ao convívio dessa pessoa em âmbito social, em grupos.

Ante aos mais variados formatos de direitos e relações criadas, é impossível haver um conceito estanque do que venha a ser a ciência do direito. Segundo Silva¹¹⁶, a melhor definição de direito, através das diversas evoluções é aquela que “[...] trata-se de um sistema normativo que, regulando fatos sociais valorados, organiza e disciplina conduta dos indivíduos em sociedade historicamente situados. A categoria espaço-tempo, entendemos, deve aí estar presente.”.

Ainda dentro da definição de direito, há que se observar que ele vem dividido em dois grandes ramos: direito público e direito privado.

Essa divisão idealizada por Ulpiano¹¹⁷ fundamenta-se de acordo com o interesse que se possui. Quando se está diante de um interesse do indivíduo ante a coletividade e ao Estado, se está no âmbito do direito público.

Ao contrário, quando os negócios que se travam estão ligados por relações entre particulares, com interesses, igualmente, particulares, está atuando no âmbito do interesse privado.

¹¹⁵ DA SILVA, op. cit., p. 62.

¹¹⁶ Ibid., p. 36.

¹¹⁷ Ibid., p. 37. “[...] No *Digesto*, escreveu o jurisconsulto romano: *Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singularum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.* (O direito público é o que versa sobre a República Romana; o privado é o que versa sobre interesses dos particulares.)”

Justino, no entanto, destaca que a divisão apresentada entre direito público e privado é relevante apenas para questões teóricas. Na realidade, são ramos que se interligam. Afirmando a explicação¹¹⁸:

Quer tente-se distinguir o direito público do privado levando em consideração a forma, as normas, os interesses, etc., verifica-se que há uma dupla causa a opor dificuldades de uma perfeita distinção. A primeira consiste no fato de que deve haver uma compenetração entre os dois direitos e, portanto, uma zona gris interlimitativa comum a ambos. A segunda, não menos importante, é que entrelaçando-se necessariamente as várias ciências entre si, deve, *a fortiori*, haver, entre dois ramos da mesma ciência, maior contato e pontos comuns.

Após essa breve explanação pergunta-se: Apesar de não haver divisão exata entre os ramos do direito, pertence o direito funerário ao direito público ou ao direito privado?

Na verdade, o direito funerário não está elencado nem no direito público e nem no direito privado. A depender do tema que vem tratado será de uma ou outra especialidade.

Os principais temas tratados pelo direito funerário orbitam em torno do direito administrativo, no que tange às regras dos cemitérios. Sendo, portanto, relação entre indivíduo e Estado, no âmbito do direito público.

Por outro lado, há presença de direito civil, pois, regula-se a morte, o direito sucessório, o registro do óbito, as relações com a empresa funerária que realizará os serviços de preparação do cadáver, relações essas, predominantemente privadas. São interesses da família do *de cuius*, não tendo relação, em princípio com o que é público.

Por fim, há ainda um ramo do direito penal, que trata dos crimes penais praticados face ao cadáver, de ordem pública.

Segundo Justino¹¹⁹:

[...] Embora seu caráter público em decorrência da autonomia administrativa municipal para dispor sobre regras de política mortuária, de inumações e de serviços funerários, além das concessões de sepulturas e autorizações para instalações de cemitérios, parece-nos que não pode simplesmente ser considerado como especialização do direito administrativo, e isto justamente porque, ao lado de tais questões, outras se apresentam como as que dizem respeito aos registros funerários (assentos de óbitos – que pelo ordenamento jurídico brasileiro, é matéria de direito civil), aos gastos funerários (que são tratados pelo direito sucessório), pela destinação do cadáver (cremação, inumação, etc.) que, indubitavelmente, apresenta-se como direito personalíssimo do falecido e de seus parentes. (...); (...) Além do mais, não devemos esquecer aquelas questões enfrentadas pelo direito funerário penal quando estamos frente aos crimes contra o respeito aos mortos tratados pelo Código Penal. [...]

¹¹⁸ Ibid., p. 41.

¹¹⁹ DA SILVA, op. cit., p. 48.

Trata-se, portanto, de um ramo do direito com a chamada “autonomia”. Ou seja, por autonomia se entende a possibilidade de tramitar dentro da esfera jurídica de maneira independente. O direito funerário possui características, procedimentos, campo de atuação desenvolvido e leis próprias.

Conforme explicação¹²⁰: “por autonomia de um ramo do direito entende-se o seu caráter de independência de que desfruta dentro do sistema jurídico. Para que haja autonomia de um ramo do direito, necessário é que haja matéria especializada, de métodos particulares, princípios e normas próprias. [...]”.

Quanto ao conteúdo do direito funerário, é responsável por estudar a assistência aos mortos. Assistência que, se estende para questão de saúde sanitária.

O direito funerário regula as relações que se encerram daquele que faleceu, bem como seu sepultamento de acordo com os trâmites previstos na lei. Em se tratando de regulamentação legal, preocupa-se com a forma de sepultamento.

Como dito, o sepultamento é complexo a ponto de exigir precauções quanto ao lugar e o modo de execução. Nesse sentido¹²¹: “[...] os mortos são potencialmente nocentes aos vivos. A salubridade pública, por certo, exige atenção especial.”.

3.1. Princípios norteadores do Direito Funerário

O direito funerário, ramo do direito pouco explorado, vem buscando sua independência acadêmica. Para tanto, é importante que possua princípios norteadores.

São princípios que se relacionam tanto com o direito público quanto pelo privado. Em outras palavras¹²²: “o cadáver é uma extensão da pessoa humana, exigindo-se princípios voltados, essencialmente, para o direito privado.”.

O homem, em um primeiro momento da humanidade preocupou-se com o cadáver, com seu sepultamento, com o respeito e cultos deferidos a ele. Por conta disso, os princípios norteadores do direito funerário possuem a sua essência de direito público. A doutrina¹²³ nesse sentido:

A primeira relação do homem foi com o cadáver e não com a comunidade. Antes que surgisse o Estado, o homem preocupou-se com os corpos de seus entes

¹²⁰ Ibid., p. 46.

¹²¹ Ibid., p. 47.

¹²² Ibid., p. 74.

¹²³ Ibid., p. 75.

próximos. É natural, portanto, que em muitas situações, haja predominância de interesses particulares sobre públicos. [...]

No entanto, o cadáver não pertence a uma pessoa específica, mas sim, à coletividade. Nesse caso, são importantes princípios de cunho público.

[...] É verdade que estando intimamente ligado ao direito administrativo, deste recebe e recolhe muitos de seus postulados. (...); (...) Assim, poderíamos dizer que o direito funerário, estando estruturado a partir do cadáver humano, que é um prolongamento da pessoa humana, essencialmente é direito privado. Como, entretanto, o cadáver não sendo coisa e portanto não pertencendo a ninguém no particular e a todos, no geral, há que se admitir que o interesse sobre ele é de toda a comunidade. [...]

O que se alerta é que são princípios intimamente ligados ao direito administrativo.

I. São os princípios do direito administrativo aplicáveis ao direito funerário:

a) Princípio da legalidade:

Pelo princípio da legalidade de uma maneira geral, entende-se que os atos de particulares e da própria administração pública devem ser pautados em disposições legais. Esse fundamento encontra-se elencado na Constituição Federal brasileira, artigo 5º, inciso II. Em sua literalidade ¹²⁴:

Artigo 5º da Constituição Federal: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

No direito funerário, este princípio norteador amolda-se no sentido de que, o particular não poderá deixar de respeitar as determinações legais quanto a cemitérios e regras de sepultamento.

Por outro lado, não poderá a administração pública deixar de observar questões advindas de particulares caso não existam determinações preestabelecidas quanto a cemitérios e sepultamentos.

¹²⁴ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.

b) Princípio da primazia do interesse público:

De modo geral, o interesse público prevalecerá sobre o interesse particular. Isso porque, o interesse particular é formado por ideal apenas daquela pessoa, enquanto, que o interesse público é formado pelo conjunto de vontades e ideais da coletividade, pensando no bem para todos os seres sociais.

No direito funerário, essa vontade coletiva está vinculada às ordens que estabelecem os procedimentos quanto aos cemitérios, principalmente ligado às questões sanitárias e o respeito e proteção daqueles que se foram. Justino¹²⁵: “[...] o interesse público está na conciliação entre a necessidade da preservação da higiene e na preservação do culto aos ancestrais.”.

c) Princípio da igualdade das pessoas:

O princípio da igualdade tem origem religiosa, todos são iguais perante Deus. Esse pensamento foi disseminado na Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776. A igualdade, nesse período estava ligada ao gênero humano.

Todos são iguais por serem humanos, conforme discorre o trecho abaixo¹²⁶:

Na raiz da questão encontra-se a igualdade de todos pela unidade do gênero humano, unidade da natureza entre os homens. É esta a igualdade primeira que deve nortear o tratamento a cada pessoa nas esferas econômica, social e jurídica; igualdade, naturalmente, proporcional, não utópica.

Foi no século XVIII, com o Iluminismo e o epicentro no próprio homem que, implantou-se o conceito que até hoje é utilizado. A frase “Todos são iguais perante Deus” obteve novo sentido com: “Todo são iguais perante a lei”.

Complementa-se o explicado acima¹²⁷:

A igualdade entre os homens é um ideal ético, construído lentamente no curso da História. Todos são iguais diante de Deus, pregava o Cristianismo. Todos são iguais perante a lei, dizem as modernas Constituições. À igualdade repugnam os privilégios.

Adentrando no conceito atual, tem-se que toda pessoa deve ser tratada de maneira igual perante a lei, respeitando as suas diferenças. Esse é o fundamento do princípio da igualdade, que possui previsão expressa na Constituição Federal, artigo 5º, *caput*.

¹²⁵ DA SILVA, op. cit., p. 76.

¹²⁶ Ibid., p. 80.

¹²⁷ Ibid., p. 83.

Justino¹²⁸ critica e explica que, essa igualdade nunca ocorrerá de forma linear, pois, cada pessoa possui a sua particularidade. A desigualdade está intrínseca no ser humano por sua própria natureza:

[...] Mas parece evidente que a igualdade absoluta é impossível. Os homens não são iguais. Cada indivíduo é uma criatura singular, uma pessoa humana é distinta da outra. A desigualdade entre os seres, mormente na espécie humana, é produto da natureza, é condição elementar de sua existência.

Portanto, dar igualdade significa respeitar essas desigualdades humanas e buscar dar a todos, assistência em suas necessidades de maneira que ninguém fique desamparado em suas necessidades básicas, em especial na assistência jurídica. Nesse sentido¹²⁹: “[...] a igualdade como princípio ideal se opõe à diversidade humana, por ser contrário às condições efetivamente existentes na sociedade. (...); (...) Em realidade, não se trata de suprimir as desigualdades; trata-se de garantir a todos, igualdade jurídica.”

Utilizando-se desse princípio no direito funerário pode-se dizer que, enquanto se está vivo, o ser humano é nivelado por sua classe social, econômica, profissional etc. No entanto, quando se falece, todos são apenas um cadáver. Sem qualquer outra distinção.

Todos possuem direito de serem sepultados de maneira digna e respeitosa. Caso a família não possua condições de fazê-lo, não poderá o poder público “fechar os olhos” e ignorar tal situação. Deverá agir para se cumprir a igualdade com relação à pessoa que faleceu.

Nesta toada¹³⁰:

Com a morte, entretanto, tais diferenças desaparecem. Todos são iguais. Trata-se de cadáver humano. Nada mais pode ser dito. O fato de muitas vezes o Poder Público dedicar especial atenção aos corpos de certas pessoas falecidas, ao contrário do que ocorre em relação a outras, diz respeito tão apenas à reconhecimento de relevantes serviços prestados à causa pública, quando em vida.

Esse nivelamento equivale a dizer que todos os cadáveres são iguais, isto é, que merecem o mesmo respeito e o mesmo tratamento, isto é, inumado. As solenidades ou pompas fúnebres são homenagens deferidas à pessoa que existiu.

Quando prestadas certas homenagens para aquele que faleceu, em especial, parte do Poder Público, não quer dizer diferenciação de tratamento. Representa, tão somente, o respeito por algum destaque que essa pessoa demonstrou em vida.

¹²⁸ DE AQUINO apud Ibid., p. 78.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid., p. 84.

d) Princípio das prerrogativas públicas:

A administração pública, em prol do cumprimento do interesse público, precisa de mecanismos que a permitam sobrepor o interesse individual dos cidadãos. Limitando, verdadeiramente, o interesse particular para que se tenha eficiência e maior economia possível no cumprimento das necessidades públicas.

II. São princípios do direito funerário em espécie:

a) Princípio da imunidade tributária das sepulturas:

As sepulturas, diferentemente das propriedades, possuem um viés especial. Nas sepulturas são depositados corpos de pessoas que tiveram o seu valor social e familiar. Tem como função social, guardar restos mortais de entes queridos.

Não seria adequado que, os municípios instituíssem tributação sob as sepulturas. No entanto, não impede que taxas sejam instituídas. Por exemplo, taxa de manutenção dos cemitérios. Há que se constatar que o terreno em que se encontram as sepulturas necessita de administração e manutenção.

b) Princípio da intangibilidade das sepulturas e sepulcros:

Por serem locais muitas vezes de viés sagrado, as sepulturas não podem ser alteradas de forma discricionária.

Cabe aos municípios estipularem, de forma taxativa, as possibilidades de modificação de qualquer natureza nas sepulturas e sepulcros. Veja-se¹³¹:

As sepulturas não podem ser molestadas, violadas, destruídas, reformadas sem qualquer critério previamente estabelecido. São locais destinados à paz dos mortos. Daí a necessidade dos municípios disciplinarem em suas legislações, taxativamente, as hipóteses em que se admite a demolição, a reforma, a modificação, etc.

A pessoa que vier a violar, destruir, modificar as sepulturas sem a devida autorização e fora dos casos previstos em lei, desprestigiando o princípio da legalidade. Serão responsabilizados, inclusive, em esfera penal.

c) Princípio da indisponibilidade da higiene pública:

Os procedimentos funerários devem ser realizados de forma a observar a higiene pública. De modo a impedirem qualquer contaminação que o cadáver possa trazer aos vivos

¹³¹ Ibid., p. 85.

que ali acompanham o sepultamento, que se locomova pelos cemitérios ou contaminação através dos lençóis freáticos, do meio ambiente.

A saúde dos vivos não pode ser prejudicada pela prática de maneira errada dos serviços funerários.

d) Princípio da indisponibilidade dos cadáveres:

O cadáver é indisponível como regra. Somente podendo ser o contrário por última vontade do falecido, por disposição de sua família ou em necessidades de investigação. Não podendo, dispor-se aquele que faleceu fora essas situações, sob pena de violação dos direitos da personalidade que permeiam a morte e, de maneira reflexa, sua família.

e) Princípio do poder-dever das pessoas:

Esse princípio refere-se ao direito que todo aquele que falece tem de ser sepultado. Independentemente da vontade administrativa.

Ressalta-se, inclusive, que a administração pública não pode negar-se ao sepultamento por representar verdadeiro dever de sua parte.

3.2. Da natureza jurídica dos jazigos

O sepultamento além de representar respeito àquele que faleceu e a sua família, principalmente, é questão de saúde pública.

Justino da Silva explica que o cadáver, quando exposto, pode representar perigo à saúde, eis que transmissor das mais diversas bactérias e doenças quando se encontra o corpo em decomposição.

Nas exatas palavras do doutrinador¹³²: “[...] o cadáver, de si mesmo, é potencialmente perigoso ao corpo social. Pode se transformar em instrumento de contaminação e propagador de doenças. Reside aí as preocupações sanitárias que se deve ter, através de seu afastamento.”.

Os jazigos, no Brasil, verdadeiramente representam demonstração de riquezas. Os cemitérios possuem jazigos luxuosos, com estátuas, pedras nobres e ornamentos de vultosos valores. Não são em vão os luxos nos cemitérios brasileiros. Demonstrem, em atos que, apesar daqueles não estarem mais fisicamente presentes, ainda são importantes para os entes

¹³² DE AQUINO apud Ibid., p. XLV.

vivos que formavam seu ciclo de convivência. Veja-se que, no trecho abaixo, Magda El Hosn¹³³ compara os jazigos brasileiros com os norte-americanos:

No Brasil, como sabemos muito bem, muitos usam até o cemitério para fazer suas afirmações de riqueza e status: basta ir a qualquer um e ali estão os túmulos feitos de materiais caros, extremamente enfeitados, e com o nome da família em destaque. É impossível não comparar tal costume com um que existe nos Estados Unidos, em que, em geral, os cemitérios são bastante simples, e as famílias fazem doações para várias causas em homenagem ao morto.

Há luxo nos jazigos brasileiros com estátuas, pedras nobres os envolvendo, lápides com arquitetura solene enquanto há simplicidade dos locais em que os americanos sepultam seus mortos. Geralmente, o norte-americano enterra em covas, em buracos na terra, existindo por cima somente um jardim.

3.3. Sepulcrologia: espécies de sepulturas

A sepulcrologia significa que o estudo das sepulturas em seu sentido amplo, de seus espécimes, classificações e os princípios norteadores deste ramo.

O direito funerário, em si, orbita em três pilares: cemitérios, sepulcro e sepultura. Institutos que serão vistos a seguir.

Sepultura¹³⁴ possui duas definições conexas. Em um primeiro momento, vem a ser o direito de sepultar que toda pessoa tem, embasado, principalmente, pelo princípio da dignidade humana.

Além de transmitir um direito essencial, sepultura representa o local em que o corpo é sepultado, local onde o cadáver está inumado:

Sepultura tanto é a inumação que se realiza em cova, fossa ou vala e, portanto, é ato, ação ou efeito de sepultar o cadáver, como também pode ser o *lugar* no solo (fossa, cova, vala) ou em construção, onde um cadáver está inumado. Em sentido estrito, só há sepultura, no solo, e nela, correntemente falando, é que se realizam as inumações. Portanto, é lugar de colocação de um corpo morto, dentro do solo. [...]

Sepulcro, por outro lado, não se confunde com sepultura, apresentando um sentido mais restrito, ligado à edificação construída para guardar cadáver ou mesmo, restos mortais. Conforme se explica¹³⁵:

¹³³ EL HOSN, op. cit., 2014, p. 32.

¹³⁴ DA SILVA, op. cit., Tombo II, p. 04.

¹³⁵ Ibid.

[...] consiste numa construção de alvenaria, feita com pedras ou tijolos, onde são depositados os cadáveres ou se guardam os restos mortais de pessoas falecidas. Tem o sentido de coisa, de edificação, de obra sob ou sobre a terra. São os nichos, os carneiros, columbários para guarda de cinzas (cinerários), os jazigos, os mausoléus, os panteões e os túmulos.

Não obstante as distinções realizadas acima, a doutrina especializada neste ramo não faz a distinção de nomenclatura ao se referir à sepultura e sepulcro. Na realidade prática, é comum fazer menção, tão somente, à sepultura. Por conta desse contexto, “sepultura” possui os dois conceitos apresentados, englobando o próprio conceito de “sepulcro”. De uma forma simples¹³⁶: “assim, genericamente falando, *sepulcro* também é uma sepultura.”

A depender do modo estético que encontra o local onde o cadáver é inumado se estará diante de uma determinada espécie de sepultura, as quais passarão a ser estudadas neste momento:

a) Covas:

A cova, nada mais é, do que um buraco cavado no solo, onde será depositado o cadáver e, o local é tampado com o mesmo material retirado, ou seja, com a terra. Por questões de espaço, o local em que ocorre esse sepultamento, ficará com um elevado, demonstrando-se que, ali, existe uma pessoa sepultada. Possuem, geralmente, dimensões padronizadas de acordo com as legislações municipais.

Nos exatos moldes¹³⁷:

[...] constitui-se a forma mais simples de apresentação e consiste simplesmente numa escavação do solo onde é colocado o cadáver. Após a inumação, fecha-se a cova com o uso do próprio material (terra), retirado para a sua preparação, fazendo-se com que fique pequena elevação do solo para que não se torne desaparecida. [...]

Com relação ao município do Rio de Janeiro, prevê o Decreto nº 39094/2014¹³⁸, em seu artigo 40, *caput* e parágrafos, essas covas devem ter as seguintes medidas:

Art. 40. As sepulturas para inumação de cadáveres de adultos devem ter a profundidade mínima de 1,55m, o comprimento de 2,20m e a largura de 0,80m.
 § 1º As destinadas a menores de 12 anos e maiores de 7 anos terão a profundidade mínima de 1,55m, o comprimento de 1,80m e a largura de 0,50m.
 § 2º As destinadas a menores de 7 anos terão a profundidade mínima de 1,55m, o comprimento de 1,30m e a largura de 0,40m.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid., p. 07.

¹³⁸ BRASIL. *Decreto nº 39094/14*. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2014/3910/39094/lei-organica-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

Nada impede que tais medidas sejam alteradas em situações excepcionais, de modo a não causar constrangimentos àqueles que estão sepultando e àquele que será sepultado naquela cova.

A nomenclatura “cova” significa o buraco aberto, sem estar ali presente o cadáver. A partir do momento em que o corpo é inumado passa-se a chamar de sepultura.

As covas podem ser abertas em cemitérios ou não. De forma regular, dentro das determinações sanitárias, serão abertas nos cemitérios.

Neste ano de 2020, o mundo assiste perplexo e luta contra a COVID – 19, doença transmitida através do Coronavírus. Os noticiários relatam todo o horror que esse vírus vem causando ao ser humano.

Hospitais, Serviços Funerários e Cemitérios encontram-se sobrecarregados. Em alguns lugares do mundo e, no Brasil, se receia um colapso desses serviços.

No que tange aos cemitérios, é necessário que se tenham empregados suficientes e, com equipamentos de segurança, com uma estrutura organizada.

Covas deverão ser abertas em quantidades para que se possa dar aos mortos a dignidade mínima no sepultamento e o devido respeito. Sendo importante ressaltar que, os enterros devem ocorrer rapidamente e com a presença de poucas pessoas, ante a grande possibilidade de contágio.

b) Valas:

Assim como as covas, com a COVID- 19, estão sendo abertas muitas valas.

Em sua definição, valas são várias covas abertas no chão, possibilitando o sepultamento de vários corpos, um em seguida do outro, em um mesmo espaço.

Não são de utilização aconselhável, havendo a sua presença apenas em casos de necessidade pública, como neste ano de 2020.

Após a inumação dos cadáveres, torna-se *res communis omnium*, ou seja, coisa comum a todos estejam sepultados naquele mesmo espaço.

Por não apresentar divisórias entre os caixões ali depositados, não se sabe exatamente onde cada pessoa foi enterrada, por isso tratada como coisa comum a todos.

Da Silva¹³⁹, neste sentido: “por certo, trata-se de *res communis omnium*, porque, depois dos sepultamentos, não se consegue individualizar a posição deste ou daquele cadáver.”.

¹³⁹ DA SILVA, op. cit., p. 10.

c) Túmulos:

Túmulos, diferentemente das valas, advém de uma edificação funerária realizada acima do solo em que se depositará o cadáver. Veja-se¹⁴⁰:

[...] o monumento em memória de alguém, no lugar onde está sepultado o indivíduo homenageado. (...); (...) No simbolismo, o túmulo como um monte de proporção pequena ou elevando-se em direção ao céu como uma pirâmide, o túmulo lembra o simbolismo da montanha. Cada túmulo é uma réplica modesta dos montes sagrados, reservatórios da vida.

Trata-se, em uma explicação simbólica, de uma construção em que, na verdade, se pretende homenagear aquele que faleceu. Seu corpo fica ali guardado e lembrado por aqueles que tiveram afeto pelo *de cuius*.

d) Mausoléus:

Nada mais são do que construções acima da terra, ou seja, túmulos. No entanto, se diferenciam, pois possuem acabamentos requintados. Geralmente, apresentam construções ao redor do túmulo, constituindo “capelinhas”.

Da Silva¹⁴¹ detalha o que seja o Mausoléu: “[...] trata-se de construção funerária sobre o local onde se encontra inumado o corpo de alguém ou dentro dele é colocado o morto.”.

e) Carneiros, ossários, cinerários e nichos:

Carneiros são construções de alvenaria, uma sobre a outra, com blocos lineares, com a finalidade de depositar, ali, o cadáver.

É o modo de sepultamento mais comum e útil para o caso de grandes populações, de metrópoles e grandes capitais.

De modo mais específico¹⁴²: “é a modalidade de sepultura mais cômoda para os problemas de espaço das grandes metrópoles. Em reduzido espaço se permite que seja construído um número muito grande de compartimentos para o sepultamento individualizado dos mortos.”.

São, nesses casos, ocupados menores espaços para uma grande quantidade de sepulturas. Permitindo o maior número de sepultamentos e oferecendo melhor estrutura aos habitantes daquela localidade.

¹⁴⁰ Ibid., p. 11.

¹⁴¹ Ibid., p. 12.

¹⁴² Ibid., p. 14.

Por sua vez, ossários são locais destinados à colocação de ossos que são retirados da sepultura. Pode ocorrer a colocação dos ossos no solo ou em edificações.

Possuem utilidade nos casos em que a sepultura é concedida temporariamente à inumação daquele corpo. Com a expiração do prazo de concessão, o responsável por aquele que ali se encontra no descanso eterno, nada faz: não renova o prazo de permanência do corpo naquela sepultura e nem o encaminha a local escolhido.

Como explica a doutrina¹⁴³, o ossário não é sepultura:

[...] são construções ou mesmo cavidades feitas no solo ou em edificações, destinadas à colocação de ossos retirados das sepulturas. Não são sepulturas em sentido estrito, porque neles não se coloca o corpo dos mortos. Servem para alojar restos mortais de cadáveres. [...]

Não são sepulturas, pois, ali não há cadáver, mas apenas ossos, restos mortais do cadáver que ali há algum tempo foi inumado.

Cinerários são locais em que se guardam as urnas com as cinzas daqueles que deixaram como última vontade a cremação. Geralmente estão presentes em cemitérios com fornos crematórios.

Em última explicação restaram os nichos. São cavidades de tamanho menor, destinado à colocação de ossos ou pedaços do corpo humano.

f) Jazigos:

Os jazigos são as espécies das quais compõe o gênero sepultura. Por exemplo, um túmulo é um jazigo. São construções grandes que permitem o sepultamento de vários corpos naquele mesmo espaço.

Podem ter caráter perpétuo ou temporário. Sendo perpétuos, representam sepulturas concedidas pelo Poder Público sem prazo de extinção, persistindo até que o cemitério ali exista ou àquelas obtidas em cemitérios particulares.

Estes não devem pagar parcelas periódicas para a manutenção do jazigo ou aluguéis. Somente será responsável por possíveis taxas cobradas para a conservação do cemitério e impostos.

É importante salientar quanto à propriedade perpétua que, nem mesmo a desafetação faz com que aquele que possui um jazigo perca seu direito. Desfazendo-se a propriedade

¹⁴³ Ibid.

desse terreno público, aquele que possui propriedade de jazigo terá direito a receber parte igual em novo terreno necrópole.

Neste sentido¹⁴⁴: “[...] na realidade, nem com a desafetação do cemitério extingue-se a concessão, porque assiste ao titular do direito a faculdade de receber igual local na nova necrópole.”.

Este entendimento é majoritário, mas, existem doutrinadores que entendem se tratar essa concessão em novo terreno necrópole de uma nova concessão. Não se tratando, portanto, de continuação do direito de propriedade que aquele proprietário possuía no terreno desafetado.

Em outra vertente, jazigos temporários, como se explica na própria denominação, são aqueles concedidos temporariamente, por tempo determinado. Encerrando-se o prazo de concessão, deverá o responsável renovar a concessão ou retirar os restos mortais daquele jazigo os transferindo para outro local apropriado para tal fim.

3.4. Confronto do direito funerário com o decreto lei municipal 39.094/2014

Como premissa, tem-se que os cemitérios poderão ser de duas espécies: públicos ou particulares, a depender do terreno em que se encontram instalados. Caso se encontrem em terrenos privados, não há dúvidas de que é possível adquirir uma sepultura perpétua. O proprietário adquire a sepultura que será utilizada por toda a sua família.

Nesse primeiro tipo de cemitério, o terreno será particular e as relações de serviços funerários serão estabelecidas em contrato particular, regido pelo Direito Civil. Não cabendo ao Poder Público imiscuir-se nas atividades a não ser em prol da saúde pública ou de direitos fundamentais que possam ser violados.

Apenas como comentário, como dito, tratar de assuntos relacionados à morte constantemente gera desconforto. No entanto, há que se observar que, quando da morte, surge um momento de sofrimento, deixando aquele que perdeu seu ente ou amigo querido, muitas vezes, impossibilitado de tomar as devidas providências quanto ao sepultamento. Havendo, pois, um local para a inumação daquele corpo, dispensam-se energias daqueles que se encontrem abalados.

Portanto, há que se dizer que, apesar do desconforto e temor, pensar no momento da morte, tornando tudo mais fácil para os que ficam, pode ser um ato de amor.

¹⁴⁴ Ibid., p. 15.

Ressalta-se que, não apenas com relação ao local de sepultamento, mas, também, quanto a documentações necessárias e, até mesmo deixar um testamento com as últimas vontades a serem respeitadas, torna o momento mais reconfortante.

Feitas as considerações acima, uma segunda espécie de cemitério, é o cemitério público¹⁴⁵. Nele, não há a aquisição de uma sepultura. Isso porque não há como adquirir um bem público.

Os bens públicos (e a sepultura, como vimos, é bem público porque localizada no cemitério público), como sabido, não podem ser objeto de domínio por parte do particular (...); (...) A sepultura, como o próprio cemitério, é um bem público de uso especial, isto é, com a finalidade específica, não se permitindo sua descaracterização, salvo nos casos de desafetação desses bens por parte do Poder Público, mediante processo regular. [...]

O que se tem nesse caso é a possibilidade de uma concessão de uso administrativo com finalidade especial. Nos cemitérios, existe apenas uma finalidade, as inumações.

A concessão de uso¹⁴⁶ em uma análise mais aprofundada no ramo do Direito Administrativo: “[...] é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere a pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.”

É através de contrato administrativo que se formaliza a concessão, é celebrada quando preenchidos requisitos administrativos e de acordo com a discricionariedade do poder administrativo, ou seja, analisando sua oportunidade e conveniência.

É um contrato envolvendo a vontade da administração pública em conceder uma sepultura em um terreno público e a necessidade daquele que receberá esse espaço para resguardar a dignidade de alguém que veio a falecer.

Diferentemente do que ocorre com alguns atos administrativos de consentimento, a concessão é ato que apresenta pouca precariedade. A partir do momento em que o poder público concede a sepultura cria-se o direito de permanecer sepultado.

Da Silva¹⁴⁷: “a autorização para utilização do bem público sepultura, nos cemitérios públicos e que cria o *direito-de-permanecer-sepultado*, trata-se de uma concessão administrativa. [...]”.

Pode, inclusive, aquele que recebeu a concessão proteger essa sepultura de intervenção possessória de terceiros e, até mesmo contra o poder público.

¹⁴⁵ DA SILVA, op. cit., p. 168.

¹⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 1257.

¹⁴⁷ DA SILVA, op. cit., p. 171.

Sobre essa proteção permitida ao concedido¹⁴⁸: “[...] o *jus sepulchri* se constitui em verdadeiro direito do particular sobre o bem público sepultura onde inclusive se lhe assegura a proteção possessória contra terceiro e até mesmo contra o Poder Público, titular da dominialidade. [...]”.

Em se tratando de matéria de usucapião de sepultura, insta salientar que, os bens públicos são imprescritíveis, conforme o artigo 183, parágrafo terceiro da Carta Magna brasileira. Portanto não suscetíveis deste ato.

No entanto, nada impede que se ocorra nessas situações a enfiteuse. Situação permitida tão somente quando se trata de bens públicos, em que o domínio se desdobra em duas espécies: domínio útil e domínio direto.

O domínio direto será da administração pública, ao passo que, o domínio útil pertencerá ao particular que está sob o poder do bem público.

Deve haver o registro dessa enfiteuse ou aforamento na matrícula do imóvel público para que se tenha a validade. Sobre o conceito¹⁴⁹:

[...] pela enfiteuse, dá-se o desdobramento dos poderes do domínio, fazendo com que sobre um mesmo imóvel coexistam, simultaneamente, um *domínio direto* (também chamado *domínio eminente*) e o *domínio útil*. O domínio direto é a nua propriedade, e permanece com aquele que era o titular do domínio pleno do imóvel, sendo denominado *senhorio direto* ou, simplesmente, *senhorio*, enquanto que o domínio útil reúne faculdades relativas à posse, ao uso, ao gozo do imóvel, bem como o direito de transmiti-las, sendo essas faculdades atribuídas ao titular do direito real de utilização e exploração econômica perpétua do imóvel, ao qual se dá o nome de *foreiro* ou *enfiteuta*."

Ocorrerá a enfiteuse em duas hipóteses. A primeira delas é quando o município por má administração não observa o prazo de renovação de concessão de uso da sepultura e, não haja por parte do particular, a manifestação quanto ao derradeiro prazo.

Poderá ocorrer a possibilidade de haver o sepultamento sem o respeito dos devidos tramites para a concessão. Seria um sepultamento sem o conhecimento, pela administração, do uso do bem público. Trata-se de hipótese remota, pois, os cemitérios para que realize as atividades funerárias exigem uma série de documentação que comprove o direito àquela sepultura.

¹⁴⁸ Ibid., p. 170.

¹⁴⁹ MIGALHAS. *Da aquisição de imóveis da União*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depe-so/286060/da-aquisicao-de-imoveis-da-uniao> >. Acesso em: 08 jun. 2020.

Justino esclarece que, em diversas Leis Orgânicas, ao tratar da regulamentação dos cemitérios utiliza-se da expressão compra e venda de forma genérica, para cemitérios públicos ou privados.

Trata-se, no entanto, de um equívoco de nomenclaturas, tendo-se em vista que, como exposto acima, não se pode falar em compra e venda de sepulturas em cemitérios públicos.

Nas palavras do autor¹⁵⁰: “é verdade que, em grande número de legislações municipais que conhecemos, dos Municípios brasileiros, se fala em compra-e-venda, mas a locução peca pela improbidade, não se justificando o seu uso. [...]”.

3.4.1 Direito Funerário no Município do Rio de Janeiro

Embora seja tema que se comunica diretamente com a saúde pública e o meio ambiente, o Direito Funerário organiza-se a nível municipal, através da Lei Orgânica.

São leis de extrema importância, pois o direito a um sepultamento digno perpassa pelo próprio direito da personalidade.

Explica-se¹⁵¹:

As necrópoles (melhor dizendo, os cemitérios), são locais de repouso dos corpos sepultados. Portanto, é necessário que sua incolumidade, segurança, paz sepulcral e salubridade, sejam garantidas pelo Poder Público municipal. Daí a necessidade de legislação municipal adequada protetiva desses locais.

Incluem-se os assuntos funerários nos interesses locais. Tal competência vem prevista na Constituição Federal brasileira¹⁵², no artigo 30, incisos I e V:

Artigo 30 da Constituição Federal: Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local; [...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]

Nesse mesmo sentido, a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro¹⁵³, artigo 14, inciso III:

¹⁵⁰ Ibid., p. 168.

¹⁵¹ Ibid., p. 465.

¹⁵² BRASIL, op. cit., nota 122.

¹⁵³ BRASIL. *Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro*. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

Artigo 14 da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro: O Município, pessoa jurídica de direito público interno, é unidade territorial que integra a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil e do Estado do Rio de Janeiro, dotada, nos termos assegurados pela Constituição da República, pela Constituição do Estado e por esta Lei Orgânica, de autonomia: [...]

IV - legislativa, através do exercício pleno pela Câmara Municipal das competências e prerrogativas que lhe são conferidas pela Constituição da República, pela Constituição do Estado e por esta Lei Orgânica. [...]

Com relação ao município do Rio de Janeiro existe o Decreto nº 39094/2014 que traz em seu bojo o regulamento cemiterial e funerário.

É necessário conhecer algumas regras de acordo com a natureza do cemitério implantado, se público ou privado. É o que se passa a realizar neste momento.

a) Dos cemitérios de natureza privada:

Os cemitérios privados possuirão organização própria, de acordo com o que prevê o Decreto acima, no artigo 17.

Não poderá o poder municipal impedir a construção de cemitérios privados dentro de seu território, pois é situação vinculada a direito fundamental. No entanto, é permitido que se limite o local de construção e os moldes adotados na construção. Nessa toada¹⁵⁴:

Não pode o Poder Público Municipal proibir a implantação de cemitérios privados, porque a sua permissibilidade redonda de direito maior. O que é possível é a limitação de sua ocorrência através de normas administrativas dentro da competência do interesse local da municipalidade.

O pedido de abertura do cemitério privado ocorrerá por meio de permissão administrativa. Poderá vir no bojo de uma simples petição, detalhando o local, com plantas. Direcionadas ao prefeito do município.

Sobre os cemitérios privados¹⁵⁵: “a implantação de cemitérios privados será condicionada à autorização do Poder Público Municipal através de permissão; permissão esta que será dada, uma vez preenchidos os requisitos legais previstos para o caso.”.

O chefe do executivo municipal encaminhará toda a documentação que fundamenta o pedido de permissão a uma equipe técnica.

Com a documentação em seu poder, a equipe técnica realizará um estudo de tudo que lhe foi entregue. De acordo com os artigos 12 e 13 do Decreto nº 39094/2014.

Após a aprovação da localização, deverá ser enviado à Comissão Municipal de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários da Secretaria Municipal de Conservação e

¹⁵⁴ DA SILVA, op. cit., p. 378.

¹⁵⁵ Ibid.

Serviços Públicos, o projeto completo e de forma detalhada do cemitério a que se pretende estruturar.

Em uma fase seguinte, havendo a aprovação da Comissão Municipal de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários da Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos, o processo administrativo retorna ao prefeito do Município do Rio de Janeiro

O prefeito irá, segundo a sua análise de conveniência e oportunidade, sem a vinculação ao laudo fornecido pela Comissão relacionada acima, permitir ou não a abertura do cemitério. De acordo com o que determina o artigo 24 do Decreto nº 39094/2014.

Neste sentido¹⁵⁶: “trata-se de ato discricionário, onde os critérios de conveniência e oportunidade serão tomados em consideração [...]”.

Deferindo a abertura do cemitério particular, caberá a Secretaria de Obras e a Secretaria de Saúde fiscalizar e licenciar o cemitério para que se dê início às atividades.

b) Dos cemitérios de natureza pública:

Os cemitérios públicos serão regidos pelo Decreto nº 39094/2014, com a administração direta do poder público ou por concessão a terceiros prestadores de serviços.

Explica-se¹⁵⁷:

Para que a administração dos cemitérios seja adequada, é necessário que os municípios editem leis traçando claramente regras a serem observadas nas necrópoles. (...); (...) No que diz respeito à administração, é de capital importância sejam listados os deveres fundamentais do Administrador, especificando-se as atividades básicas e estipulando as consequências para a inobservância das mesmas.

No que se trate de cemitérios públicos, serão laicos.

Permitiu o município do Rio de Janeiro que a administração seja diretamente, como já informado ou, poderá ainda ser exercida por concessão, onde terceiro irá realizar as atividades cemiteriais, fiscalizada pela administração. Conforme descreve o artigo 10 do Decreto 39094/2014.

Nesse mesmo sentido¹⁵⁸:

O caminho adequado, não podendo o Poder Público Municipal executar diretamente os serviços de funcionamento dos cemitérios, deve ser o do instituto da concessão para que a comunidade local fique dotada dessa serventia.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid., p. 462.

¹⁵⁸ Ibid., p. 377.

Na maioria das oportunidades, os cemitérios do município do Rio de Janeiro apresentam serviços terceirizados. Por esse motivo, dispensam diversos artigos no Decreto nº 39094/2014 organizando essa concessão. Podem-se destacar algumas delas.

A primeira regra a enfatizar está presente no artigo 197 do referido Decreto, estipulando que a permissão de serviço cemiterial será concedida pelo Secretário Municipal de Conservação e Serviços Públicos após oitiva da Comissão Municipal de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários e mediante o preenchimento de todos os requisitos exigidos ao longo do Decreto.

A permissão concedida é personalíssima, não podendo ser transferida a execução para terceiros. Conforme o artigo 198 do Decreto nº 39094/2014. Podendo ocorrer, no entanto, a alteração da composição da pessoa jurídica que possui titularidade nesse contrato de permissão mediante requerimento à Coordenadoria de Controle de Cemitérios.

Com relação às técnicas aplicadas nos cemitérios, deverão ser realizadas com observância do que determina o Decreto em estudo, bem como de acordo com o que prevê a ANVISA para tanto, conforme artigos 195 e 196.

É importante ressaltar que, o bom desempenho das funções pela permissionária, incluem postura e respeito perante as pessoas que ali estão se utilizando do serviço e espaço, bem como também com aqueles que faleceram e ali se encontram. Artigos 202 e 230, incisos I e II do Decreto.

Como abordado anteriormente, os direitos da personalidade cessam com o falecimento. No entanto, surgem direitos também com a morte. Seja o direito, por exemplo, a um enterro digno, que inclui o comportamento adequado por aqueles que o realizarão, seja o direito da família e antes de ter a memória do *de cujus* preservada, respeitada.

Quanto à responsabilidade da permissionária em serviço funerário, trata-se de responsabilidade objetiva. Eximindo-se a administração pública, poder concedente, de qualquer responsabilidade enquanto o cemitério estiver sob o manto do serviço da permissionária.

A remuneração dessas permissionárias/concessionárias ocorrerá, em maior monta, pelas tarifas implantadas de serviços e conservações dos usuários do cemitério. Conforme se estabelece¹⁵⁹:

Deve, portanto, cada município, deitar tabelas fixando o valor dos sepultamentos, por classes, para observância, tanto por parte dos cemitérios públicos, como pelos

¹⁵⁹ Ibid., p. 474.

particulares. A fixação desses valores independe de concessões ou permissões, pois mesmo no regime de livre concorrência, os valores máximos a serem cobrados devem ser estabelecidos pela autoridade pública.

O serviço prestado por concessionária será fiscalizado. A principal intenção de concessão de serviço público é a prestação do serviço com qualidade, o que não seria possível à administração pública naquele momento tendo-se em vista a falta de algum dos atributos que leve a excelência.

No entanto, a titularidade do serviço permanece sendo pública. Devendo, portanto, passar por fiscalização periódica para entender se aquele serviço está sendo prestado da forma correta, conforme a pretendida pelo poder público.

Corroborando para esse entendimento¹⁶⁰:

[...] Os municípios, salvo algumas raras exceções, não dispõem de estrutura administrativa para administrar diretamente todo e qualquer cemitério. Administrar os próprios já é o que se entende por bastante. Quanto aos particulares, o que se exige é que pelo menos discipline o seu funcionamento.

Em âmbito municipal, no Rio de Janeiro, segundo o artigo 242 do Decreto nº 39094/2014, essa fiscalização será realizada pela Comissão Municipal de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários da Secretaria de Conservação e Serviços Públicos. Podendo, inclusive, aplicar sanções que não sejam de competência do chefe do poder executivo municipal ou do Secretário Municipal de Conservação e Serviços Públicos.

Ressalta-se que essa Comissão Municipal de Controle de Cemitérios e Serviços Funerários fiscalizará não somente os cemitérios públicos, como os cemitérios de natureza privada também. Pois, o serviço funerário envolve não somente o direito a um sepultamento, mas, deve respeitar a dignidade da pessoa humana e, também, a saúde pública, de essencial conservação para a saúde do ser humano.

Essa mesma Comissão Municipal possui outras funções importantes como: fiscalizar a cobrança de tarifas cemiteriais; opinar necessariamente e de maneira prévia sob concessões, interdições, ampliações e reduções, cassações, extinções de cemitérios públicos; propor ao Secretário Municipal de Conservação e Serviços Públicos medidas que melhorem o funcionamento e agradem àqueles que venham a necessitar dos serviços funerários, ressalta-se que são apenas sugestões não vinculantes; observar a situação dos sepulcros, dentre outras.

¹⁶⁰ Ibid., p. 461.

4. DA (IM)PENHORABILIDADE

O direito processual civil brasileiro possui diversas formas de ações intentadas no judiciário. Em muitas das vezes a satisfação do direito prolatado na sentença não é cumprido de maneira voluntário pelo sucumbido, se fazendo necessário o processo de execução forçada.

O processo de execução voluntária, uma nova fase dentro do processo de conhecimento ou, processo autônomo, ante a um título executivo extrajudicial, por diversas vezes também não consegue satisfazer o direito do credor, mesmo com a necessária intervenção do poder judiciário.

Os motivos são diversos como, por exemplo, o executado não possuir patrimônio para quitar sua dívida ou, até mesmo, uma atitude de má fé, de dilapidação do patrimônio.

Esse processo será estudado de forma detalhada neste momento.

Nesta etapa, chega-se ao núcleo da pesquisa. Nele, observar-se-á se é possível que, na execução, ao indicar bens à penhora, um jazigo possa ser um desses bens, tendo-se em vista que por muitas vezes são cobertos de estátuas, pedras de altíssimo valor e etc. O que, em um primeiro momento poderia gerar um valor considerável em sua venda ou pagamento de dívidas.

Os Tribunais ao tratarem sobre o tema vêm apresentando distinção quanto a existência ou não de restos mortais nesses jazigos, aplicando os direitos da personalidade que devem ser zelados mesmo após a morte e a possibilidade de existirem valores econômicos desses bens.

4.1. Aspectos gerais da execução no processo civil brasileiro

Quando um interessado vai ao judiciário, provoca-o com a pretensão de que este poder efetive seu direito, não se preocupa apenas com o reconhecimento da pretensão, pois, o reconhecimento, por si só, não satisfaz a necessidade desse autor.

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara¹⁶¹:

É, pois, uma atividade destinada a fazer com que se produza, na prática, o mesmo resultado prático, ou um equivalente ao seu, do que se produziria se o direito tivesse sido voluntariamente realizado pelo sujeito passivo da relação jurídica obrigacional. A princípio, o que se espera é que o devedor da obrigação a realize voluntariamente, adimplindo com seu dever jurídico (ou seja, executando voluntariamente a prestação). Caso não ocorra a execução voluntária, porém, é lícito postular a *execução forçada*.

¹⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas Ltda, 2020, p. 320.

Portanto, implicitamente, quando da busca do judiciário, espera-se que o direito de prestação seja reconhecido e que, o judiciário apresente meios efetivos de cumprimento dessa pretensão.

Serão partes nessa execução: a) exequente – reconhecido como credor da obrigação, aquele que possui o título executivo judicial ou extrajudicial; b) executado – reconhecido como devedor da relação obrigacional existente, contra o qual se realiza a execução.

No parágrafo anterior mencionou-se os termos “título executivo judicial” e “título executivo extrajudicial”, artigo 778 do Código de Processo Civil¹⁶². O título executivo é o documento comprobatório da existência de um direito do exequente/autor.

Poderá o título executivo ser de natureza judicial quando vier formado na sentença de um processo de conhecimento, no qual o autor comprovou seu direito.

A comprovação de um direito tem a possibilidade, também, de vir demonstrado através de título executivo extrajudicial, que não sendo cumprido voluntariamente, é levado pelo exequente ao judiciário para a seu cumprimento forçado, sendo um processo autônomo, sem precedente a fase de conhecimento.

Em qualquer das formas a que o judiciário será provocado é salutar entender que já houve a constituição do direito. Em fase ou processo executivo não se discute mais se o direito existe ou não, não se apresentam provas desse direito, apenas busca a satisfação do que vem constituído no título.

Rodolfo Hartmann discorre¹⁶³:

A execução usualmente é conceituada como o processo ou etapa em que o magistrado determina as medidas executivas tendentes ao cumprimento de uma obrigação constante no título executivo. Neste processo ou etapa, a atuação jurisdicional não busca reconhecer um direito, mas sim adotar as medidas necessárias para a sua satisfação.

Assim como o processo de conhecimento, na execução também existirá uma sentença.

¹⁶² BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 20 jun. 2020. Artigo 778 do Código de Processo Civil: Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

I - o Ministério Público, nos casos previstos em lei;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

III - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;

IV - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

§ 2º A sucessão prevista no § 1º independe de consentimento do executado.

¹⁶³ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 471.

No entanto, o que se pretende na execução é a satisfação de alguma obrigação por parte do executado em favor do exequente. Tendo como premissa sempre a boa fé que norteia toda e qualquer ação.

Em outras palavras¹⁶⁴: “Na execução se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive e especialmente do executado, que atuem de forma cooperativa e de boa-fé. [...]”.

Por conta desse objetivo processual, o executado é citado a cumprir suas obrigações e não a se defender. Haverá momento oportuno, posterior ao cumprimento da obrigação, para que o executado venha a apresentar impugnação.

A impugnação à execução de título extrajudicial que, eventualmente, o exequente venha apresentar tramitará, em regra, por dependência nos mesmos autos da execução. Fala-se “em regra”, pois, poderá o executado apresentar embargos em juízo deprecado, caso esteja diante de uma carta precatória.

A competência para analisar e julgar tal oposição caberá ao juiz da execução.

A doutrina¹⁶⁵ dispõe:

Os embargos devem ser oferecidos e julgados no mesmo juízo em que tramita a execução por título extrajudicial, uma vez que há norma (art. 914, §1º) que esclarece que os mesmos serão distribuídos por dependência e autuados em apartado aos autos da execução. Mas, nem sempre é o que ocorre, pois há outro dispositivo (art. 914, §2º), que possibilita que os mesmos possam ser ofertados no juízo deprecado, nas hipóteses de expedição de carta precatória.

Quando a impugnação vier pautada em título judicial, no entanto, deverá ser processada nos mesmos autos da fase de execução. Não há restrições que essa impugnação seja apresentada ao juiz deprecante, em se tratando de carta precatória, como ocorre com a execução de título extrajudicial.

Segundo a explicação¹⁶⁶:

Já a impugnação, que é própria para a execução fundada em título executivo judicial, o CPC (art.525) prevê que deve ser apresentada nos mesmos autos, o que é indicativo de que a competência será do mesmo órgão jurisdicional. (...); (...) não há restrição em se aplicar o raciocínio mencionado acima, que eventualmente permite a apresentação dos embargos em outra localidade [...]

Após ocorrer o devido cumprimento pelo executado, sobrevirá a sentença encerrando a execução.

¹⁶⁴ CÂMARA, op. cit., p. 322.

¹⁶⁵ HARTMANN, op. cit., p. 484.

¹⁶⁶ Ibid.

Apesar de não haver instrução processual, pois não é o objetivo da fase ou processo da execução, poderão ocorrer atos processuais durante o seu processamento¹⁶⁷:

Estas medidas executivas, estabelecidas pelo magistrado no curso da execução, têm como espécie os meios de coerção ou de sub-rogação, distinguindo-se uma da outra quando se leva em consideração se o intento é forçar o próprio executado a cumprir a obrigação ou se esta tarefa pode ser desempenhada por um terceiro. [...]

Há a cautela de se explicar que os atos praticados pelo magistrado são no sentido de obrigar o cumprimento da pretensão, nada mais.

4.1.1 Princípios e características essenciais à execução

Os princípios estabelecidos à execução diferentemente dos princípios da fase de conhecimento, ligados à propositura das mais diversas ações no mundo do Direito Processual Civil Brasileiro, são restritos. Apresentam-se como fundamentos específicos à execução.

A aplicação destes princípios independe da natureza do título tratado e sendo a execução iniciando processo ou fase de cumprimento de sentença de forma forçada.

Os valores fundamentais da execução são a efetivação e a cooperação entre as partes, onde, o executado deve cumprir sua obrigação da forma menos onerosa e o exequente não deve ver encerrada a execução sem o que lhe é devido.

Destes princípios, são os primordiais à execução:

I. Princípio da efetividade:

Quando o jurisdicionado busca o judiciário procura uma solução à lide. Para que ocorra tal êxito é preciso ter como elemento a efetividade, ou seja, o reconhecimento do direito não é suficiente, ele deve ser cumprido e respeitado perante a sociedade. Quanto à isso¹⁶⁸:

[...] *Processo devido é processo efetivo*. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual persistam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”.

Sem que ocorra a efetivação de um direito reconhecido juridicamente a decisão se faz morta, ineficaz. Pois, aquele que foi ao judiciário busca satisfazer o direito reconhecido.

¹⁶⁷ Ibid., p. 471.

¹⁶⁸ DIDIER JR., Fredie et al *Curso de Direito Processual Civil: execução*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 67.

II. Princípio da disponibilidade:

Aquele que requer a execução poderá abrir mão dela a qualquer momento, independentemente da aceitação da outra parte, conforme indica o artigo 775 do Código de Processo Civil¹⁶⁹.

Câmara¹⁷⁰ expõe seu entendimento:

Como a atividade executiva se desenvolve no interesse do exequente, pode ele, a qualquer tempo, e independentemente de consentimento do executado desistir da execução (...); (...) Ocorrendo a desistência da execução, será o procedimento executivo extinto. [...]

Somente não se permitirá essa renúncia de forma unilateral quando houverem ocorrido embargos à execução. Conforme se explica¹⁷¹:

Poderá ocorrer, porém, de o exequente desistir da execução depois de o executado ter oferecido sua defesa. (...); (...) versando a defesa do executado apenas sobre questões processuais, se deverá também extinguir também a impugnação ou os embargos, cabendo ao exequente arcar com todas as despesas processuais e honorários advocatícios (art. 775, parágrafo único, I). Já se a defesa do executado versa também sobre mérito, a desistência implicará a extinção do procedimento executivo, mas a impugnação poderá prosseguir, assim como os embargos, como processo autônomo, só ocorrendo sua extinção se o executado consentir (art. 775, parágrafo único, II).

A desistência do exequente após o oferecimento de defesa do executado requer maior zelo. Isso porque observa-se que o executado já obteve o trabalho de defender-se, não devendo o exequente simplesmente desistir da execução a qualquer momento, ferindo a boa fé e a segurança jurídica aplicada aos processos no Brasil.

Neste caso, como o processo começa a se adiantar, havendo desistência do exequente e, não sendo a defesa do executado ligado ao mérito, para que ocorra a extinção do processo o autor, aquele que deu início a execução, deverá arcar com honorários e custas processuais.

No entanto, sendo a defesa com relação ao mérito, é direito do executado comprovar a sua inocência quanto à cobrança que a ele é feita, sendo possível que apenas a impugnação continue a tramitar, encerrando-se o procedimento de execução. Trata-se, em um primeiro plano de não ter que pagar por obrigação que não lhe é pertencida e, num intuito mais profundo, comprovar a sua inocência.

¹⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 160. Art. 775 do Código de Processo Civil: O exequente tem o direito de desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva.

¹⁷⁰ CÂMARA, op. cit., p. 322.

¹⁷¹ Ibid., p. 323.

III. Princípio do menor sacrifício do executado:

A execução não tem como característica a punição daquele que é executado. Tem como finalidade a satisfação de uma obrigação. Portanto, não há que se falar em atos drásticos que venham a prejudicar o devedor.

O magistrado, ao realizar a execução deve buscar estritamente o necessário e possível para que a relação se encerre com a satisfação do exequente.

Hartmann¹⁷² explica: “[...] se o magistrado vislumbra que o executado possui vários bens suficientes para o pagamento de uma dívida, não poderia permitir que a penhora recaísse sobre o bem de maior valor [...]”.

Tem-se como exemplo o artigo 805 do Código de Processo Civil¹⁷³, o qual determina que havendo meio menos gravoso para a execução, esse deverá ser escolhido pelo magistrado. Ou, que os bens advindos na penhora devem ser suficientes para satisfazer a dívida, nada mais que esse limite.

Não se pode, no entanto, perder de vista o foco da execução. O executado não pode utilizar-se desse princípio em benefício próprio prejudicando o exequente. Leia-se¹⁷⁴:

O resultado a ser alcançado é aquele estabelecido pelo direito material. A maneira de se chegar até esse resultado é que deve ser a menos onerosa possível para o executado. Isso significa que a “opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes”. [...]

Inovação trazida com o Código de Processo Civil de 2015¹⁷⁵ é o parágrafo único do artigo 805:

A inovação quanto a este princípio fica em razão de norma (art. 805, parágrafo único), que impõe ao executado, quando legar que a medida é mais grave, que o mesmo passe a ter o ônus de indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de serem mantidos os atuais. Trata-se de norma coerente e salutar, por prestigiar a boa-fé (art. 5º) e a cooperação entre as partes (art. 6º).

Portanto, com essa nova técnica é possível perceber que, inclusive o executado, entendendo que as medidas tomadas são mais gravosas que as necessárias naquela execução,

¹⁷² HARTMANN, op. cit., p. 475.

¹⁷³ BRASIL, op. cit., nota 160. Art. 805 do Código de Processo Civil: Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

¹⁷⁴ MOREIRA apud DIDIER et al, op. cit., p.81.

¹⁷⁵ HARTMANN, op. cit., p. 476.

poderá externar tal prejudicialidade perante o magistrado. Indicando, por conseguinte, meios adequados para o cumprimento da obrigação.

A penalidade para o executado que permanece omissa é a continuação da execução no modo que se iniciou, precluindo futura alegação.

O magistrado, observando se tratar de uma execução abusiva também poderá alterar o método utilizado, desde que não prejudique a execução.

IV. Princípio da patrimonialidade:

Aquele que está sendo executado responderá, tão somente, através de seu patrimônio, seja ele presente ou futuro. Não há outra forma de responsabilização como, por exemplo, com seu corpo.

Houve discussões quanto à pressão psicológica experimentada pelo executado como forma de execução extrapatrimonial. No entanto, pacificou-se o entendimento de que o temor é mera consequência daquele que possui uma obrigação a ser cumprida.

Neste passo, existem duas formas de incentivo do magistrado para que o executado cumpra com sua obrigação: meio de coerção e meio de sub-rogação. O primeiro meio é a forma psicológica de coibir o executado a cumprimento da sentença. Pelo meio de sub-rogação, no entanto, há uma substituição do executado pelo próprio Estado-juiz, que deverá executar a atividade como se fosse o devedor. Câmara¹⁷⁶ explica:

Chama-se *meio de coerção* ao mecanismo empregado pelo Estado-juiz para constringer psicologicamente o executado, a fim de que este pratique os atos necessários à realização do crédito exequente. Nesta categoria são encontrados mecanismos como a multa periódica pelo atraso no cumprimento da obrigação (...); (...) De outro lado, *meios de sub-rogação* são aqueles através dos quais o Estado-juiz desenvolve atividade que substitui a atuação do executado, dispensando-a, e que se revela capaz de produzir resultado prático equivalente ao que se teria se o próprio executado tivesse adimplido a prestação. É o que se dá, por exemplo, quando o órgão jurisdicional promove a apreensão e expropriação de bens do executado para satisfazer o crédito exequendo, ou quando realiza a busca e apreensão de um bem para entrega-lo ao exequente.

É necessário atentar-se que nem todo o patrimônio do devedor também poderá ser afetado. Permite-se a execução, tão somente, do patrimônio que não tenha proteção legal quanto à penhora.

¹⁷⁶ CÂMARA, op. cit., p. 324.

O que não se impede é que, de maneira reflexa, outros bens do devedor venham a ser atingidos. Exemplo: Perda de liberdade com prisão civil por não pagamento de pensão alimentícia.

V. Princípio da tipicidade:

O processo ou a fase de execução vêm previsto em lei. No entanto, em determinadas situações poderá haver atuação do magistrado¹⁷⁷:

[...] naquelas situações não muito claras, cabe ao magistrado integrar o vazio normativo, o que faz surgir o poder geral de efetivação. É que, em alguns casos, realmente o legislador foi completamente omissivo, sendo necessário que o magistrado conduza o processo com o objetivo de possibilitar a prestação da tutela jurisdicional. [...]

Mesmo que ocorra a atuação do magistrado, o que é perfeitamente possível, pois o Direito brasileiro não está atrelado apenas à letra de lei, não deverá o julgador atuar além dos limites estabelecidos na lei.

Sua atuação deverá ser com a busca da máxima efetividade e nos limites legais. Não podendo cometer excessos se justificando como necessária em sua atuação.

Tão importante quanto estudar os princípios de um instituto jurídico é conhecer suas nuances trazidas através das características.

São as características da execução:

a) Substitutividade:

A vontade das partes é substituída pelos atos judiciais.

Hartmann¹⁷⁸ exemplifica: “[...] esta característica fica nítida, por exemplo, quando o oficial de justiça realiza a penhora, em virtude de o executado não ter pago a dívida no prazo de três dias previstos em lei (art.829).”.

Ou seja, neste exemplo acima, o exequente deseja a satisfação quanto ao direito reconhecido na sentença, cabendo ao oficial de justiça atuar penhorando bens do executado, caso, ao ser suscitado, não tenha realizado a obrigação voluntariamente no prazo afixado.

¹⁷⁷ HARTMANN, op. cit., p. 476.

¹⁷⁸ Ibid., p. 473.

b) Definitividade:

Há controvérsias no meio jurídico se, a sentença em execução faz coisa julgada assim como a sentença na ação de conhecimento.

A parte da doutrina que entende ser impossível que essa sentença faça coisa julgada, pauta sua posição no sentido de que o processo de execução é pautado em cognição sumária, sem instrução probatória. Realizando apenas coisa julgada formal e não material, ou seja, admitindo-se nova discussão em processo autônomo. Explica a doutrina¹⁷⁹:

Um entendimento é no sentido da impossibilidade, uma vez que toda a execução se desenvolve em cognição sumária, já que não há necessidade de produzir qualquer prova para o convencimento do juiz. Nesta hipótese, a sentença proferida em sede executiva (art. 924), apenas geraria coisa julgada formal, o que poderia permitir uma nova discussão da relação jurídica material em outro processo autônomo.

No entanto, essa posição gera intranquilidade, insegurança jurídica, pois, permite que o executado que cumpriu sua obrigação possa rediscutir tal matéria. Isso não é necessário. O sistema brasileiro de execução permite ao executado a utilização do mecanismo chamado embargos à execução. Não teria sentido deixar que a ação se encerre para rediscutir a matéria se, o momento oportuno para opor-se é por meio de embargos.

Do mais, a sentença em fase de execução possui o mesmo rigor que a sentença da fase de conhecimento. Sendo um dos efeitos na sentença de conhecimento o trânsito em julgado de cunho material e formal, não devendo ser diferente em relação à execução.

A melhor doutrina entende que, de fato, ocorre o trânsito em julgado material e formal da sentença de execução.

Trazendo segurança jurídica¹⁸⁰:

Por estes motivos, enfim, é possível extrair, na jurisprudência, diversos julgados que concluem que, até mesmo uma sentença executiva transita em julgado tanto material como formalmente, uma vez que geraria reflexos na relação de direito material, não mais permitindo uma nova discussão a respeito daquela relação.

Não pode o exequente não estar seguro daquilo que recebeu no cumprimento da obrigação. Uma vez cumprida, não deve ser revista a obrigação em ação autônoma.

¹⁷⁹ THEODORO JR. apud ibid., p. 474.

¹⁸⁰ Ibid.

c) Subsidiariedade:

Utiliza-se no processo ou fase de execução regras advindas do processo de conhecimento quando não houver regulamentação própria para aquele ato executório.

4.1.2 Pressupostos da execução judicial

Como em todas as ações, para que ocorra a execução devem ser preenchidos requisitos processuais básicos. Esses pressupostos são divididos em subjetivos e objetivos.

Os subjetivos vêm relacionados às partes e ao juiz da causa. Enquanto, que os pressupostos objetivos estão relacionados à ação. Estes últimos dividem-se em intrínsecos (relacionado com atos processuais) e extrínsecos (obstáculos à formação processual, impedimentos).

O magistrado competente para a causa irá realizar uma análise inicial para verificar a presença dos requisitos. No entanto, não apenas nesse momento poderá analisar os pressupostos. Pois, alguns deles estão ligados ao processo, somente surgindo no desenrolar processual. Neste sentido¹⁸¹:

No tocante aos pressupostos conhecíveis de ofício, o primeiro momento em que se enseja o controle ao juiz é ao despachar a inicial ou o "requerimento" a que alude o art. 513, § 1.º. Entre nós, a sanção da maioria dos defeitos abre interregno para corrigir a petição (arts. 321 e 801, o último aplicável ao cumprimento, ex vido art. 513, caput). Mas, não é o único momento, porque nem sempre o vício se apresenta manifesto e, por igual, poderá surgir posteriormente à formação do processo, a exemplo da quebra da imparcialidade do órgão judiciário.

No processo de execução não são suficientes os pressupostos processuais analisados nas ações, exige-se, pois, o título executivo, seja de formação judicial ou extrajudicial.

Confirma Hartmann¹⁸²: “Os títulos executivos são classificados em judiciais (art. 515) ou extrajudiciais (art. 784).”.

Poderá a parte ter ingressado com ação de conhecimento e obter ao final uma sentença com eficácia executiva judicial. Neste caso, essa fase executiva poder-se-á chamar de “cumprimento de sentença”.

Não obstante, a parte poderá provocar o judiciário mediante título executivo extrajudicial. Este título é formado sem processo judicial de conhecimento. Ele pode, por

¹⁸¹ DE ASSIS, Araken. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 323.

¹⁸² HARTMANN, op. cit., p. 497.

exemplo, ser adquirido por meio de contrato privado registrado em cartório ou mesmo um cheque.

Além da necessidade de título executivo judicial ou extrajudicial, tal título deve ser certo, líquido e exigível.

A certeza está relacionada a real existência de um direito reconhecido acima de qualquer dúvida. Sendo, ainda, a maneira de execução dessa obrigação.

Quanto à certeza¹⁸³:

Por “certeza” se deve compreender que a obrigação deve existir, ou seja, que o título indique o *an debeatur*, que nada mais é do que uma obrigação que deve ser cumprida pelo demandado e que pode ser de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar. Não podendo ocorrer dúvidas a respeito desta obrigação [...]

Com relação à certeza, em um último momento, além da necessidade de descrever a obrigação e o seu modo de cumprimento de maneira clara, deverá existir expressamente a previsão de quem vem a ser o exequente e o executado.

Câmara¹⁸⁴ aponta que: “a obrigação cuja execução se postula deve ser certa. Significa isto dizer que só se pode promover a execução se todos os seus elementos constitutivos (credor, devedor e objeto) estiverem precisamente indicados.”.

A liquidez atrela-se a definição detalhada de qual será a obrigação a ser cumprida, qual a quantia a ser executada, o *quantum*. Conforme interpreta¹⁸⁵: “[...] é o atributo que delimita o conteúdo da prestação, como se o título estabelecesse que o devedor deva entregar um determinado bem ou realizar um tipo de serviço. [...]”.

Não é incomum a presença de título sem liquidez, tendo-se em vista que certas obrigações quando do ingresso da ação, ainda não cessaram. Por exemplo, uma pessoa que é atropelada por um particular. Por muitas vezes, o tratamento poderá demorar meses e anos, não tendo um valor exato no momento da ação de indenização. Neste caso, atribui-se um valor estimado. Mas, ao chegar na fase de execução, tal valor deve ser liquidado, ou seja, calculado e apresentado com o real valor da obrigação.

A doutrina¹⁸⁶ ensina: “caso o bem jurídico que constitui o objeto da obrigação seja um bem fungível, que precisa ser quantificado, será exigida não só a certeza, mas também a *liquidez*, ou seja, a precisa determinação da quantidade devida. [...]”.

¹⁸³ Ibid., p. 504.

¹⁸⁴ CÂMARA, op. cit., p. 328.

¹⁸⁵ HARTMANN, op. cit., p. 504.

¹⁸⁶ CÂMARA, op. cit., p. 328.

E a exigibilidade¹⁸⁷ vem relacionada com a comprovação de que aquele que se pretende executar está em falta, não cumpriu com a sua obrigação: “[...] nada mais é do que a demonstração de que uma das partes se encontra em mora, o que justificaria a provocação jurisdicional.”.

4.1.3 Competência no processo ou fase de execução

A escolha do local de execução, dentro dos limites estabelecidos no Código de Processo Civil, pertence ao exequente. Apesar de ser um processo no qual se busca o menor sacrifício para o devedor, pois a execução não possui caráter sancionatório, é direcionado à pretensão do exequente.

Quanto à escolha do local de execução¹⁸⁸:

[...] Esta opção deve ser efetuada apenas pelo exequente, pois o mesmo é que se constitui no destinatário desta norma, sendo certo que a mesma reafirma a existência do princípio de que a execução deve se desenvolver de acordo com o interesse do credor (art. 797). [...]

Esse direito de escolha do local da execução deverá ocorrer tão somente no momento de provocação judicial, na propositura da execução, segundo entendimento doutrinário.

Essa limitação é feita para que se evite a demora no processo e futuros gastos processuais, descreve Neves¹⁸⁹:

Embora a lei não estabeleça restrições à quantidade de vezes que esta opção da base territorial possa ser efetuada, a melhor exegese é que esta escolha somente poderá ser realizada uma vez, no momento inicial da etapa executiva, já que a constante modificação de competência de juízos localizados em bases territoriais distintas, pode acarretar grande dispêndio de tempo, violando princípio constitucional (art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB) [...]

Nada impede que o executado não concorde com a competência elencada pelo exequente. Neste caso poderá, em sede de impugnação, alegar a incompetência territorial.

No que relaciona à competência para a execução, dependerá da natureza apresentada no título. Em se tratando de título executivo de natureza extrajudicial, aplicar-se-á o artigo 781 do Código de Processo Civil¹⁹⁰.

¹⁸⁷ HARTMANN, op. cit., p. 504.

¹⁸⁸ Ibid., p. 482-483.

¹⁸⁹ NEVES apud Ibid., p. 483.

¹⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 781 do Código de Processo Civil: A execução fundada em título extrajudicial será processada perante o juízo competente, observando-se o seguinte:

Essa execução poderá ser proposta, na ordem preferencial: 1. No domicílio do executado, constante no título ou no local onde estão os bens sujeitos à execução; 2. Havendo mais de um domicílio, a execução poderá ocorrer de acordo com o local que escolher o exequente; 3. Não havendo certeza quanto ao domicílio do executado, a execução poderá ser promovida no local em que se encontrar o executado ou no domicílio do exequente; 4. Quando existir mais de um devedor, com domicílios diferentes, caberá ao exequente escolher em qual desses domicílios irá promover a execução; 5. Em última oportunidade, a execução poderá ser promovida no foro em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que originou o título, mesmo que o executado não resida mais naquele domicílio.

Quanto a competência da execução, em sendo o título executivo de natureza judicial, determina o artigo 516 do Código de Processo Civil¹⁹¹ que: 1. Em se tratando de processo com competência originária em Tribunal de Justiça, a execução realizar-se-á neste mesmo Tribunal; 2. Quando a competência originária for da primeira instância, a execução será na mesma vara em que houve o processamento e julgamento da ação de conhecimento.

Ao se falar em execução de título judicial, o artigo 516, parágrafo único do Código de Processo Civil determina que, nos casos dos incisos II e III deste artigo, poderá o exequente escolher como local de execução. Neste sentido, Hartmann¹⁹²: “[...] também deve ser mencionado que há norma (art. 516, parágrafo único) prevendo a possibilidade de o credor escolher a base territorial em que pretende iniciar a fase executiva.”

São as possibilidades inscritas no artigo supracitado: 1. Foro no qual se proferiu a sentença na fase de conhecimento; 2. Local onde o executado se encontra domiciliado; 3.

I - a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos;

II - tendo mais de um domicílio, o executado poderá ser demandado no foro de qualquer deles;

III - sendo incerto ou desconhecido o domicílio do executado, a execução poderá ser proposta no lugar onde for encontrado ou no foro de domicílio do exequente;

IV - havendo mais de um devedor, com diferentes domicílios, a execução será proposta no foro de qualquer deles, à escolha do exequente;

V - a execução poderá ser proposta no foro do lugar em que se praticou o ato ou em que ocorreu o fato que deu origem ao título, mesmo que nele não mais resida o executado.

¹⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 516 do Código de Processo Civil: O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

I - os tribunais, nas causas de sua competência originária;

II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição;

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

¹⁹² HARTMANN, op. cit., p. 482.

Local em que o executado possua bens passíveis de serem executados; 4. Local em que a obrigação de fazer ou não fazer devem ser cumpridas.

4.1.4 Da execução da obrigação de pagar

São diversas as formas de execução admitidas no processo civil brasileiro. No entanto, ante ao presente objetivo, é interessas tratar tão somente do cumprimento de obrigação de pagar.

Em uma primeira toada, explica-se que o modo de ingresso na execução e o decorrer deste processo irá depender da natureza do título que o exequente possui.

Entretanto, independentemente da forma de iniciar o cumprimento da obrigação, pressupõe-se, sempre, um título executivo, como forma de proteção do executado que sofrerá a perda patrimonial por justa causa.

Quanto ao título executivo¹⁹³:

A exigência de que exista um título executivo para que possa desenvolver-se a execução é um mecanismo de proteção do demandado. Não existisse esta exigência e qualquer pessoa que se dissesse credora de outra poderia demandar a execução forçada. Exigindo-se a lei, porém, que exista título executivo para que isto ocorra, protege-se o devedor, que só poderá ter seu patrimônio agredido se o demandante apresentar um título executivo. [...]

Ambas as possibilidades serão abordadas adiante.

Adverte-se que, ambos os documentos são título judiciais, diferenciando-se pela preexistência de processo de conhecimento ou não. Conforme explicação¹⁹⁴:

[...] a execução dos títulos judiciais se submetem ao regime daquilo que ficou conhecido, na linguagem processual brasileira, como *cumprimento de sentença*, enquanto a execução dos títulos extrajudiciais se faz através do que se convencionou chamar de *processo de execução*. [...]

Por questões didáticas dividir-se-á a explicação da seguinte forma:

a) Execução de obrigação de pagar sendo o título executivo de natureza judicial:

A forma de provocação do judiciário em se tratando de título executivo judicial é através de mero requerimento de instauração judicial.

O mero requerimento é suficiente, pois este título adveio de um processo de conhecimento. Com a falta do cumprimento de maneira voluntária pelo devedor, o que o

¹⁹³ CÂMARA, op. cit., p. 329.

¹⁹⁴ Ibid., p. 329-330.

exequente pretende é, tão somente, iniciar uma nova fase processual e não um novo processo. Observa-se¹⁹⁵:

O requerimento do credor não precisa ter forma de petição inicial. É uma simples peça postulando o início da fase executiva. Caso queira, o exequente já pode indicar os bens que pretende penhorar (art. 524, inc. VII) ou mesmo já requer a “penhora *on-line*” (art. 854). Vale lembrar que é rara a hipótese de o próprio devedor indicar os bens à penhora, o que apenas ocorre quando se tratar de algum procedimento especial (v.g., execução fiscal) ou quando o magistrado assim determinar (art. 774, inc. V).

É faculdade de o exequente indicar, neste primeiro ato, os bens aos quais pretende penhorar ou requerer a penhora online. Esse ato de gravame dos bens se justifica pela necessidade de proteção da efetiva execução.

Esse requerimento, além de possuir os bens indicados a penhora, terá, de maneira obrigatória, a apresentação de uma planilha com o valor da dívida de maneira atualizada.

Como faculdade, poderá o credor, requerer uma certidão de deferimento da etapa executiva. Isso, com o intuito de levá-la a cartórios e averbar essa certidão em matrícula de bens que o exequente possua para que, caso tente dilapidar seu patrimônio, o terceiro intencionado a adquiri-lo, saiba das consequências e não possa, posteriormente, alegar boa-fé nessa transação.

O Código de Processo Civil permite, ainda, que ultrapassado o prazo de cumprimento voluntário daquele que sucumbiu, o exequente proteste a sentença ou requeira ao magistrado a inclusão do nome desse devedor em cadastro de inadimplentes como meio de coerção.

Estando preenchidos os requisitos para o início da fase de execução, verificadas pelo magistrado no momento do recebimento desse requerimento, o juiz deferirá a execução, determinando, de pronto, a citação do executado.

Nesse mesmo momento em que a execução é deferida suspende-se o prazo prescricional.

A prescrição da execução é diferente da prescrição que tenha incidência na fase de conhecimento. Isso porque, surge um novo direito de ação com a fase de execução, é um novo pedido e pretensão.

Na fase de conhecimento o autor almejava o reconhecimento de um direito. Na fase de execução o objetivo é diverso. Busca-se o cumprimento da obrigação reconhecida na fase de conhecimento e não efetuada voluntariamente pelo sucumbido.

Tratando do objeto da execução¹⁹⁶:

¹⁹⁵ HARTMANN, op. cit., p. 508.

Caso o magistrado observe a regularidade do requerimento que foi formulado pelo exequente, deve deferir a execução, momento em que também determinará a intimação do executado nos termos da lei (art. 513, §2º). Porém, já foi defendido neste manual que este requerimento corporifica o exercício de um novo direito de ação, com a introdução de uma pretensão distinta daquela que foi deduzida na fase de conhecimento (v. item 27.2). Logo, sendo uma nova ação, este ato do magistrado que a defere tem o condão de interromper a prescrição (art. 802 c/c art. 513). No entanto, não se trata de uma segunda interrupção da mesma prescrição, o que nem seria possível, pois, de acordo com o Código Civil (art. 202, CC), a prescrição somente pode ser interrompida em uma ocasião. (...); (...) Logo, tratando-se de uma nova ação, há uma nova pretensão, completamente distinta da anterior, pois, enquanto na primeira pretensão se buscava o reconhecimento de um direito, nesta outra já se busca o cumprimento de uma obrigação.

Retornando à citação do executado, ocorre essa cientificação não para apresentar-se defesa, mas, sim, para cumprir sua obrigação estabelecida no título executivo. Segundo o artigo 523 do Código de Processo Civil¹⁹⁷, o executado terá o prazo de quinze dias úteis para cumprir sua obrigação.

Por segurança jurídica, esse prazo será considerado processual, motivo pelo qual se justifica a sua contagem em dias úteis conforme determina a legislação processual brasileira.

Essa citação ocorrerá, em regra, na pessoa do advogado do executado através de publicação no Diário Oficial. Não obstante, caso o executado não possua advogado ou trate-se de Defensor público, essa intimação será realizada perante o executado com aviso de recebimento.

Caso a fase executiva se inicie um ano após o trânsito em julgado, da ação de conhecimento, a referida intimação deverá ocorrer pessoalmente ao exequente, através de carta com aviso de recebimento. Conforme o artigo 513, parágrafo quarto do Código de Processo Civil¹⁹⁸.

Passados os quinze dias sem que o executado realize o pagamento incidirá multa de 10% sob o valor da obrigação e a mesma porcentagem em honorários advocatícios.

Houve discussões quanto à natureza dessa multa de 10%. Ante a percepção de que sua função precípua é estimular que o executado realize o pagamento dentro do prazo de quinze dias úteis, pode-se entendê-la como de natureza coercitiva.

¹⁹⁶ Ibid., p. 509.

¹⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 523 do Código de Processo Civil: “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.”

¹⁹⁸ Ibid. Artigo 513, § 4º do Código de Processo Civil: “Se o requerimento a que alude o § 1º for formulado após 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença, a intimação será feita na pessoa do devedor, por meio de carta com aviso de recebimento encaminhada ao endereço constante dos autos, observado o disposto no parágrafo único do art. 274 e no § 3º deste artigo.”

Hartmann¹⁹⁹ explica: “quanto ao questionamento “a”, que cuida da natureza desta multa, é correto afirmar que se trata de um meio de coerção, imposto por lei, para que o executado se sinta estimulado a cumprir o que consta no ato decisório. [...]”.

Essa multa de 10% não é imperativa. Caberá o magistrado, no caso concreto, analisar os contornos dessa execução. Podendo ocorrer, por exemplo, uma situação em que o executado não possua bens para a realização do pagamento.

Além da possível aplicação da multa de 10% ao valor da obrigação a pagar, ultrapassados os quinze dias sem o cumprimento da obrigação, de acordo com o artigo 830 do Código de Processo Civil, o juiz mandará expedir o mandado de penhora e avaliação, a ser cumprido pelo Oficial de Justiça. Podendo o Oficial de Justiça requisitar acompanhamento de um especialista para a penhora dos bens corretos. Corroborando com a explicação²⁰⁰:

Se após ter sido regularmente intimado o devedor não cumprir a obrigação no prazo de 15 (quinze) dias, será então expedido o mandado de penhora e de avaliação, que terá que ser cumprido pelo Oficial de Justiça, que também desempenha mais esta última tarefa (art. 154, inc. V), muito embora este possa alegar que depende de conhecimento técnico para realiza-la, o que motivará a nomeação de um especialista.

Não sendo localizados bens do executado, deverá suspender-se este processo, dando prazo de até um ano para que o exequente tenha a oportunidade de encontrar bens de seu devedor e ver sua obrigação sendo cumprida, conforme determina o artigo 921, inciso III do Código de Processo Civil.

Encerrado o prazo de quinze dias úteis para que o executado cumpra com sua obrigação, não realizando, inicia-se, automaticamente, o prazo de quinze dias para que o executado apresente a sua impugnação, caso opte por este ato.

A impugnação possui natureza de incidente processual. Contudo, não há entendimento pacífico no tema. Há quem entenda ser direito de ação. As matérias passíveis de discussão estão previstas no artigo 525, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal.

No entanto, este artigo não apresenta rol taxativo, podendo ocorrerem impugnações baseadas casos esparsos do ordenamento jurídico.

Não se inclui no rol de matérias pertinentes à impugnação aquilo que já foi discutido no processo de conhecimento. Para essas matérias já houve o trânsito em julgado.

¹⁹⁹ HARTMANN, op. cit., p. 511.

²⁰⁰ Ibid., p. 512.

Apresentada a impugnação ela não terá, automaticamente, o efeito suspensivo. Em outras palavras, mesmo com a apresentação da impugnação poderá ocorrer a penhora, avaliação e expropriação do bem.

Nada impede, no entanto, que o magistrado determine o efeito suspensivo, desde que o juízo seja garantido e se verifique que, com as providências de penhora e expropriação possam surtir efeitos irreversíveis para o executado.

Segundo Rodolfo Hartmann²⁰¹, baseado no princípio da paridade de armas, em havendo a concessão do efeito suspensivo da execução deve-se dar a oportunidade de manifestação do exequente. Mas esta não é uma previsão do Código de Processo Civil. Segundo o doutrinador:

O CPC também não menciona se o exequente deve ser intimado para responder aos termos de impugnação. No entanto, atento ao princípio da paridade das armas e do contraditório (art. 9º), costuma ser assegurado o mesmo prazo para que o exequente possa apresentar eventual resistência quanto aos termos de impugnação.

Caso a impugnação seja acolhida, a execução será extinta, encerrando-se a execução. A decisão de impugnação, caso seja negativa, poderá o exequente interpor agravo de instrumento, tendo-se em vista tratar de uma decisão interlocutória.

Ainda no que tange a impugnação rechaçada, neste caso, a execução continua dando-se início à fase expropriatória. Quando se chegar à alienação dos bens e pagamento do exequente/credor, encerra-se o processo por meio de sentença transitada em julgado.

b) Execução de obrigação de pagar sendo o título executivo de natureza extrajudicial:

Em passo diferente da execução fundada em título executivo judicial, o título executivo extrajudicial não prescinde de processo de conhecimento.

Ante a esta premissa, há que se entender ser necessário um processo de execução autônomo para que se cumpra a obrigação estabelecida no título executivo. Sendo assim, aqui ocorre a necessidade de apresentação de petição inicial com os requisitos do artigo 798 do Código de Processo Civil, por parte do autor/exequente.

Nela deve constar qual tipo de execução foi de opção do exequente. Poderá indicar os bens a serem penhorados, assim como no requerimento de execução fundada em título judicial. Deve apresentar uma planilha com o valor do débito atualizado.

²⁰¹ Ibid.

Apesar da roupagem de nova ação, na petição inicial somente deverá vir a prova da obrigação através da juntada do título extrajudicial e a planilha. Não se admitem provas nas quais o magistrado tenha que entrar no mérito de sua veracidade e nem mesmo pedido de provas.

Sobre a petição inicial em execução²⁰²: “Não há, contudo, necessidade de requerer a produção de qualquer prova uma vez que, na execução, o juiz não é provocado para “decidir algo” e sim para aplicar os meios necessários que garantam o cumprimento de uma obrigação.”.

Havendo alguma irregularidade na petição inicial, assim como nos demais processos, o magistrado deverá prezar pelo princípio da primazia do julgamento do mérito²⁰³ e, determinar à parte que realize a emenda de sua inicial, sanado tal vício no prazo de quinze dias úteis.

Quando o juiz deferir a execução, a prescrição ficará, automaticamente, interrompida. Como efeito do deferimento será também, a fixação pelo magistrado, de honorários advocatícios no montante de dez % sob o valor executado.

Como na execução fundada em título judicial, poderá o exequente averbar no cartório do registro de bens desse executado a penhora que neles tenham se realizado, para evitar futura fraude ou prejuízo a terceiro que tente adquirir aqueles bens constrictos. Nestes termos²⁰⁴:

[...] Tais condutas substanciam, em realidade, uma faculdade por parte do credor, e tem como finalidade evitar que o comprador de um determinado bem que integrava o patrimônio do executado possa alegar a sua boa-fé. Afinal, o entendimento do STJ, já há algum tempo, é exatamente no sentido de que, para a caracterização de eventual fraude à execução não basta apenas a comprovação do estágio de insolvência (requisito objetivo), mas, também, do elemento volitivo indicativo da má-fé (requisito subjetivo). [...]

Quanto à citação do executado, poderá ser pessoal ou ficta. A citação pessoal admite a modalidade postal.

Não sendo encontrado o executado, segundo explica Hartmann, é interessante que, antes de o exequente requerer a sua citação ficta, realize o arresto dos bens, caso saiba da existência destes. Após o arresto, o exequente deverá realizar a publicação por edital,

²⁰² Ibid., p. 519.

²⁰³ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 4º do Código de Processo Civil: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

²⁰⁴ HARTMANN, op. cit., p. 520.

transformando esse arresto em penhora e citando fictamente o executado. Nas palavras do autor²⁰⁵:

Se o executado não for localizado, não parece ser interessante a imediata publicação de editais com a finalidade de citação. Com efeito, a prescrição já foi interrompida em momento anterior (art. 802) e, antes de promover mais essa despesa, que é de relativa monta, deveria o exequente ponderar a respeito da viabilidade da promoção do arresto (art. 830), caso tenha ciência da existência de bens de propriedade do devedor.

Quanto à resposta de citação, caso ocorra regularmente e não se manifeste o executado, a execução correrá da mesma forma.

Sendo a citação na modalidade ficta, não comparecendo o executado, o juiz nomeará Defensor Dativo para que apresente embargos, caso entenda a via correta de defesa do executado.

Poderá o executado, ao ser citado, realizar o pagamento da dívida no prazo máximo de três dias ou, não pagando neste prazo, apresentar embargos à execução ou requerer o parcelamento no prazo de quinze dias.

No que tange aos embargos, deverão ser apresentados no prazo de quinze dias, contados da juntada do mandado, ficarão autuados em apenso, por possuírem natureza autônoma à ação de execução. Nele, o exequente passa a ser embargado e o executado passa a ser embargante, alterando-se os polos com relação à execução.

Discutir-se-á nos embargos tão somente o valor apostado no título ou haverá a tentativa de desconstituição do título. Não adentrando no mérito da questão.

Quanto aos embargos²⁰⁶:

[...] O que se pretende é a desconstituição do título executivo ou a revisão do valor nele contido. Não é possível, contudo, ampliar em demasia o objeto dos embargos, que realmente devem ficar restritos a esta finalidade acima indicada, não podendo ser utilizados para permitir que o embargante formule pedido com a introdução de novos elementos completamente estranhos à execução. [...]

Assim como na execução com base em título executivo judicial, a apresentação de embargos não suspende automaticamente o processo. Ou seja, poderá ocorrer a penhora, avaliação e expropriação do bem normalmente. Mas não se impede a suspensão, desde que o requerimento deste ato venha acompanhado de garantia que, em momento futuro, caso os

²⁰⁵ Ibid., p. 522.

²⁰⁶ Ibid., p. 524.

embargos não sejam admitidos há a forma de proteger o exequente que ficou aguardando o cumprimento da obrigação.

Chegando ao julgamento deste embargo, o magistrado acolhendo-o, extingue-se a execução e, o vencido será condenado a pagar honorários sucumbenciais. E o processo de execução se encerra neste momento.

Caso a decisão do magistrado for à via contrária, a execução continua, ingressando na fase expropriatória. Sendo pago ao exequente o que é devido, o juiz proferirá a sentença encerrando a execução.

O parcelamento, previsto no artigo 916 do Código de Processo Civil, opção do executado, poderá ser requerido no prazo de quinze dias, incluindo-se os três dias viabilizados para que se pague a dívida logo após a citação.

Para que ele efetivamente seja aceito, será necessário que o executado pague, inicialmente, 30% do valor da dívida e, o restante, em mais seis parcelas, com juros mensais de 1%.

Aquele que requisitar o parcelamento abre mão de embargar e, a via contrária também não será possível. Ou seja, em um exemplo, o exequente que venha a embargar e posteriormente requeira parcelamento, terá seu pedido indeferido de plano.

Neste caso do parcelamento, não há necessidade de anuência do executado, pois, desta forma ele terá sua obrigação cumprida e, como se sabe, a execução deverá ocorrer da forma menos onerosa possível para o executado. Deverá haver anuência do credor, apenas em casos de alteração dos requisitos previstos para o parcelamento.

Caso o parcelamento seja deferido pelo magistrado, a execução ficará suspensa, aguardando o pagamento integral do valor. Em havendo bens penhorados, permanecerão até o final do parcelamento como garantia do executado receber o que lhe é devido.

Não pagando o parcelamento de maneira integral, sob o montante restante incidirá a multa de 10% e, realizar-se-á a efetiva penhora dos bens indicados e permitidos por lei.

4.2. Da penhora e impenhorabilidade dos bens

A penhora de bens é fase dentro da execução em que se aproxima à satisfação do exequente. É nesta fase em que serão indicados bens suficientes para a expropriação e pagamento do exequente. Em palavras²⁰⁷ mais exatas:

²⁰⁷ Ibid., p. 531.

A execução comum, conforme estabelece o CPC (art. 824), tem por objetivo expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor. (...); (...) é por meio da mesma que irá se definir qual será o bem pertencente ao patrimônio do devedor que irá se submeter a esta expropriação. [...]

Será ato realizado pelo oficial de justiça ou por indicação da própria parte exequente ou executado, se materializando através de auto de penhora ou termo de penhora, nesta ordem.

Soa estranha a indicação de bens pelo próprio executado, no entanto isso é possível em situações específicas como: quando comprovar, pela máxima da menor onerosidade na execução que, o bem indicado por ele deve se sobrepor à indicação do exequente ou do oficial de justiça; quando houver determinação do magistrado no sentido de que o executado deverá indicar os bens a penhora; em execuções fiscais cuja legislação específica exige que o executado indique os bens à penhora, avaliação e expropriação.

A penhora possui natureza processual com regras de aplicação imediata. O que se busca dizer é que, havendo o surgimento de novas regras com relação a essa etapa da execução, aplicar-se-ão de imediato às execuções em curso. Neste sentido²⁰⁸:

Como a penhora é um ato de natureza processual, qualquer lei que discipline este tema terá aplicação imediata (art.14). Em consequência, caso seja criada uma lei estabelecendo que um determinado bem passou a ser impenhorável, os seus efeitos serão imediatamente aplicados ao processo em curso.

A avaliação dos bens penhorados, em regra, ocorrerá no momento da penhora. Podendo, no entanto, ser realizada em momento anterior, por exemplo, quando a penhora tenha ocorrido por indicação, no início da execução. O importante é não alterar essa sequência: penhora e avaliação.

A obrigação deverá comprometer os bens do devedor/executado, não se podendo falar em constrição de bens de terceiros.

Caso ocorra a indicação na penhora de bens de terceiros, esse prejudicado deverá opor-se em momento adequado, em via autônoma, através de embargos de terceiros.

Poderá haver a alteração do bem penhorado por remição, substituição, repetição, redução ou ampliação.

De modo sucinto, a remição permite que, antes da venda dos bens penhorados, o executado pague a dívida com valores atualizados e demais custas com o processo de execução e traga para si os bens constritos, encerrando a execução. A substituição, com nome

²⁰⁸ Ibid.

autoexplicativo, diz respeito a possibilidade de substituir-se o bem indicado na penhora, por qualquer dos motivos relacionados no artigo 848 do Código de Processo Civil.

Já a redução e ampliação da penhora ocorrerão quando, realizada a expropriação o valor obtido não for suficiente para o pagamento da obrigação do executado ou, houver valor excedente, que será restituído ao executado.

Por último, a repetição da penhora, prevista no artigo 850 do Código de Processo Civil, se dará quando a primeira penhora foi nula, quando o valor da primeira penhora não foi suficiente para o pagamento da obrigação ou por desistência do exequente dos primeiros bens a serem penhorados por estarem com alguma outra constrição ou se envolver em algum outro litígio.

A penhora poderá ocorrer por vários meios, tais como: penhora em dinheiro ou penhora on-line, penhora de créditos previstos em títulos, penhora em quotas e ações em sociedades, bem como de percentuais a receber de faturamento, penhora da própria empresa, penhora de semoventes.

Quanto ao titular do bem penhorado somente poderão ser atingidos bens de titularidade do executado ou de terceiro relacionado com a lide, conforme entende o artigo 790 do Código de Processo Civil.

Leia-se²⁰⁹: “podem ser objeto de penhora os bens do patrimônio do devedor e do patrimônio de terceiros responsáveis (art. 790, CPC). Jamais deve ser atingido o patrimônio de terceiros estranhos à obrigação ou à responsabilidade originada do seu inadimplemento.”.

No que tange às espécies de bens que possam ser penhorados²¹⁰: “a penhora pode recair sobre bens corpóreos (v.g., um veículo) ou incorpóreos (v.g., um direito de crédito, que até mesmo pode estar representado por um precatório.”.

A ordem de preferência vem prevista no artigo 835 do Código de Processo Civil. No entanto, essa ordem não é absoluta. Podendo ser alterada a depender do caso concreto.

A penhora de bens, mesmo dentro da ordem prevista pelo artigo 835 do Código de Processo Civil, encontra limitações. São esses os bens com impenhorabilidade absoluta ou relativa.

Didier explica que essa restrição vem ligada aos credores que vierem buscar a satisfação de seu crédito através desses bens, é uma verdadeira restrição à execução.

²⁰⁹ DIDIER JR et al, op. cit., p.834.

²¹⁰ HARTMANN, op. cit., p. 532.

Conforme aduz²¹¹: “[...] a diferença entre essas regras está no âmbito de oponibilidade do direito à impenhorabilidade: a qualquer credor, no caso da impenhorabilidade absoluta; a alguns credores, no caso da relativa.”.

Cada caso concreto deverá ser analisado com suas peculiaridades, observando as regras de impenhorabilidade, de forma a resguardar direitos fundamentais do executado. Pois, a execução rege-se pelo princípio da menor onerosidade e, nisso, inclui-se, respeitar o mínimo existencial daquele que sofre a penhora de bens.

Por outro lado, poderá o judiciário afastar a impenhorabilidade caso se observe a desproporção entre o bem juridicamente protegido e a real necessidade do devedor. Neste entendimento²¹²: “[...] as hipóteses de impenhorabilidade podem não incidir em determinados casos concretos, em que se evidencie a desproporção/desnecessidade/inadequação entre as restrições a um direito fundamental e a proteção do outro. [...]”.

Portanto, ante ao caso concreto em análise, é possível ampliar as hipóteses de impenhorabilidade. Constituem casos excepcionais e motivados na necessidade de proteção de direitos fundamentais. Tem-se como exemplo²¹³:

Não há regra expressa que proíba a penhora de um cão. No entanto, não será possível penhorar um cão-guia, que, para o cego, corresponde aos seus olhos. A natureza jurídica do cão-guia é de olho, órgão humano, e, como tal, não sujeito à responsabilidade patrimonial. A necessidade de proteção do direito fundamental à dignidade permite a interpretação judicial que repute impenhorável esse bem.

Os bens impenhoráveis não poderão ser escolhidos na penhora. Em especial no que diz respeito aos bens absolutamente impenhoráveis, previstos no artigo 833 do Código de Processo Civil. Estes últimos são bens que não podem ser penhorados nem mesmo pela vontade do proprietário, pois, representam bens mínimos para a subsistência de forma digna dessa pessoa.

Quanto aos bens impenhoráveis²¹⁴:

Assim, uma leitura mais atenta de tais normas (art. 833) permite chegar à conclusão de que, naquelas situações em que o legislador erigiu um bem como absolutamente impenhorável, o mesmo se pautou em um critério razoável para proteger um direito ou interesse extremamente relevante, como vestuário, utensílios domésticos, exercício da profissão dentre outras mais. Logo, não pode ser renunciada pelo beneficiário desta proteção.

²¹¹ DIDIER et al, op. cit., p. 835.

²¹² Ibid., p. 837.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ HARTMANN, op. cit., p. 533.

No que tange ao presente trabalho, os jazigos, no âmbito dos Tribunais brasileiros, se encontram entre os bens impenhoráveis. Aplica-se aos casos concretos aquilo que foi dito quanto à interpretação extensiva de proteção de bens do executado.

Essa questão será discutida adiante. No entanto, há que se fazer a premissa de que a doutrina apresenta tratamento diferenciado quando o jazigo possui restos mortais de quando se encontra vazio.

Nas diversas decisões proferidas, os magistrados brasileiros variam suas fundamentações na compreensão do jazigo como bem de família ou, em outra toada, como direito a última morada.

Em ambos os casos, existe um sentido mais profundo que o próprio direito escrito. Quando se trata de jazigos, podem e, geralmente existem, restos mortais. Recebendo maior proteção, pois, há a presença de direito fundamental a ser respeitado não apenas do executado, mas, do próprio corpo que ali se encontra inumado.

Ultrapassando o necessário a ser discutido sobre penhora para o presente trabalho tem-se, que, após a penhora e avaliação do bem, este ficará aos cuidados e administração do exequente ou, em depósito judicial, conforme o artigo 840, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil.

O que demonstra um dos efeitos da penhora que é a alteração da posse desse bem, que antes era do executado. Pode o bem permanecer no poder do executado, no entanto, isso ocorre em hipóteses remotas.

Em momento final da execução processual existirá a fase de expropriação, aquela realizada após a penhora e avaliação dos bens. Por ela se realiza a alienação dos bens penhorados.

Nada impede que, quando realizada a penhora em dinheiro, o exequente apenas tenha que requerer o levantamento do valor, sem necessidade de expropriação, conforme explicação da doutrina²¹⁵:

A etapa expropriatória é aquela que ocorre, no curso da execução, com o objetivo de promover a alienação dos bens do devedor que foram constritos para que o pagamento do credor seja viabilizado. Mas nem sempre a mesma irá ocorrer, pois pode ser que a penhora tenha recaído sobre o dinheiro, o que permitiria o levantamento da quantia pelo exequente dispensando o procedimento [...]

Após realizada a penhora, não havendo efeito suspensivo na execução, ocorrerá a venda dos bens escolhidos.

²¹⁵ Ibid., p. 540.

Havendo, no entanto, efeito suspensivo, deve-se aguardar a decisão do magistrado para adentrar na expropriação ou não.

Observe-se a explicação doutrinária²¹⁶:

Mas, para se evitar este tipo de situação, que envolve a possibilidade de imediata alienação dos bens do executado, é salutar que o mesmo tente obter o efeito suspensivo a defesa que tiver ofertado, tal como autoriza o CPC (art. 919, §1º). Do contrário, estará exposto à venda imediata de bens que integram o seu patrimônio. [...]

A expropriação possui espécies, são elas: adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em leilão judicial (presencial ou eletrônico). Conforme determina o artigo 879 do Código de Processo Civil.

Quanto aos procedimentos de expropriação de forma mais detalhada:

a) Adjudicação:

A adjudicação se dá quando o bem penhorado não é vendido e convertido em dinheiro. O próprio bem penhorado passará ao patrimônio do exequente, a seu requerimento e utilizando-se de preço não inferior ao encontrado na avaliação.

Câmara²¹⁷, em sua obra: “consiste a adjudicação na retirada do bem penhorado do patrimônio do executado para que seja ele transferido para o patrimônio do exequente, o que recebe em pagamento da dívida. [...]”.

Na adjudicação exige-se requerimento do exequente.

Em se tratando de transmissão de propriedade, poderá ocorrer logo após a penhora, dispensando-se qualquer outro procedimento para tanto.

O executado será citado²¹⁸ dessa adjudicação. Neste caso, porém, não toma ciência e se manifesta quanto à expropriação. O executado, tão somente, toma ciência de que haverá para ele uma perda patrimonial advinda da adjudicação do bem. Poderá, no entanto, requerer remir a execução²¹⁹.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ CÂMARA, op. cit., p. 397.

²¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 876, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil: Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;

III - por meio eletrônico, quando, sendo o caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos.

²¹⁹ Ibid. Artigo 826 do Código de Processo Civil: “Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios”.

Além de o executado ser citado, outros interessados também o serão, conforme informa o artigo 876, parágrafos quinto, sexto e sétimo, do Código de Processo Civil.

Transcendido o prazo de cinco dias da última citação dos interessados na adjudicação, não havendo invalidades ou vícios, o magistrado irá ordenar a lavratura do auto de adjudicação, colhendo as devidas assinaturas. Considerando a adjudicação acabada.

Ordenará a expedição de carta de adjudicação ao adjudicatário, que deverá ser apresentada perante o cartório do ofício imobiliário. Ou, em se tratando de coisa móvel, mandado de entrega de coisa adjudicada. Para que se oficialize a transferência de propriedade, aplica-se o artigo 877 do Código de Processo Civil.

b) Alienação do bem por particular:

Nesta modalidade, o próprio exequente requer e realiza a alienação do bem, podendo valer-se de auxílio de uma corretora de imóveis.

Caberá ao magistrado dessa execução estabelecer o prazo para a venda, bem como o valor mínimo e a possível comissão, em havendo corretor de imóvel envolvido na venda.

Será a venda formalizada por termo nos autos. Colhidas as assinaturas do termo, o magistrado mandará expedir carta de alienação, que deverá ser levado ao cartório de ofício imobiliário, em sendo bem imóvel, ou, mandado de imissão na posse, caso se esteja diante de bem móvel.

Não há tanto o que esclarecer quanto à expropriação realizada pelo particular ²²⁰:

Incumbe aos tribunais editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação por iniciativa particular, admitindo inclusive o emprego de meios eletrônicos, além de dispor sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos, os quais deverão comprovar, para se credenciarem, que estão em exercício profissional por não menos do que três anos (art. 880, §3º).

Portanto, resta claro que cada tribunal, em sua competência, irá determinar como procederá a alienação de bem particular.

c) Alienação do bem por leilão judicial:

Será a modalidade escolhida quando não se optar por adjudicação ou alienação do bem por particular.

²²⁰ CÂMARA, op. cit., p. 401.

Na alienação através de leilão judicial, ocorrerá a cargo de um leiloeiro público nomeado pelo magistrado ou, pelo exequente caso possua um leiloeiro público de seu conhecimento e confiança.

Caberá ao leiloeiro fazer a guarda desses bens e a sua apresentação para a divulgação do leilão.

Inicialmente, monta-se um edital, nos moldes do artigo 886 do Código de Processo Civil²²¹. Sendo a falta deste edital, causa de nulidade da arrematação a que esse deu ensejo.

Este edital será publicado pelo leiloeiro, em regra, no local em que os bens se encontram. Devendo haver publicação em local diverso, por determinação judicial, conforme determina o artigo 887 do Código de Processo Civil. Em sendo leilão eletrônico, a publicação se dará em site oficial designado pelo magistrado.

Com o passo da atualidade, tanto o edital quanto todo o procedimento até a arrematação deverão ocorrer, preferencialmente, de forma online²²², na rede mundial de computadores. O leilão eletrônico vem regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Não havendo tecnologia disponível no local do procedimento, poderá ocorrer a publicação no local de costume. Neste sentido²²³:

Não sendo possível a publicação na rede mundial de computadores ou considerando o juiz, em atenção às condições da sede do juízo, que esse modo de divulgação é insuficiente ou inadequado, o edital será afixado em local de costume e publicado, em resumo, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local (art. 887, §3º).

²²¹ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 886 do Código de Processo Civil: O leilão será precedido de publicação de edital, que conterá:

I - a descrição do bem penhorado, com suas características, e, tratando-se de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III - o lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes e, tratando-se de créditos ou direitos, a identificação dos autos do processo em que foram penhorados;

IV - o sítio, na rede mundial de computadores, e o período em que se realizará o leilão, salvo se este se der de modo presencial, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V - a indicação de local, dia e hora de segundo leilão presencial, para a hipótese de não haver interessado no primeiro;

VI - menção da existência de ônus, recurso ou processo pendente sobre os bens a serem leiloados.

Parágrafo único. No caso de títulos da dívida pública e de títulos negociados em bolsa, constará do edital o valor da última cotação.

²²²Ibid. Artigo 880, parágrafo terceiro do Código de Processo Civil: Os tribunais poderão editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação prevista neste artigo, admitindo, quando for o caso, o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos que 3 (três) anos.

²²³ HARTMANN, op. cit., p. 543.

É essencial a divulgação ampla do edital e todo o certame do leilão do bem em prol do princípio da publicidade, independentemente de ser eletrônico ou pelas vias de costume, através de divulgação no local da vara e por jornal de ampla circulação.

Alguns terceiros interessados no bem que está indo a leilão devem ser intimados pelo menos cinco dias antes do início do leilão, como indica o artigo 889, incisos I a VIII do Código de Processo Civil.

É interessante destacar que, o devedor, intimado, poderá exercer o seu direito de remir os bens²²⁴ e encerrar o leilão.

Quanto ao primeiro leilão, se iniciará em data e horário informados nas intimações daqueles que são interessados nessa venda pública. O lance mínimo inicial poderá ser inferior ao valor imputado ao bem na avaliação, mas deverá o juiz estabelecer preço mínimo desse lance de modo que não se arremate por preço vil²²⁵.

[...] Não se admitirá, pois, laço inferior ao preço mínimo (e se reputa vil qualquer valor que seja oferecido abaixo do mínimo). Pode ocorrer, contudo, de não ter o juiz da execução fixado o preço mínimo. Neste caso, será considerado vil o preço que não corresponde pelo menos à metade do preço da avaliação (art. 891, *caput* e parágrafo único).

O artigo 890 do Código de Processo Civil traz em seu bojo alguns casos de pessoas que não poderão participar do leilão. O que leva a pensar que o exequente estaria incluído dentre eles.

Essa afirmativa é equivocada. Eis que o exequente pode participar do leilão, pode arrematar o bem e, poderá ser por preço inferior ao da avaliação. Neste caso, o exequente abateria o valor do leilão à dívida do executado. Hartmann²²⁶ explica:

[...] No entanto, caso o credor resolva participar do leilão, poderá ser o vencedor na licitação por valor inferior ao da avaliação, desde que o mesmo não seja reputado como vil. Assim, o mesmo ficaria com o bem para si, abatendo este valor do montante do crédito e, ao mesmo tempo, permaneceria ainda como credor da eventual diferença. [...]

Aquele que alcançar o melhor lance ao final do leilão arrematará o bem. O arrematante terá que pagar o preço neste mesmo ato, podendo o fazer por depósito em conta judicial ou por meio eletrônico.

²²⁴ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo. 826 do Código de Processo Civil: “Antes de adjudicados ou alienados os bens, o executado pode, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, acrescida de juros, custas e honorários advocatícios”.

²²⁵ CÂMARA, op. cit., p. 404.

²²⁶ HARTMANN, op. cit., p. 544.

Nada impede que, aquele que esteja interessado em arrematar presente, antes do primeiro leilão a sua proposta de parcelamento. Essa proposta²²⁷ deverá indicar todos os detalhes do parcelamento, caso venha a ser deferido.

Existindo mais de uma proposta de parcelamento, o magistrado irá escolher a que for mais vantajosa e célere para o recebimento de todo o valor.

Todavia, na modalidade de venda do bem penhorado através de leilão, a compra em dinheiro, à vista, é preferencial em relação a venda parcelada, pela evidente vantagem experimentada ao se receber o valor integral já no leilão.

Até a assinatura do auto de arrematação poderá o executado remir o bem, por valor igual ao maior lance oferecido. No entanto, ocorrida a assinatura do auto de arrematação pelo leiloeiro, magistrado e arrematante imputa-se o leilão acabado e irretratável. Não podendo o executado remir o bem a partir deste momento. Leia-se²²⁸:

Seja o leilão presencial ou eletrônico, uma vez assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro será a arrematação considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que posteriormente se venha a julgar procedente a pretensão deduzida pelo executado em seus embargos ou em demanda anulatória do leilão, caso em que seu prejuízo será indenizado (art. 903).

Essa arrematação poderá ser invalidada, mediante provocação do magistrado e avaliação do alegado no prazo de dez dias.

Ultrapassados os dez dias, previsto no artigo 903, parágrafo segundo do Código de Processo Civil sem nenhuma alegação de vício na arrematação ou, em alegada, não confirmada, expedir-se-á a carta de arrematação. Documento hábil que, juntamente com o mandado de imissão na posse, deve ser levado ao cartório de ofício imobiliário, sendo bem imóvel ou, sendo bem móvel, deve ser apresentada com a ordem de entrega.

Somente ultrapassados dez dias da assinatura da arrematação se conseguirá ter acesso ao dinheiro depositado. Isso porque, durante os dez dias subsequentes a arrematação, poderá o arrematante desistir de seu ato, baseando-se no artigo 903, parágrafo quinto do Código de Processo Civil.

Em havendo desistência, o valor pago será inteiramente restituído àquele que realizou a arrematação.

²²⁷ BRASIL, op. cit., nota 160. Artigo 895, parágrafo segundo do Código de Processo Civil: “As propostas para aquisição em prestações indicarão o prazo, a modalidade, o indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo”.

²²⁸ CÂMARA, op. cit., p. 406-407.

Câmara indica que, em ocorrendo penhora de bem diverso de dinheiro e, posteriormente transformado em pecúnia, revertida ao credor, existirão dois momentos de expropriação.

A expropriação liquidativa, consiste na retirada do bem do patrimônio do executado e transformação em pecúnia com o pagamento do preço pelo comprador daquele bem. E, em um segundo momento, a expropriação satisfativa, que é o valor em pecúnia entregue ao credor, para que se satisfaça a obrigação.

Quanto a esse momento processual²²⁹:

Importante notar que no caso de se ter penhorado bem diverso de dinheiro e tendo sido este transformado em pecúnia, terão ocorrido duas expropriações diferentes. A primeira delas, chamada *expropriação liquidativa*, consiste na retirada, do patrimônio do executado, do bem penhorado, o qual é transformado em dinheiro através do pagamento feito pelo seu adquirente. Este dinheiro, pago pelo bem arrematado, porém, pertence ao executado.

Em seguida, ocorrerá a *expropriação satisfativa*, isto é, a expropriação do dinheiro necessário para satisfazer o crédito do exequente [...]

Tanto a adjudicação, quanto a venda do bem desaguam na satisfação do credor. Após ocorrerem tais procedimentos ou o credor ficará com o bem satisfazendo a sua pretensão ou, terá o cumprimento da obrigação através de pagamento em dinheiro. Encerrando-se a execução.

4.3. O entendimento majoritário pela impenhorabilidade de jazigos nos tribunais brasileiros

Em um último momento, há que se analisar o que vem entendendo a doutrina brasileira, quanto a (im)penhorabilidade dos jazigos.

Tem se tornado comum a indicação de jazigos como bem a se penhorar. Por parte do executado quando chamado à execução para indicar bens, pedindo a substituição do bem penhorado ou, por parte do exequente.

Quando se envolve o assunto morte e suas adjacências, por vezes se torna motivo de repulsa. Justificando-se essa atitude através da ideia de que o ser humano não quer chegar ao fim, não quer chegar ao momento em que tudo conquistado não estará mais com ele e que não poderá angariar novas conquistas.

Em um momento ainda pior, a morte pode significar o encerramento de uma vida que, na realidade não foi vivida, mas sim, sobrevivida.

²²⁹ Ibid., p. 408.

No entanto, em uma forma prática que vem sido enxergado por autores de ações de execução, o jazigo possui valor econômico. E, muitas vezes, valores elevados o suficiente para a quitação da obrigação.

Demonstrando que esta é a realidade, leia-se o resumo da matéria a seguir, pertencente a “sexta-feira de promoções” – *Black Friday* no Brasil. A notícia²³⁰ foi apresentado no Estado de Minas Gerais, no ano de 2019:

Cemitérios de BH entram na Black Friday e oferecem até 30% de desconto. Seguindo a tendência do mercado, que realiza descontos em produtos e serviços nesta época do ano, na tradicional promoção Black Friday, a empresa Caktus, que gerencia o marketing digital do Bosque da Esperança e do Parque Renascer, não fica de fora. Assim, até sexta-feira, quem comprar um jazigo para uso futuro em qualquer das duas unidades, paga 30% menos, para a negociação à vista. Segundo a diretora da empresa, Thaís Faria, a expectativa com a medida é de incremento de até 40% nas vendas, média alcançada no ano passado, com a primeira participação na Black Friday. “O sucesso foi tanto, que não hesitamos em repetir a dose este ano”, revela, animada.

Pode-se observar valor econômico no jazigo, ainda, nos casos de furtos de peças desses jazigos. Geralmente, são acabamentos e objetos produzidos de matérias primas nobres.

Todavia, apesar de se estar diante de um bem com comprovado valor econômico e que seria uma forma de quitação de obrigações sem adentrar no patrimônio mais próximo ao executado, os Tribunais fazem ressalvas quanto à essa possibilidade.

A primeira diferenciação a ser feita é entre os cemitérios de natureza pública e os cemitérios de natureza privada.

Ao se tratar de cemitério de natureza pública tem-se que o terreno possui natureza de bem público, portanto, inalienável. Não podendo aquele titular do jazigo negociá-lo pois, a ascensão realizada neste solo também pertence ao município.

Aquele que solicita o jazigo, o solicita temporariamente, não adquirindo a sua propriedade, podendo renovar essa concessão. Sempre com o direito de uso, no entanto, não com propriedade. Da Silva²³¹ explica:

[...] este direito tem a natureza de uma *concessão* de uso, de um bem público ao particular, que lhe assegura direitos pessoais (e até reais, uma vez levada a registro de concessão) tão amplos que alguns autores chegaram a falar de *direito* real de uso. (...); (...) no caso dos cemitérios, para que um particular venha a obter o uso de espaços para inumações, é indispensável um ato formal onde o Poder Público, através de concessão, autorize os sepultamentos ou a construção de mausoléus. [...]

²³⁰ ESTADO DE MINAS. Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/negocios/2018/11/20/interna_negocios,1006769/cemiterios-de-bh-entram-na-black-friday-e-oferecem-ate-30-de-desconto.shtml >. Acesso em: 25 ago. 2020.

²³¹ DA SILVA, op. cit., p. 395-396.

É entendimento que os cemitérios públicos, por constituírem bens públicos, insuscetíveis de penhora ou venda, não possuem nem mesmo valor econômico. Apesar de os jazigos muitas vezes serem de valor monetariamente interessante, em sendo bem público, pertence à administração. O jazigo, nessas condições, passa a não possuir valor econômico, pois não se encontra no mercado, como produto de venda.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²³² neste contexto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALVARÁ JUDICIAL. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE DIREITO DE USO DE JAZIGO. CEMITÉRIO SÃO JOÃO BATISTA. DECISÃO DETERMINANDO A CONVOLAÇÃO PARA AÇÃO DE INVENTÁRIO. INCONFORMISMO DO REQUERENTE. ALEGAÇÃO DE QUE, TRATANDO-SE DE BEM PÚBLICO DE USO ESPECIAL, O CARNEIRO EM QUESTÃO NÃO ESTARIA SUJEITO À PARTILHA, SENDO DESNECESSÁRIA A ABERTURA DE INVENTÁRIO. PROVIMENTO. 1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o cemitério municipal é bem público de uso especial. Nele é o Poder Público quem detém a propriedade dos túmulos. Apenas seu uso é concedido ao administrado (REsp 747.871/RS). 2. Nessa linha de raciocínio, a transferência causa mortis de que se cuida não requer a abertura de inventário, eis que a concessão de uso em questão se sujeita a regime peculiar, pelo qual o objeto do contrato - um jazigo perpétuo - é desprovido de valor comercial e insuscetível de ser comercializado ou transferido a terceiros, por estar situado em cemitério público, mas apenas aos familiares do titular. Desta feita, a transmissão do direito de uso do jazigo perpétuo opera-se aos herdeiros com a simples abertura da sucessão, oportunidade em que dão continuidade à posse que era exercida pelo de cujus, não havendo como a posse adquirida ser partilhada como se o de cujus tivesse a propriedade do imóvel. 3. Em suma, razão não há, data venia, para exigência de abertura de inventário, até porque não se justifica tamanho formalismo para tal providência, em que pese posições em contrário nesta Corte. 4. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO para determinar o prosseguimento da ação pelo rito de alvará.

No que tange a essa espécie de cemitério não há que se falar em penhora de jazigos em nenhuma hipótese. Não se pode penhorar o que não se tem propriedade. Pois, é sabido que, a consequência da penhora é a expropriação do bem, é a transferência de propriedade do bem para quem o compra (venda particular ou leilão público) ou para o exequente que o adjudicou.

A grande discussão gira em torno dos cemitérios de natureza particular. Nesses casos, o jazigo não pertencerá ao poder público municipal, apesar de necessidade de autorização para a sua abertura e funcionamento, principalmente por questões sanitárias. O jazigo pertencerá a quem comprou aquele espaço.

²³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Aggravado de Instrumento nº 0046631-07.2017.8.19.0000*. Relator: Desembargador Juarez Fernandes Folhes. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedvisaweb/frmFramenavegador.aspx?id=502EC5032F3C1257>>. Acesso em: 01 set. 2020.

A propriedade do jazigo, inclusive, poderá ser transmitida por ato *inter vivos*, por vocação hereditária ou por estipulação testamentária. Devendo essa transferência de propriedade ser corretamente comunicada à administradora do cemitério.

Entende-se que as sepulturas em geral podem possuir dois estados: ocupada ou desocupada. Demonstra-se perfeitamente possível a penhora do jazigo na primeira hipótese, quando não se encontram depositados restos mortais nesse jazigo ou sepultura, *latu sensu*.

Contudo, a questão se torna muito mais profunda quando naquele jazigo estiverem depositados restos mortais. Neste caso, há divisão de entendimentos na doutrina que trata do assunto. No entanto, há que se atentar que, tende-se a não permitir a penhora nesta hipótese.

O doutrinador português Antônio de Lima discorre ser perfeitamente possível essa penhora e venda do jazigo baseando-se na Teoria da Propriedade e Posse Restrita.

Por ele é dito que, poderá ocorrer a alienação do jazigo e o respeito àquele que ali se encontra inumado.

Para este doutrinador, quando se transfere a propriedade do imóvel funerário não há a transferência de propriedade dos restos mortais ali sepultados. Deverá, portanto, haver a alienação do jazigo como forma de busca do adimplemento da dívida, passando o novo proprietário a respeitar os restos mortais que ali já se encontrem.

Para essa parcela minoritária²³³:

[...] há doutrinadores que defendem a ideia de que essa tese de desrespeito aos mortos quando da alienação de jazigo não se pode levar a conclusão de que eles sejam absolutamente inalienáveis. Defendem que há o direito de propriedade sobre os jazigos, e, por isso, poderá haver alienação, respeitando-se a preservação do respeito aos mortos, mesmo porque a transferência de titularidade de um jazigo não significa que os cadáveres lá encontrados serão também objeto de apropriação. Não há então uma relação jurídica entre o proprietário do jazigo e os cadáveres neles depositados. [...]

Em outra forma de entendimento amplamente adotada nos Tribunais brasileiros, quando existirem restos mortais em jazigos, opta-se pela impossibilidade de penhora e alienação.

Apesar da brilhante posição do doutrinador português, não existe no jazigo apenas um objeto do direito. São encontrados em descanso eterno, restos mortais de alguém ou de uma família que construiu sua história, construiu relações de afeto que ainda são conservadas na

²³³ JUSBRASIL. Direito Funerário: *cemitérios*. Disponível em: < <https://thibravo.jusbrasil.com.br/artigos/169156416/direito-funerario-cemiterios>>. Acesso em: 10 out. 2019.

memória daqueles que sobrevivem. Existe um direito da personalidade *post mortem* e reflexo a ser respeitado.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia²³⁴:

Não há direito para a morte, nem ou um “direito dos mortos”. O que se protege quando se fala em morte ou na segurança do corpo para depois da morte é uma projeção do direito à vida, a proteção da dignidade e da integridade, mesmo quando não há mais a resposta material do viver.

Os Tribunais brasileiros, não apenas Tribunais de Justiça, mas, em especial, também, Tribunais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais do Trabalho, atuando na vertente da impenhorabilidade, defendem que, quando são depositados restos mortais nesses jazigos, aquele bem passa a ser amparado hora pelo direito à última morada, hora pela concepção de que o jazigo se torna bem de família.

Quando se trata de direito a última morada, em um primeiro plano, representa o direito de ter um lugar digno para se sepultar aquele que faleceu. Em uma concepção mais humana, significa o direito que se tem de ver aquele ente sepultado e resguardado de qualquer desrespeito com seu corpo morto ou com sua memória preservada.

Há ainda, o vínculo da última morada ao bem de família. Pois, aquele imóvel que abriga uma família sendo única moradia para a manutenção da dignidade da pessoa humana não se poderá perder judicialmente, sobre a proteção do direito a moradia. Direito este, que é resguardado pela Carta Magna Brasileira²³⁵, em seu artigo 6º.

Se resguardado em vida, pela Constituição da República, não há que ser diferente quando da morte. Momento em que a dignidade deve ser guardada na memória daquele que um dia foi um ente querido para a família e para seu círculo de convívio social.

O Tribunal Regional do Trabalho, ao julgar um pedido do empregado de penhora de jazigo pertencente ao empregador, por créditos trabalhistas, negou tal pleito. Fundamentou-se no direito à última morada. Conforme relato²³⁶:

²³⁴ Ibid.

²³⁵ BRASIL, op. cit., nota 122. Artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

²³⁶ JUSBRASIL. *Jazigo onde repousam restos mortais de familiar de reclamado não pode ser objeto de penhora, decide TRT – RS*. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/noticias/125342024/jazigo-onde-repousam-restos-mortais-de-familiar-de-executado-nao-pode-ser-objeto-de-penhora-decide-trt-rs>> Acesso em: 10 set. 2019.

A Seção Especializada em Execução (Seex) do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) decidiu que um jazigo onde repousam restos mortais de ente familiar de um executado não pode ser penhorado para fins de pagamento de créditos trabalhistas. (...); (...)Ao apresentar agravo de petição junto a Seex, o trabalhador alegou que a fase de execução do processo já dura oito anos, porque o executado utiliza-se de artifícios para não realizar o pagamento dos seus créditos trabalhistas. O exequente afirmou também que o jazigo conta com alta cotação no mercado, por estar localizado no cemitério do bairro Morumbi, em São Paulo, tratando-se do último bem restante possível de ser penhorado. Neste sentido, solicitou que fosse revista a decisão de primeiro grau e que o bem pudesse ser vendido judicialmente para utilizar os recursos na quitação de seus direitos.

Entretanto, a relatora do recurso, desembargadora Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, observou que o jazigo conta com três gavetas, sendo que uma delas já está ocupada por um familiar do executado desde 2008, o que torna o bem impenhorável. Para a desembargadora, é possível interpretar de forma extensiva o artigo 5º da lei 8.009/1990, que trata da impenhorabilidade da residência utilizada pela família como moradia. (...); (...) Para a magistrada, essa interpretação preserva os valores morais, sentimentais e religiosos do executado e de seus familiares, protegidos inclusive pela Constituição Federal. [...]

No que tange a defesa da impenhorabilidade por se entender como bem de família, a doutrina entende que, ao se adquirir um jazigo, geralmente, aquele bem não será apenas de um beneficiário, mas de vários deles, pertencente a uma mesma família. Nessa concepção, não é possível alienar um bem que pertença a vários titulares. Estaria violando o direito de propriedade daqueles que possuem o direito de usufruir desse bem.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios²³⁷:

Assim sendo, é crucial que a interpretação dada à Lei nº 8.009/90 pode ser ampliada para estabelecer a proteção integral a bens de relevante valor sentimental para a família, como ocorre na hipótese em apreço, máxime porque o jazigo está sendo efetivamente utilizado para guardar os restos mortais da genitora da devedora.

É entendimento, portanto, no caso do bem de família, que apesar de não haver previsão do jazigo como pertencente ao rol, ele se encontra no contexto do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Relembra-se que, quando se tratou de impenhorabilidade foi dito ser possível alterar o rol desses bens com base em relevantes valores, de acordo com o caso concreto que está em análise. Confirmando essa posição²³⁸:

Ocorre que o fato de existir apenas um titular por sepultura não exclui direitos de outros sobre o bem, pois os familiares do titular geralmente possuem o direito de uso, incluídos na concessão (cemitérios públicos) ou na propriedade (cemitérios

²³⁷ JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *AI. nº 20140020037830AGI*. Relator: Desembargador José Divino de Oliveira. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115497163/agravo-de-instrumento-agi-20140020037830-df-0003805-0420148070000>>. Acesso em: 11 mar.2020.

²³⁸ JUSBRASIL, op. cit., nota 233.

particulares). Na verdade a sepultura é um bem de família, mesmo tendo um único titular, na medida em que será a moradia permanente dos parentes mortos. Dessa forma, se existirem beneficiários na concessão ou propriedade de uma sepultura, ainda que esteja vazia, o juiz não deverá lavrar o termo de penhora.

Neste mesmo sentido, explica o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios²³⁹:

O jazigo é bem impenhorável por se tratar de uma extensão do domicílio dos membros da família. A empresa prestadora de serviços de cemitério indicou à penhora o túmulo pertencente ao devedor, ao argumento de que não se insere nas hipóteses legais que caracterizariam o bem de família. Os Julgadores, no entanto, entenderam que a proteção legal dispensada ao bem de família deve ser estendida à sepultura, pois a finalidade da Lei n.º 8.009/90 não é resguardar o devedor, tornando seus bens impenhoráveis, mas sim a proteção da entidade familiar. Para os Desembargadores, quando o túmulo abriga os restos mortais de entes queridos, não se admite a prática de atos que coloquem em risco a dignidade, a honra e o respeito à imagem dos sepultados. Assim, diante do relevante valor sentimental do bem para a família, o Colegiado não permitiu a construção do jazigo.

Observa-se, portanto, que, apesar da brilhante Teoria da Propriedade e Posse Restritas atribuída a Antônio Lima, soa, quase de maneira unânime que, em mesmo em se tratando de cemitérios particulares, quando da presença de restos mortais, não se permite a penhora de jazigos.

Há, neste caso, uma ponderação de direitos entre a satisfação do credor e a dignidade humana *post mortem*.

Os Tribunais, visivelmente, vêm entendendo que a dignidade humana deve prevalecer. Pois, não é simplesmente o cumprimento de uma obrigação. Jaz ali, restos mortais de uma pessoa querida, que incute lembranças, sentimentos e, quando se sepulta um ente significa o encerramento do ciclo da vida para aquele que faleceu e também para os que presenciaram a vida desse *de cujus*.

O poeta Bráulio Bessa²⁴⁰ define a saudade e, em certo ponto, explica o que significa o sentimento dos que sobrevivem, face aos restos mortais que se encontram sepultados.

De maneira a explicar por que a penhora de um jazigo torna-se algo muito mais doloroso do que a perda de um bem patrimonial. Pequenos trechos:

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Informativo de Jurisprudência n° 280*. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2014/informativo-de-jurisprudencia-no-80/jazigo-2013-bem-de-familia>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

²⁴⁰ BESSA, Bráulio. *Quanto custa uma saudade?* Disponível em: < <https://www.tudopoema.com.br/braulio-bessa-quanto-custa-uma-saudade/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

[...] Tanto amor no meu peito estocado, esperando por você que já partiu tão depressa, nem se quer se despediu, vez por outra me pergunto agoniado: se a saudade mora mesmo no passado, por que é que ela vive tão presente? Hoje eu olho mais pra trás do que pra frente, pra lembrar que já senti felicidade. Quer saber quanto custa uma saudade? Tenha amor, queira bem e viva ausente. (...) ; (...) Se a saudade além de ferir, matasse, com certeza eu já teria falecido, mas nem morto eu teria lhe esquecido nem a morte dava fim a esse impasse. Cada vez que minha alma se lembrasse, pediria a Deus de forma insistente, que Ele desse um jeitinho diferente pra juntar nós dois pro toda eternidade. Quer saber quanto custa uma saudade, tenha amor, queira bem e viva ausente.

Adentrar novamente nessa história “sepultada”, significa mexer com a dignidade humana dos que também estão vivos.

O direito brasileiro apresenta diversas formas de satisfação de uma obrigação que está sendo executada.

Por isso, apesar da penhora de jazigo ser o mais eficiente, humanamente falando, não significa a melhor opção. Em respeito àqueles que já estão em seu descanso eterno e àqueles que guardam com zelo os restos mortais daqueles que faleceram mas ainda despertam amor e saudade.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito de proporções jurídicas, sociais e humanas. O direito do credor em ver seu crédito satisfeito através da penhora de jazigo sopesando as limitações advindas dos direitos da personalidade.

O embate materializa-se pelo confronto do jazigo como um bem de valor econômico e o direito da personalidade resguardado *post mortem* e direitos da personalidade reflexos.

De um lado, a penhora de jazigos seria uma possibilidade de quitação de créditos que o exequente possui face ao executado. Seria, inclusive, uma forma de resolução de obrigação forçada, sem que atingisse de maneira direta o patrimônio mais próximo do devedor em execução.

No entanto, apesar de o jazigo ser um bem, ele pode guardar restos mortais. Motivo de discussão nos Tribunais brasileiros.

O entendimento desta pesquisadora perpassou por temas que orbitam a discussão as decisões sobre a (im)penhorabilidade.

Antes de adentrar no mundo do direito em si, foi necessário entender a morte, sua concepção através da história e povos. Tendo-se como ênfase o comportamento humano ante a um assunto que se busca ignorar constantemente.

Passado esse primeiro momento, houve a inserção do instituto morte no mundo jurídico, através do direito civil e direito funerário.

A pesquisadora trouxe mais adiante uma análise do direito funerário. Ramo muito pouco explorado no Direito. Entendendo essa baixa busca como a reflexo ao próprio tema central. Conclui, no entanto, ser um tema rico, apesar de não visto como agradável por tratar da morte de uma maneira desembaraçada, relacionada aos procedimentos pós morte.

Neste ponto, chegou-se à conclusão de que o direito funerário apresenta o cemitério com natureza de direito público ou de direito privado a depender a quem pertence o terreno edificado.

No primeiro caso, sendo público, as acessões realizadas serão públicas, pertencendo ao poder municipal. Poderá o serviço funerário, neste caso, ter a execução realizada por particular em contrato de prestação de serviço com o município, mas a titularidade e a fiscalização ainda ocorrerão pela municipalidade.

Quanto às sepulturas, *latu sensu*, que se encontrem nesses cemitérios públicos não serão de propriedade privada, jamais. No entanto, àqueles que têm seus entes sendo inumados nesses locais, recebem o direito de uso concedido por tempo determinado.

Como bem público, não poderá sofrer qualquer tipo de alteração de propriedade. Ou seja, não são alienáveis e, por consequência, impenhoráveis. Pois, os bens públicos não podem sofrer intervenção particular em sua propriedade.

Quando dos cemitérios particulares, a realidade é diversa. Poderá o particular adquirir uma parte do terreno de outro particular (proprietário do cemitério), para construir um local em que se depositarão os restos mortais daqueles que ele permitir.

Neste caso, surge a discussão da possibilidade de penhora de jazigos em prol do pagamento de uma dívida exigida em processo de execução.

Ao longo da pesquisa, descobriu-se que os Tribunais vêm distinguindo os jazigos particulares que se encontram com restos mortais daqueles sem restos mortais. Não bastando, simplesmente, que seja de natureza particular, portanto.

Nesta discussão travada, observou-se que a jurisprudência brasileira apresenta entendimento de que, quando o jazigo se encontra vazio, não há que se falar em impossibilidade de penhora, pois, é um bem com valor econômico.

Contudo, estando inumados restos mortais, não seria viável tal procedimento executório. Se tornaria caro àquele que sofresse esse tipo de penhora, não de maneira monetária, mas, de maneira humanitária voltada aos direitos da personalidade.

Ver a penhora do jazigo com restos mortais de seu ente querido caracterizaria uma segunda perda do *de cuius* ou mesmo, o despertar de lembranças doloridas.

Em uma toada mais jurídica, os Tribunais entendem, na prática, o jazigo como última morada.

Durante a vida, toda pessoa possui o direito de uma moradia digna. Direito, inclusive estabelecido constitucionalmente. Falecendo esta pessoa, não seria menos importante garantir-lhe dignidade e, a sua própria família que passa por momento tão difícil. Caracteriza-se como um local de descanso eterno, não devendo ser violado de forma alguma.

Os Tribunais também julgam no sentido de o jazigo representar um bem de família, portanto, impenhorável por esta natureza. A jurisprudência discorre no sentido de que o rol dos bens impenhoráveis não é exaustivo, mas, tão somente, exemplificativo. Admitindo que o magistrado, ao analisar o caso concreto em contentio, entenda que um bem de suma importância para a manutenção da dignidade humana seja alcançado pelo manto da impenhorabilidade.

Os jazigos são bem de família, pois, em quase totalidade dos casos, aquele que adquire a propriedade funerária não a adquire apenas para ele, mas, para uma universalidade de beneficiários.

Quando estes são elencados como futuros usuários passam a ter seu direito protegido. Não podendo ocorrer a penhora de um bem que possui restos mortais de entes dos demais condôminos. Representaria uma forma de intervenção da propriedade de terceiros que não possui relação com a dívida. Focado, especialmente, na presença de restos mortais e não apenas na propriedade ser dividida entre vários beneficiários.

A pesquisadora, concluiu que, mesmo havendo correntes minoritárias entendendo ser viável a penhora de jazigos com restos mortais, tende a aceitar a impenhorabilidade de jazigos.

Compreendeu que seria uma forma viável de penhora quando não presentes restos mortais e, não havendo outros bens a serem oferecidos como pagamento de uma dívida cobrada judicialmente através de processo de execução.

No entanto, concorda com as decisões dominantes dos Tribunais por ter a percepção de que essa penhora afetaria diretamente os direitos da personalidade *post mortem* e os direitos da personalidade reflexos daqueles que experimentassem a perda da propriedade do local em que se encontram inumados restos mortais dos que merecem respeito pela história que deixaram na vida desse executado e beneficiários.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BESSA, Bráulio. *A corrida da vida*. Disponível em: < <https://www.culturagenial.com/poemas-braulio-bessa/>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. *Quanto custa uma saudade?* Disponível em: < <https://www.tudoepoema.com.br/braulio-bessa-quanto-custa-uma-saudade/>>. Acesso em: 01 set. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

_____. *Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 abr. 2020.

_____. *Decreto nº 39094/14*. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2014/3910/39094/lei-organica-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. *Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro*. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-rio-de-janeiro-rj>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. *CJF. I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/728> >. Acesso em: 02 mar. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018.

CONJUR. *Liberdade de expressão: Comentário de Rafinha Bastos sobre Wanessa foi "grosseiro", diz STJ*. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/comentario-rafinha-bastos-wanessa-foi-grosseiro-stj?source=post_page----- >. Acesso em: 17 fev.2020.

DA SILVA, Justino Adriano Farias. *Tratado de direito funerário*, v. 1 e 2. São Paulo: Método, 2000.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. Salvador: JusPodivum, 2019.

DIREITO NET. *Sucessão de Ausentes*. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1108/Sucessao-de-Ausentes> >. Acesso em: 02. abr. 2020.

EL ROSN, Magda Abou. *O direito de sepultar e as consequências no Mundo Jurídico (Jus Sepulchri)*. Belém: GRT, 2014.

ESTADO DE MINAS. *Cemitérios de BH entram na Black Friday e oferecem até 30% de desconto*. Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/negocios/2018/11/20/interna_negocios,1006769/cemiterios-de-bh-entram-na-black-friday-e-oferecem-ate-30-de-desconto.shtml >. Acesso em: 25 ago. 2020.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; _____. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. Salvador: JusPodivum, 2018.

_____; _____. BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: JusPodivm, 2019.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso completo do Novo Processo Civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JUSBRASIL. *Direito Funerário: cemitérios*. Disponível em: < <https://thibravo.jusbrasil.com.br/artigos/169156416/direito-funerario-cemiterios> >. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. *Jazigo onde repousam restos mortais de familiar de reclamado não pode ser objeto de penhora, decide TRT – RS*. Disponível em: < <https://trt-4.jusbrasil.com.br/noticias/125342024/jazigo-onde-repousam-restos-mortais-de-familiar-de-executado-nao-pode-ser-objeto-de-penhora-decide-trt-rs> > Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *AI. nº 20140020037830AGI*. Relator: Desembargador José Divino de Oliveira. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115497163/agravo-de-instrumento-agi-20140020037830-df-0003805-0420148070000> >. Acesso em: 11 mar. 2020.

MIGALHAS. *Da aquisição de imóveis da União*. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/286060/da-aquisicao-de-imoveis-da-uniao> >. Acesso em: 08 jun. 2020.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida: Um ensaio sobre os direitos da personalidade post mortem*. São Paulo: LTR, 2009.

NALINI, José Renato. *Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a morte: Pronto para partir?*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTO AGOSTINHO. *A morte não é nada*. Disponível em: < <https://www.padrereginaldomanzotti.org.br/artigo/a-morte-nao-e-nada-santo-agostinho/> >. Acesso em: 16 set. 2019.

SCHIREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VARELLA, Drauzio. *O momento da morte*. Disponível em: < drauziovarella.uol.com.br/drauzio/artigos/o-momento-da-morte-artigo/ >. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. *O que é preciso fazer quando um familiar morre?* Disponível em: < <https://drauziovarella.uol.com.br/reportagens/o-que-e-preciso-fazer-quando-um-familiar-morre/> >. Acesso em: 02 abr. 2020.