



Nuno Tiago Cruz Reis Samelo

**Aspectos relativos à tutela *post-mortem* da Personalidade Humana no  
Direito Civil: uma abordagem juscivilística do problema dos  
cemitérios.**

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.  
Sob Orientação da Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa

Coimbra-2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A São José de Arimateia

Aos meus Pais e Irmão,  
a quem qualquer agradecimento será sempre insuficiente.

À Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa,  
a quem dedico pela minha dívida de gratidão as virtudes desta tese.

ao Bruno, ao Carlos, ao Custódio, ao Guilherme, ao Michel, ao Nuno e ao Tiago,  
a quem esta tese também pertence.

A todos os meus, que já faleceram.  
À avó Hermengarda, à avó Maximina, ao avô Jaime, ao tio Ramiro.

**“Um homem do Conselho, chamado José, homem recto e justo, não tinha concordado com a decisão nem com o procedimento dos outros. Era natural de Arimateia, cidade da Judeia, e esperava o Reino de Deus. Foi ter com Pilatos e pediu-lhe o corpo de Jesus. Descendo-o da cruz, envolveu-o num lençol e depositou-o num sepulcro talhado na rocha, onde ainda ninguém tinha sido sepultado.”**

**São Lucas 25, 50-54**

**Esta tese foi redigida segundo o antigo acordo ortográfico.**

**As citações de obras antigas foram redigidas em língua portuguesa com a ortografia do aludido acordo.**

## **Siglas e Acrónimos**

Ac. – Acórdão.

Art. – Artigo.

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CC – Código Civil.

CP – Código Penal.

CPC – Código Processo Civil.

CRP – Constituição da República Portuguesa.

*D.G.P. - Direito Geral de Personalidade.*

Rev. – Revista.

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça.

STA – Supremo Tribunal Administrativo.

TCA-N. – Tribunal Central Administrativo Norte.

TCA-S. – Tribunal Central Administrativo Sul.

TRGuim. – Tribunal da Relação de Guimarães.

TRPort. – Tribunal da Relação do Porto.

TRCbr. - Tribunal da Relação de Coimbra.

TRLbs. – Tribunal da Relação de Lisboa.

## Índice

1. Introdução - 7
2. Nótula sobre a evolução da ideia de Pessoa no Ocidente - 8
3. A tutela da personalidade ao longo do tempo - 12
4. A tutela da personalidade humana, a ideia de dignidade humana e os diversos ramos do direito - 13
5. Personalidade: conceito, objecto e análise - 14
6. A questão da titularidade do Bem Jurídico e Legitimidade Processual na tutela post-mortem. Artigo 71.º CC - 17
  - a. A titularidade do direito e a legitimidade de agir - 18
  - b. O prazo de protecção - 21
  - c. Tutela da Personalidade no Direito de Autor - 21
  - d. A especificidade do direito à imagem - 22
7. O Estatuto Jurídico do Cadáver - 23
8. Dos Cemitérios - 28
9. Do Culto - 37
10. Conclusão - 43

# Aspectos relativos à tutela *post-mortem* da Personalidade Humana no Direito Civil: uma abordagem juscivilística do problema dos cemitérios

## 1. Introdução

A presente investigação visa, se lograda, alcançar determinadas finalidades. A primeira delas é o estudo do Direito Fúnebre. Matéria pouco investigada na Doutrina e que reveste importância inegável para a compreensão do estatuto do Homem no Direito.

A Tese desta tese será “descoisificar” o cadáver. Apesar de destituídos de personalidade, os restos mortais não podem ser votados à desconsideração própria da realidade das “coisas”. O Direito atribui ao cadáver importância suficiente para que o mesmo não seja catalogado como coisa no seu sentido mais estrito, mas como uma realidade *sui generis*. Cremos que a sociedade entende a *nuance*. O direito ainda herdeiro do positivismo não ousou, contudo, derrubar de forma absolutamente clara a fronteira que traçou entre Homem e coisa, a este propósito.

Nessa medida, torna-se fundamental perceber como é que o Homem se compreende ao longo do tempo e como se concebe a sua tutela. O conceito de personalidade humana é, neste percurso, fundamental. Analisaremos o conceito, o direito que a atinge e os contornos do mesmo. Compreendendo o homem como um ser em constante evolução, teceremos algumas considerações acerca das várias teorias relativas à tutela e à legitimidade processual na tutela *post-mortem*.

Chegaremos, assim, ao cerne da dissertação. Questionar o Estatuto Jurídico do Cadáver é mister. Defendemos a este ensejo a ideia de dignificação do cadáver, na senda de Gomes da Silva.

O nosso trabalho prossegue com a investigação doutrinal, jurisprudencial e legal sobre os cemitérios, sua natureza dominial e os problemas relativos à propriedade dos jazigos.

Concluiremos com o estudo do Direito ao Culto dos falecidos, efectuado pela análise jurisprudencial e doutrinal de um caso concreto, no qual se evidenciam as problemáticas que daqui promanam.

## 2. Nótula sobre a evolução da ideia de Pessoa ao longo do tempo no Ocidente

Segundo as palavras de Castanheira Neves, “o primeiro sentido da Ideia de Direito é, certamente, o do *respeito incondicional da pessoa humana*, (...) o Direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa. Verdadeiramente «pessoa» e «direito» só tautologicamente se referem uma ao outro, já que pessoa é ser sujeito de direito e o direito só pode sê-lo de pessoas”.<sup>1</sup> Ao nível do direito civil, a tutela da pessoa, da sua personalidade, é fundamental e abrangente. Na verdade, acompanha o homem desde antes do seu nascimento e até depois da sua morte.

Fala-se, a este propósito, de tutela *post-mortem* da personalidade. Ora, falar da tutela *post-mortem* da personalidade humana ao nível do direito civil implica, porque o direito civil se estrutura no conceito de relação jurídica e de direito subjectivo<sup>2</sup>, que se olhe para o direito de personalidade, mormente o direito geral de personalidade. Ora, tal exige uma tarefa prévia: a compreensão do que é Pessoa, já que o objecto do direito de personalidade será a pessoa enquanto tal, o homem concreto, historicamente situado.

Simplesmente, a ideia de Pessoa, sendo verba corrente, não é unívoca ao longo dos tempos. Importa, por isso, perceber o que se deve entender por pessoalidade. [“Sendo através desta] que o encontro do homem consigo próprio é possível”.<sup>3</sup>

Primeiramente é necessário entender a evolução da densificação do conceito de Pessoa, “[d]a imersão no cosmos ao tempo hodierno, passando pela individualização iluminista, muitas foram as formas como se compreendeu até à afirmação contundente da pessoalidade como categoria ética capaz de captar a essência informadora do ser humano.”<sup>4</sup>

Iniciamos o nosso caminho na Grécia Antiga. Encontramos, primeiramente esta realidade, no contexto cénico, “a palavra pessoa começa por designar a máscara utilizada pelos actores em cena. Rapidamente, a evolução semântica conduz à identificação do conceito de pessoa já não com a máscara mas antes com a própria personagem representada.”<sup>5</sup> Reflecte ainda o autor que, apesar de filosofia clássica ter atribuído ao Homem características pessoais e inclusivamente o ter considerado superior aos restantes entes, sendo consequentemente o centro do cosmos, certo é que no entanto o conceito de pessoa, nesta época histórica, somente foi tido num sentido sócio-político e jurídico, estando ausente qualquer sentido quer metafísico quer ontológico.

---

<sup>1</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *O papel do jurista no nosso tempo*, Separata do vol. XLIV (1968) do BFDUC Coimbra, 1968, pp. 49.

<sup>2</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 177 e ss.

<sup>3</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *O papel do jurista...*, pp 40.

<sup>4</sup> VASCO DUARTE DE ALMEIDA, *Sobre o valor da dignidade da pessoa humana*, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2005, pp. 626. Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação. Contributo para compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, policopiado, Coimbra, 2012, pp. 495.

<sup>5</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Edições Almedina, 2008, pp. 21-23.

O Cristianismo operou uma alteração de tal forma substancial no conceito de *persona* que “pessoa passou a designar uma verdadeira categoria ontológica, [ser-nos-á lícito considerar que verdadeiramente a] noção de pessoa é, uma criação da teologia cristã.”<sup>6</sup> É ultrapassada a visão monista e a realidade passa a ser entendida perante um dualismo filosófico no qual a natureza (*physis*) se contrapõe à pessoa (*hypostasis*). De modo claro e eficaz é à luz destas ideias explicado o mistério da Santíssima Trindade “no qual Deus exist[e] uma única natureza em três pessoas distintas. Uma só *physis* em três *hypostasis*, (...) [e] Jesus Cristo existe tendo em conta uma união hipostática, ou seja duas naturezas (a humana e a divina), numa só pessoa. “Com Santo Agostinho acentuam-se a individualidade e a singularidade como notas do conceito de pessoa e aparecem já sistematizadas, como integrantes do conceito, as potências da inteligência, da memória e da vontade”<sup>7</sup>. É a partir de Boécio, que São Tomás de Aquino, “desenvolve a noção de pessoa, (...), colocando a tónica na subsistência como nota principal do conceito: pessoa é *subsistens in rationalis natura*. [Para que deste modo conclua que] nem toda a realidade de natureza racional será pessoa, mas só aquela que for subsistente, que exista por si”.<sup>8-9</sup> A grande importância que o homem tem no Cristianismo reside no facto de o Homem ser a única criatura querida por Deus em si mesma, sendo a individualidade a máxima perfeição na própria ordem do ser. E é-o porque criado à imagem e semelhança de Deus<sup>10</sup>. Sendo conseqüentemente um ser pessoal.

A Modernidade vai alterar conceptualmente a noção de pessoa. Como salienta Diogo Costa Gonçalves, no que cunha de Antropologia da Subjectividade. “[Enquanto que] a reflexão teológica Cristã havia construído uma noção metafísica de pessoa, na época moderna observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico e identificando a noção de pessoa com uma realidade psíquica, emotiva, subjectiva.”<sup>11</sup> Interessante é verificar várias posições filosóficas resultantes da atitude de dúvida filosófica, que caracteriza esta época de pensamento. Para Descartes a pessoa é uma realidade estritamente psíquica, ou seja identifica-se com a autoconsciência<sup>12</sup>. Locke entende-a como consciência<sup>13</sup>. Por seu turno Kant compreende que a realidade do

---

<sup>6</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 24.

<sup>7</sup> H. SZELIGA, *Il ruolo del concetto di persona nel contesto della discussione sulla morte cererale*, Roma, Pontificia Universitas Sanctae Crucis, 2000, pp. 178. Vide S. AGOSTINHO *De Trinitate*. Apud DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 27.

<sup>8</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 28.

<sup>9</sup> Refere São Tomás de Aquino “dicendum quod personalitatis necessario intantum pertinet ad dignitatem alicuius rei et perfectionem, inquantum ad dignitatem et perfectionem eius pertinet quod per se existat: quod in nomine personae intelligitur” SÃO TOMÁS AQUINO, *Summa Theologica*, III (pars tertia), quaestio II, articulus 2 as secundum. Apud DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 28.

<sup>10</sup> Cf. *Génesis* 1, 27.

<sup>11</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 28.

<sup>12</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 31, cfr. R. DESCARTES, *Discurso do Método*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1977, pp. 52.

<sup>13</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 32, cfr. HUME, *Tratado da Natureza Humana*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pp. 300.

homem é colocada na consciência moral no “dever-ser”<sup>14</sup>. Já em Nietzsche “é sistematizada com apelo a dois segmentos primordiais: a) a intrasubjectividade (a pessoa surge a designar uma realidade psíquica ou emotiva absoluta, transmutando-se na subjectividade absoluta); b) intersubjectividade (o homem seria uma “relação social, filosoficamente relevante”, sendo esta a “premissa dos sistemas colectivistas”)<sup>15</sup>”.

“Sucede à absoluta subjectividade moderna a antropologia contemporânea, [e que segundo Diogo Costa Gonçalves] derivam, dois sistemas: o existencialismo e o personalismo. Para as construções existencialistas, a pessoa é “um projecto de si”, dividindo-se numa matriz ateia, quando “a realização [se] limita (...) à realidade fáctica e histórica da civilização e da sociedade [na qual se inclui Sartre e Heidegger<sup>16</sup>]” e numa matriz cristã, quando o homem se realiza na abertura à transcendência, na realização do seu ser face ao Eterno [defendida por Jaspers e Gabriel Marcel<sup>17</sup>] (...). Para o personalismo, a dimensão essencial da pessoalidade encontra-se na abertura ao outro, isto é, parte não da “subjectividade mas sim da intersubjectividade”, “não no sentido da dissolução do homem no colectivo (...) mas antes da abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade.”<sup>18</sup> Apesar da existência destes dois sistemas Diogo Costa Gonçalves perfilando o entendimento de Juan de Sahagun Lucas entende existirem “dois elementos essenciais: a alteridade e a abertura relacional, como elementos definidores do Homem – que é unidade no pluralismo da sua realidade; e a liberdade como axioma fundamental.”<sup>19</sup> “E se o mundo de oitocentos foi dominado pela individualidade, o ficcionismo que imbuía a forma de auto-compreensão do eu (...) acabou por ser ferido de morte pelos contributos de filósofos como Heidegger, Lévinas, Max Scheler. [/] O homem já não é identificado com o des-solidário eu, mas passa a ser compreendido na pressuposição de um tu. Como nos diz Cabral de Moncada a ideia de personalidade reclama a de outras personalidades (...). O Eu pressupõe e reclama o Outro; o ego, o alter. Ninguém pode sentir-se plenamente eu, pessoa, senão em frente de outros eus, outras pessoas ou personalidades.”<sup>20</sup> [/] Porque o homem encerrado na sua individualidade não é capaz de desenvolver a sua personalidade, ele só é pensável no encontro com o seu semelhante – através do qual se reconhece. Ao Desein (ser aí) heideggeriano alia-se sempre o Mitsen (o ser com os outros).”<sup>21</sup> Entende igualmente nesta corrente, Castanheira Neves que o

<sup>14</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 32. Cfr. KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Buenos Aires, Colección Austral, Espasa-Calpe Argentina, 1946, e cfr. Do mesmo autor, *Crítica de la Razón Práctica*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1961.

<sup>15</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação...*, pp. 496 nota 1096 cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 145

<sup>16</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 37 nota 51.

<sup>17</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 37 nota 51.

<sup>18</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação...*, pp. 496 nota 1096, cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e ontologia...*, pp. 147.

<sup>19</sup> DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade...*, pp. 36 cfr. J. S. LUCAS, *Las dimensiones del Hombre...*, pp. 173.

<sup>20</sup> CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do direito...*, pp. 39. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Questão de facto – questão de direito...*, pp. 725. Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa e ontologia...*, pp. 155 e ss. Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação...*, pp. 497.

<sup>21</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação...*, pp. 498.

Mitsen, é importante “[d]esde logo como condição de correlatividade das próprias ipseidade e identidade. Mas a nível mais profundo ainda, a nível constitutivo: a coexistência comunicativa com os outros é tanto condição de existência (pense-se (...) na linguagem), como condição empírica (pense-se na situação de carência e a necessidade da sua superação pela complementaridade e a participação dos outro), como ainda condição ontológica (pense-se no nível cultural e da existência, no nível de possibilidade de ser, que a herança e a intencionalidade histórico-comunitária oferecem).”<sup>22</sup>

Segundo Mafalda Miranda Barbosa “se todas estas dimensões são relevantes na vivência da individualidade, elas por si só não arredam da conformação da ipseidade a recusa ética, pelo que só o respeito e o reconhecimento do outro como fim em si mesmo podem permitir a plena assunção da dignidade de cada um. Com o que se encontra a dignidade do ser humano, não por derivação de uma qualquer característica ontológica, mas porque as exigências de sentido que lhe são comunicadas inculcam a necessidade do salto para o patamar da axiologia. [A necessidade deste salto prende-se com o facto de] o vector do nosso discurso passa[r] pela correcta colocação metodológico filosófica dos dados do problema. [Sendo que estes se refractem] em dois níveis. Por um lado, se partimos exclusivamente do dado onto-antropológico não conseguimos, concludentemente, aceder ao agir ético porque ele, colocando-se no plano do dever ser, não pode ser colhido dedutivamente do ser. (...) Não logra[ndo], só por si, fundar a normatividade. (...) No plano filosófico metodológico, a conclusão não será diversa. A fundamentação do jurídico no ontológico (...) não pode ser aceite na medida em que o direito não pode cumprir a sua função de validade “com o seu simples ser na realidade e com a realidade, mas mediante o transcender a realidade pressuposta numa intenção de validade que visa justamente realizar”<sup>23</sup>. [/] Ora a verdade é que o direito é uma ordem normativa. Tem como finalidade ordenar condutas para o que assume uma determinada intencionalidade, a traduzir uma validade. E para que essa validade não resvale num sem sentido ordenador do encontro no mundo ela não pode deixar de convocar – para ser verdadeiramente válida – uma axiologia fundamentante. Que vem a encontrar afinal aquele sentido de *dignitas* que a ética descobre no encontro – entendido no sentido do reconhecimento e do respeito do *eu* com o *tu*.”<sup>24</sup>

“A pessoa é, portanto, a expressão de um reconhecimento ético na relação intersubjectiva. Cada um de nós só emerge como pessoa se como tal for reconhecido no diálogo reciprocamente. (...) [A] pessoa tem na comunidade uma sua dimensão constitutiva. A pessoa pressupõe, decerto, um espaço (*suum*) de auto-afirmação, mas não se compreenderá igualmente sem uma esfera (*commune*) de dialógica integração (...). [A] comunidade [é] uma sua dimensão constitutiva (...) “condição de existência,

---

<sup>22</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, “Pessoa, Direito e Responsabilidade”, Coimbra, Rev. Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, fasc. 1.º Janeiro-Março 1996, Coimbra Editora, 1996, pp. 33-34.

<sup>23</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação...*, pp. 504 cf. A. CASTANHEIRA NEVES *Questão de facto...*, pp. 668.

<sup>24</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação...*, pp. 498-506 cf. A. CASTANHEIRA NEVES *Questão de facto...*, pp. 725 e ss.

“condição empírica” e condição ontológica”<sup>25</sup> da pessoa.”<sup>26</sup> Sendo “[a] comunidade, [aquela] comunhão axiológica, em que cada um de nós se compreende como *pessoa numa comunidade de pessoas*”.<sup>27</sup>

### 3. A tutela da personalidade humana ao longo do tempo

De acordo com o ensinamento de Capelo de Sousa, “a tutela da personalidade em Atenas arrancou da ideia de *hybris* e da respectiva lei e acção judicial punitivas, acção essa inicialmente de carácter penal e visando a punição de ultrajes e sevícias sobre a pessoa de um cidadão, mas que, com o decurso do tempo, e vai complementando com o sancionamento de outros tipos ilícitos de ofensas à personalidade”.<sup>28</sup>

O Cristianismo enfatizou a sua pregação no ideal de igualdade entre os homens, e no respeito necessário a cada um, tal como pregou, “Santo Agostinho (...) ultrapassa[ndo] a especulação dos filósofos gregos e dos juristas romanos no concernente à existência de um direito inalienável ao respeito pela sua pessoa, criada por Deus à imagem e semelhança d’Este”.<sup>29-30</sup> No entanto tais ideias não singraram de forma tão forte na estrutura social, (tal como realça Capelo de Sousa), apesar disso, conseguiu alguma influência, em áreas periféricas do Direito Romano, mormente em algumas normas do Código Teodosiano.<sup>31</sup>

Será “com os contributos do Renascimento e do Humanismo do sec. XVI, [que se] viria a constituir a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade entendido como um «*ius in se ipsum*», que não mais deixaria de estar presente na reflexão jurídica da tutela de personalidade humana. [Existindo nesta âmbito duas concepções. São Tomás na linha de Aristóteles e os defensores das posições voluntaristas de Platão e de Santo Agostinho]”.<sup>32</sup>

Posteriormente, “com o humanismo de Cujácio, de Donnellus e de De Amescua e com a Escola de Direito Natural, ([no qual se destacam]: Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius e Wolff), ganham alento, no domínio jurídico, as novas ideias humanistas de

---

<sup>25</sup> FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.º ed. Coimbra, Coimbra editora, 2006, pp. 499 cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *A Revolução e o Direito*, 129 ss.

<sup>26</sup> FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução...*, pp. 496 e 499.

<sup>27</sup> A. CASTANHEIRA NEVES, *O papel do jurista*, pp. 48.

<sup>28</sup> CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, Reimpressão da 1.º edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 44.

<sup>29</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 56 e ss.

<sup>30</sup> De referir que “[p]ara o [C]ristianismo, o cristão é um indivíduo-em-relação com Deus. Daqui resulta o valor infinito da pessoa, feita à imagem e semelhança de Deus: só é possível a comunicação entre iguais. (...) [de notar igualmente o credo de que] Cristo, [é] o Deus-feito-homem”. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.º edição, Coimbra, Separata do Vol. LXVI (1990) do BFDUC, 1992, pp. 20 e 26.

<sup>31</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 57.

<sup>32</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 62.

fundo individualista e voluntarista, que questionaram abertamente a metodologia formal e *ex auctoritate* da glosa medieval<sup>33</sup> e põe em causa a opinião comum medieval de que a pessoa não detinha qualquer poder sobre si mesma<sup>34</sup>, (...) [e que teria como consequência a Revolução Francesa].”<sup>35</sup>

#### 4. A tutela da personalidade humana, a ideia de dignidade humana e os diversos ramos do direito

A personalidade humana é tutelada não só no Direito Civil. Tal protecção ocorre também ao nível do Direito Constitucional, na medida em “que a pessoa humana – toda e qualquer pessoa humana – é o bem supremo da nossa ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim”<sup>36</sup>. De certo modo, o princípio fundamentante de todo o direito é o do reconhecimento da ineliminável dignidade ética do ser pessoa<sup>37</sup>.

Esta ideia surge manifestada desde logo no pórtico de entrada da CRP, no seu artigo 1.º: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”<sup>38</sup>. Segundo Gomes Canotilho, “[t]rata-se de um *principio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* ([defendida por] Pico della Mirandola) ou seja do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastiset fctor*).”<sup>39</sup> Resulta que esta postura da República emerge como resposta às “experiências históricas de aniquilação do ser humano (...) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República”<sup>40</sup>. Contudo, como percebemos pela evolução atrás descrita em termos muito lapidares, a ideia de pessoalidade e de dignidade da pessoa humana é, sobretudo, uma construção do Cristianismo. Em rigor, aliás, a modernidade não nos transporta para uma ideia de pessoalidade, mas aniquila-a, ao alicerçar todo o seu pensamento sobre o indivíduo – o ser dessolidário, atomista, autista e ficcionado, que não é mais do que uma degradação da ideia de ser com o outro para que a pessoalidade nos transporta<sup>41</sup>.

<sup>33</sup> Na qual “[o] homem não é fundamento da ordenação social [mas] mero destinatário, enquadrado por uma ordenação heterónoma.” CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 91.

<sup>34</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 64. Cfr. ADOLFO RAVÀ, *Il diritti sula própria persona*, Turim, 1901, pp. 7 e ss, e infra pp. 124.

<sup>35</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp 62-64.

<sup>36</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 97.

<sup>37</sup> FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Introdução...*, pp. 489-490.

<sup>38</sup> Segundo F. J. BRONZE, esta reconhecimento do texto constitucional, é a “declara[ção] [d]aquilo que a consciência comunitária tinha previamente assumido e consagrado.” *Introdução...*, pp. 490.

<sup>39</sup> ROLF GROSCHNER, *Menschwürde und Sepulkralkrltur ingrundgesetzlichen Ordnung*, 1995, pp. 29 e ss. e cfr. I. W. SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2001, Apud GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7.º ed, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 225.

<sup>40</sup> GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* pp. 225.

<sup>41</sup> Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, Direito e Responsabilidade*, pp. 17.

A ideia de dignidade da pessoa humana implica, necessariamente, a ideia de liberdade (positivamente compreendida), de responsabilidade e de igualdade. O princípio da igualdade surge, aliás, consagrado no artigo 13.º CRP. É nesta medida que se terá de entender a expressão há pouco citada de Capelo de Sousa “toda e qualquer pessoa”.

Tutelando-se constitucionalmente a Personalidade, é natural que, infra-constitucionalmente, ela também se verifique, de acordo com a intencionalidade própria de cada ramo do direito.

## 5. Personalidade: conceito, objecto e análise.

Pedro Pais de Vasconcelos, de modo lapidar e paradigmático, entende que “a personalidade é a qualidade de ser pessoa”.<sup>42</sup> De acordo com este ideal, e na esteira de Orlando de Carvalho, “a personalidade humana [é] um *prius* da personalidade jurídica do homem. Um *prius* tanto lógico como ontológico (do domínio do ser) e axiológico (no domínio dos valores)”<sup>43</sup>. Este entendimento ético-ontológico do Direito é o entendimento actual da base fundante de todo o Direito. Personalidade juridicamente enquadrável é, pois, a “suscepti[bilidade] de ser titular autónomo de direitos e obrigações (...) ou melhor, a aptidão para se ser um centro independente de imputação e de irradiação de efeitos jurídicos materiais e processuais.”<sup>44</sup> Menezes Cordeiro sustenta-se na mesma conclusão<sup>45</sup>. Um aspecto de curial importância em Pais de Vasconcelos é o facto de “o Direito não [ter] poder nem legitimidade para atribuir a personalidade individual. Limita-se a constatar, a verificar a homicidade, qualidade de ser humano. (...) [Consequentemente] a pessoa é autora e actora no Direito”.<sup>46</sup> Tal como defende Orlando de Carvalho que em consequência desta ideia repudia a concepção normativista em seus três entendimentos, quando “faz do direito o criador *ex nihilo* da personalidade humana, [quando] faz do direito o distribuidor *ad libitum* da personalidade, [e por último], o repúdio de uma concepção normativista que faz do direito o nivelador *jus imperii* da personalidade jurídica.”<sup>47</sup>

São direitos de personalidade “um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento – verdadeiros Direitos do Homem no sentido das Declarações Universais sobre a matéria (designadamente a de 1789 e a de 1948) [sendo que] a doutrina civilística dos direitos de personalidade cura apenas das relações de direito privado.”<sup>48</sup>

Segundo o entendimento da maioria da doutrina, materializada aqui nas palavras de Mota Pinto, os direitos de personalidade “são direitos gerais (todos deles gozam),

---

<sup>42</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.º ed., Coimbra, Almedina, 2005, pp. 35 e ss., Apud PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 5-6.

<sup>43</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA REDINHA, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 229-228.

<sup>44</sup> CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil* vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 249-250.

<sup>45</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português I, Parte Geral Tomo III – Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 14.

<sup>46</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, pp. 6.

<sup>47</sup> ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 229.

<sup>48</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 207-208.

extrapatrimoniais (embora as suas violações possam originar uma reparação em dinheiro, não têm, em si mesmos, valor pecuniário) e absolutos”<sup>49</sup> (são oponíveis *erga omnes*. O titular pode actuá-los por si em qualquer direcção (...) [c]ontra todos, não estando fundados numa relação)”<sup>50</sup>.

Oliveira Ascensão consigna ainda como características a imprescritibilidade e a indisponibilidade. Quanto à primeira, significa que o não exercício por parte de seu titular não leva à extinção do direito. No que diz respeito à indisponibilidade, esta implica três aspectos: a intransmissibilidade (não podem ser transmitidos a terceiros), a irrenunciabilidade (o titular não pode renunciar ao direito de personalidade em si, podendo no entanto fazê-lo em relação ao seu exercício), a restrição limitada, (através de negócio jurídico ou outro acto voluntário não negocial, tendo de respeitar limites legais, ou convencionais, estando estes no entanto sujeito a reservas)<sup>51</sup>.

Nos termos na norma do art. 66.º n.º 1 do CC: “[a] personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”<sup>52</sup> e “cessa com a morte”<sup>53</sup>, previsto no

<sup>49</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 208-209.

<sup>50</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, vol. I, pp. 83.

<sup>51</sup> O doutrinador reflecte sobre esta problemática em OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, vol. I, pp. 85-87.

<sup>52</sup> É de evidenciar que o início da Personalidade Jurídica não é doutrinariamente matéria de entendimento unívoco, existindo posições na Doutrina que retroagem a personalidade (mesmo que parcial), para momento anterior ao nascimento. Citando NUNO PINTO DE OLIVEIRA, [*Direitos de Personalidade: Contributo para a Revisão das Disposições do Código Civil Português*, Lisboa, Themis – Rev. de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, 2008, pp. 214-215 vide. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português, vol. I – Parte geral, tomo III, Pessoas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pp. 277. e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp.81. Invoquemos com breve desenvolvimento a posição doutrinária de Capelo de Sousa, “A personalidade humana pré-natal” “[O] n.º 1 do art. da [CRP] preceitua, entre os direitos fundamentais, que «a vida humana é inviolável». Ora sendo a vida humana um processo moldado numa certa natureza, importa ter presente que na caracterização da natureza humana, em si mesma, não será decisivo o grau da sua evolução mas a sua estrutura e dinâmica. Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependentes da mãe. (...) [D]ever-se-á considerar o ser do nascituro como um bem juridicamente protegido, tanto que o legislador constitucional não distinguiu no art. 24.º a vida humana extra-uterina da uterina. [Mais esclarece o doutrinador que] o concebido é no nosso direito um ser particularmente tutelado decorre[ndo esta] ainda das sanções previstas nos arts. 139.º e segs. do [CP], relativos aos «crimes contra a vida intra-uterina» e da taxatividade e restritividade das indicações interruptivas da gravidez. (...) E, acrescente-se, o próprio [CC], embora tenha sido mais detalhado na defesa dos interesses patrimoniais do nascituro, prevê também uma tutela da personalidade física e moral do nascituro. Assim já quando no n.º 1 do art. 1878.º integra no conteúdo do poder paternal dos pais a defesa e a representação do nascituro. [De salientar ainda que] o art. 70.º do [CC] acolhe uma interpretação tendente à protecção geral da personalidade dos nascituros concebidos. (...) [Tendo em consideração que] são, como vimos seres vivos humanos intra-uterinos dotados de uma naturalística «personalidade físico-moral». Aliás a *ratio legis* do art. 70.º CC vale também para os concebidos, porque carentes de uma protecção geral contra ofensas à sua personalidade, não só para nascerem com vida e ilesos, mas também para que a sua própria gestação se processe de modo próprio. [/] Nem se diga que a esta tutela geral de personalidade do nascituro obsta o art. 66.º, n.º 2, do [CC], argumentando que os direitos que a lei reconhece aos nascituros estão dependentes do seu nascimento, sobretudo e que tais direitos (...) [c]om efeito, se é a própria lei que aí admite reconhecer certos direitos, embora sujeitos a condição legal, *aos próprios* nascituros, isto até justifica a concepção de uma qualquer parcial personificação jurídica dos nascituros, sobretudo se concebidos. Aliás, o que fundamentalmente o legislador teve em vista no art. 66.º CC, como nomeadamente resulta do seu título, foi regular o *começo* da personalidade *jurídica plena*, nessa disposição projectando ainda os direitos que reconheceu aos nascituros. (...) [A] nossa lei previu a tutela, como bem jurídico, da personalidade física e moral do nascituro, o que parece ser o caso, face aos arts. 24.º, n.º 1 [CRP], 139.º e segs. do [CP] e 70.º,

art. 68.º n.º 1. Apesar de assim balizada a personalidade, (e debruçando-nos unicamente para além da morte), a tutela da personalidade prolonga-se para além desta. Tal como consagrado no artigo 71.º n.º 1 CC: “Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular<sup>54</sup>.” Sendo que o n.º 2 preceitua deste modo: “Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior<sup>55</sup> o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.” Isto mostra que a personalidade jurídica, embora reclamada pela personalidade humana, não se confunde com esta, que é mais densa e mais rica do que a primeira. Consoante ensina Capelo de Sousa, “[a morte] não impede, desde logo, que haja *bens* da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da vontade objectivada, da sua identidade e imagem, da sua honra do seu bom nome e da sua vida privada.”<sup>56</sup>

Percebe-se, portanto, que o Direito Geral de Personalidade não tem como objeto a personalidade jurídica, mas a personalidade humana juscivilisticamente tutelada. Importa, por isso, referir que a tutela concedida pelo artigo 70º n.º1 CC se mostra amplíssima.

Tal como se encontra protegido na norma do art. 70.º n.º 1 do CC, o bem jurídico Personalidade Humana pode ser desdobrado em inúmeras zonas, elementos, refrações. Capelo de Sousa propõe, na análise estática que faz desse objeto, uma *summa divisio*, entre a dimensão bio-psicosomática e a dimensão relacional «eu»-mundo. Em cada uma destas dimensões, poderemos encontrar elementos próprios da fisicidade do ser humano, mas também da sua espiritualidade. Ao mesmo tempo, elementos haverá que nos transportam para a necessária dimensão relacional do ser humano, aquela que ficava apagada com o individualismo forjado pelos modernos. Tal como refere Capelo de Sousa, respectivamente estamos perante, “os bens inerentes à própria materialidade e espiritualidade de cada homem.”<sup>57-58-59</sup>

---

1878.º, n.º 1º, e 1855.º do [CC], na unidade do nosso sistema jurídico, acrescentando que esta tutela é inclusivamente compaginável com diversos modos de representação da titularidade dos poderes e faculdades jurídicas dela decorrentes [no mesmo sentido, cfr. C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1985, pp. 201] [Como nota Capelo de Sousa, também ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria...* 1981 pp. 171 e 185, “pondera a vida intra-uterina como «um bem jurídico autónomo»]. [Por fim, como ainda elucida Capelo de Sousa] o n.º 1 do art. 2033.º do [CC] fala expressamente em «pessoas nascidas ou concebidas».” CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 156-161.

Consequentemente, e para além da tutela *post-mortem* entendemos, que analogicamente com esta doutrina referente à vida pré-natal é possível gizar uma tutela *post-mortem*, mais fortalecida, concebendo a teorização de uma personalidade quiçá parcial.

<sup>53</sup> Art. 68.º n.º 1 do CC.

<sup>54</sup> O entendimento de Oliveira Ascensão não é coincidente, neste ponto. Segundo este doutrinador, “chegados a este ponto, já não podemos falar da tutela de direitos de personalidade. O bem jurídico em causa passou a ser a memória do falecido.” *Teoria Geral Direito Civil*, pp. 90.

<sup>55</sup> Art. 70.º n.º 2 CC “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

<sup>56</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 189–192.

<sup>57</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 106.

<sup>58</sup> Tal como, a contribuição da Biologia e da Psicologia. Nos quais perscruta (entre outros) o pensamento de Freud, para o qual “a personalidade [é] estruturada ou composta de três grandes sistemas: o *id* (...), o *ego* (...) e o *super ego* (...)” C. S. HALL E G. LINDZEY, *Teorias da Personalidade* (trad. Bretones) São Paulo, Bretones, 1973, pp. 46 e ss.; ERICH ROTHACKER, *Camadas Constitutivas da Personalidade* (trad.

Na senda do entendimento de Capelo de Sousa, podemos dizer que “[o] Código Civil de 1966, ao invés do Código de Seabra, (...), não enunciou nem caracterizou os bens essenciais da personalidade humana, tomando[-a] no seu conjunto. O que tem a vantagem de ser mais abrangente, mediatiza a compreensão dessa tutela ao instituir aqui uma cláusula geral, que comete ao intérprete, no respeito porém das regras da hermenêutica jurídica, a concreta definição dos bens componentes da personalidade física ou moral tuteladas. (...) [A]brangendo aí os demais elementos da personalidade humana não previstos especificamente mas carentes de tutela juscivilística”.<sup>60</sup>

Dentro da vasta panóplia de bens da personalidade que são protegidos no artigo 70º, encontramos bens que perduram depois da morte do seu titular. Acresce que o homem não é sempre o mesmo. E se olhamos para o homem concreto e é esse que queremos proteger, importa ter em atenção os ciclos evolutivos da pessoa. É nesse sentido que Capelo de Sousa propõe que se faça uma análise dinâmica do objecto do direito de personalidade. Ora, dentro dessa análise dinâmica, na qual já mencionamos a fase de nascituro, podemos destringir uma fase de tutela *post-mortem* da personalidade. Tal como defende Oliveira Ascensão, “o respeito pelos mortos, [é] eticamente ainda mais valioso que o respeito pelos vivos. (...) [E apesar da personalidade cessar com a morte], a protecção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte. [Prolongando-se] no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa. Pois também tem de se prolongar no que respeita ao espírito.”<sup>61</sup>

## 6. A questão da Titularidade do Bem Jurídico e Legitimidade Processual na tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade. Artigo 71.º CC<sup>62</sup>

A falta de unanimidade na doutrina no que respeita ao tratamento do problema da tutela *post-mortem* dos direitos de personalidade leva-nos a ter de tecer algumas considerações acerca da questão. Desde logo, cumpre clarificar quem é o titular do bem

---

A. J. Brandão), Coimbra, Atlântida, 1946, pp.49 e ss. E 119 e ss. e SIGMUND FREUD, *O ego e o id*, in: *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud XIX*, trad. Jayme Salomão, Rio de Janeiro, Imago, 1969, pp.32 e ss e 42 e ss, “Introduction à la Psychanalyse, Paris, Payot, 1936 e ss, e “Abrégé de psychanalyse, Paris, PUF, 1951, pp. 72 e ss. Apud CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.* pp. 110.

<sup>59</sup>E o contributo Ético-Filosófico. Neste campo encontramos a influência de Kant, que defende “o carácter unitário e indivisível da personalidade humana” [CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 112 Apud IMMANUEL KANT, *Principios metafísicos del derecho* (trad. G. Lizarraga), Madrid, Saurez, 1873, pg 57 e 115 e ss], e de HEINRICH HUBMANN, para este autor, as características de cada um dos homens tem em comum com os demais, lhe assegura a dignidade, no entanto a mesma, e apesar de ser entendida como elo existente entre todos, não destrói antes se insere na ideia de individualidade, que é entendível, tendo em consideração as distinções existentes entre cada um. Avançando inclusivamente a ideia, de que o Homem, sendo individuo, não é isolado dos demais indivíduos, mas pelo contrário estabelece com estes uma relação com estes e com o mundo, relações estas que cunham, cimentam e justificam a própria personalidade. CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.* pp. 112 cfr. HEINRICH HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Colónia, Böhlau, 1967, pp. 41 e ss. e 51 e ss.

<sup>60</sup>CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 115.

<sup>61</sup>OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, pp. 89-90.

<sup>62</sup>Artigo 71.º (Ofensa a pessoas já falecidas)

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

jurídico e em quais os respectivos poderes jurídicos que lhe advêm. Neste ponto a doutrina diverge. Percorramos cada vereda.

#### a) A titularidade do direito e a legitimidade para agir.

Pires de Lima e Antunes Varela entendem que, “em certa medida, a protecção dos direitos de personalidade depois da morte constitui um desvio à regra do art. 68º”<sup>63</sup>, conseqüentemente, o titular do bem jurídico, é o próprio falecido, na medida em que a regra do 68.º é o termo da personalidade com a morte.

Leite de Campos, “a propósito dos direitos de personalidade pós-mortais e da indemnização do dano da morte, considera «a construção que vê na aquisição do direito *post-mortem* ainda uma manifestação da personalidade *jurídica* do *de cuius* e dos interesses que lhe estão subjacentes» como «a mais conveniente»”.<sup>64</sup> Entendendo que “[n]a letra da lei [art.º 71 n.º 2 CC] (...) os parentes mais próximos só têm capacidade de exercício dos Direitos (“legitimidade”). Continuando os direitos a pertencer ao falecido.” (...) [As pessoas com legitimidade de exercício de direitos] fá-lo-ão (...) sempre por conta do falecido, defendendo interesses do falecido (...) por conta da pessoa que foi.”<sup>65</sup>

A posição de Oliveira Ascensão entende os sobreviventes como fiduciários dos direitos de personalidade dos falecidos, “o valor tutelado é a personalidade do falecido; e (...) a «legitimação» conferida pelo art. 71/2 não atribui ao requerente a titularidade dos interesses em causa, mas uma mera legitimação processual.”<sup>66</sup>

Castro Mendes, por seu turno advoga, que “[a] verdadeira construção [da protecção dos direitos de personalidade depois da morte] parece-nos ser outra [em comparação com Pires de Lima e Antunes Varela]. Com o fim de continuar protegendo a honra, bom nome e reputação de pessoas já falecidas, a lei atribui às pessoas designadas no art. 71.º, n.º 2, do Código Civil os direitos de requerer as providências (...) que aí vêm descrit[as]. Só estas pessoas (...) têm verdadeiramente direitos subjectivos.”<sup>67</sup>

A doutrina de Mota Pinto corta com a relação entre o direito correlativo à tutela da personalidade e a personalidade do falecido. Defende que “[n]o momento da morte, a pessoa perca, assim, os direitos e deveres da sua esfera jurídica, extinguindo-se os de natureza pessoal (...) e transmitindo-se para os sucessores *mortis causa* os de natureza patrimonial. (...) [a tutela do art.] 71.º n.º 1 [do CC], é uma protecção de interesses e direitos de pessoas vivas (as indicadas no n.º 2 do mesmo artigo) que seriam afectadas por actos ofensivos da memória (da integridade moral) do falecido.”<sup>68</sup>

A posição de Capelo de Sousa comunga com a de Mota Pinto, enfatizando ainda mais as clivagens face às anteriormente mencionadas. Para este autor, “o n.º 1 do art.

---

<sup>63</sup> PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, (com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA) *Código Civil Anotado vol. I*, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra-1987, Coimbra Editora. pp. 92.

<sup>64</sup> LEITE DE CAMPOS *A indemnização do dano da morte*, BFDUC, L, Coimbra, 1974, pp. 297. Apud CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 365, nota 909.

<sup>65</sup> LEITE DE CAMPOS, *O Estatuto Jurídico da Pessoa depois da Morte* in: *Pessoa Humana e Direito*, coord. LEITE DE CAMPOS E SILMARA JUNY CHINELLATO, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 62.

<sup>66</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, pp. 90

<sup>67</sup> CASTRO MENDES, *Direito Civil (Teoria Geral) I*, Lisboa, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1967, pp. 67.

<sup>68</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 205.

68.º do [CC] faz cessar, sem exceções<sup>69</sup>, a personalidade jurídica com a morte, insusceptibilizando o falecido de direitos e obrigações. (...) [a] letra e o espírito do n.º 1 do art. 71.º do [CC], ao salientarem a permanência dos «direitos» de personalidade «igualmente» para depois da morte do «respectivo titular», parecem querer distinguir os continuados a actuar direitos de personalidade do defunto dos direitos de personalidade dos vivos que se ligam ao morto. (...) [Concretiza esta posição, no entendimento de que] o art.71.º do [CC] distingue entre *os direitos* materiais, substantivos, aos bens da personalidade do defunto e as *acções* destinadas a fazer reconhecer tais direitos em juízo. Indubitavelmente que estas acções pertencem às pessoas referidas no n.º 2 do art. 71.º do [CC], o que, face à cessação da personalidade do falecido e à correspondência entre o direito e a acção (cfr. art. 2.º do [CPC]), inculca serem também estes os titulares dos direitos materiais em causa. (...) Entende Capelo de Sousa que [há] aqui uma (...) aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais<sup>70</sup>. “[Considerando existir] uma sucessão activamente solidária de modo a melhor defender os interesses da personalidade do defunto juscivilisticamente tutelados.”<sup>71</sup>

Segundo Ana Morais Antunes “[e]sta conclusão pode suportar-se, em primeiro lugar, na letra da lei, uma vez que o legislador se socorre[u] da conjunção “ou”, que exprime uma alternativa; em segundo lugar, na circunstância de o legislador nada ter esclarecido expressamente, nesta matéria, não cabendo por isso, operar distinções; e, em terceiro lugar, no apelo ao elemento sistemático, a saber, o n.º 3 do artigo, que autoriza a actuação conjunta ou separada, num caso em que militam razões substancialmente idênticas às que presidem ao reconhecimento da legitimidade para actuar, nas hipóteses previstas no n.º 2. [/] A solução justifica-se por último, por razões de operacionalidade: colocar na dependência da actuação conjunta dos sujeitos elencados o funcionamento dos meios de tutela, é susceptível de comprometer a eficácia da regulamentação – o que sucederia, v.g., se o cônjuge não pretendesse agir, inviabilizando com esse comportamento a possibilidade de reacção pelos demais sujeitos.”<sup>72</sup> Capelo de Sousa acrescenta uma nota, essencial<sup>73</sup>, “[dever-se-á solucionar] de acordo com a vontade real ou presumível do falecido quaisquer conflitos entre os seus sucessores sobre o modo de exercício daqueles direitos.”<sup>74-75</sup>

<sup>69</sup> Relembremos a posição antagónica de PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA.

<sup>70</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 366.

<sup>71</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 366, nota 915.

<sup>72</sup> ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos. 70.º a 81.º do Código Civil: direitos de personalidade*, Lisboa, Universidade Católica editora, 2012 pp. 149.

<sup>73</sup> A partir de uma interpretação analógica do regime jurídico das fundações, prevista no art. 187.º n.º 3 do CC. CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 194, nota 353.

<sup>74</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 194.

<sup>75</sup> Também na doutrina alemã, (e segundo o mesmo autor), há quem “[faça] decorrer tal tutela de um dever jurídico geral. (...) [entendendo que, o] respeito da imagem da personalidade do falecido seria (...) um «fluxo de um dever jurídico geral... que é estatuído pela ordem jurídica sem a correspondente individual admissão de um sujeito jurídico singular», [advoga Capelo de Sousa que N]ão nos parece também aceitável esta concepção face ao nosso direito, apesar de o art. 483º, n.º 1 do [CC] admitir ainda a obrigação de indemnizar em caso de «violação ilícita» de «qualquer disposição legal destinada a proteger interesses de terceiros, não só porque o n.º 1 do art. 71 do [CC] reconhece a existência de direitos subjectivos, mas também porque como [sublinha] (...) Antunes Varela, [*Obrigações I*, pp. 529 e ss.] (...), os deveres de indemnização e omissão por violação de interesses legalmente protegidos pressupõem a existência de um dano num bem jurídico tutelado através de uma norma legal e a pertença do lesado ao círculo de pessoas tutelado, sendo certo, porém, que o falecido já não toma parte do comércio jurídico”. CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 364 e 365 nota 908.

Tendo a concordar com o ideal da tese de Pires de Lima e Antunes Varela, por considerar que desta emerge com mais vigor a importância que o falecido merece na tutela da sua personalidade. No entanto entendendo-a marcadamente dogmática, podendo surgir problemas na sua aplicação a nível processual.

Deste modo considero como mais realista a tese defendida por Diogo Leite de Campos, na qual a aquisição do direito é ainda uma manifestação da personalidade jurídica. Far-se-ia consequentemente a necessária interpretação analógica com a personalidade parcial do nascituro (defendida por Capelo de Sousa).

Atendendo ao ensinamento da norma do art. 71.º n.º 2º do CC, e ao que anteriormente foi mencionado, cabe-nos aludir a um outro problema, com bastante pertinência, o de saber se a actuação deverá obedecer a (alguma) hierarquização, (estando neste artigo em causa, a ilicitude não fundada em falta de consentimento).

Dois entendimentos são defendidos. Ana Morais Antunes defende que “deve ser reconhecida legitimidade para actuar, conjunta ou isoladamente, a qualquer das pessoas referidas no n.º 2 do [art.] 71.º e sem que haja lugar a qualquer escala de precedência.”<sup>76</sup>

Menezes Cordeiro, interpretando esta norma, analogicamente com a norma do art. 496.º n.º 2 do CC<sup>77</sup> acrescentando-lhe os herdeiros,<sup>78</sup> “defende que, no caso de os sujeitos das classes anteriores não pretenderem actuar, a legitimidade deve ser deferida aos que integrem as classes seguintes.”<sup>79</sup>

Entre estas duas teses propendemos para a defesa da segunda. De facto cremos estar perante uma interpretação analógica com bastante pertinência. Não seria crível que à norma do art. 71.º n.º 2 presidisse uma maior tutela aos sujeitos legitimados, relativamente ao art. 496.º n.º 2 CC (danos patrimoniais resultantes do sofrimento que padeceu a vítima antes da morte), que naturalmente reflecte uma situação merecedora de uma maior tutela do Direito.

As problemáticas atinentes a este artigo denotam ainda outra questão, a de saber, que meio poderão ser utilizados para a protecção da pessoa falecida. Segundo Nuno Pinto de Oliveira<sup>80</sup>, existem duas interpretações quanto ao art. 71.º n.º 2. Uma interpretação declarativa e uma extensiva. A interpretação declarativa, (defendida por Oliveira Ascensão, Heinrich Hörster e Carvalho Fernandes), exclui a responsabilidade civil dos meios a requerer, tendo em conta a exclusão que o artigo faz quanto a este meio<sup>81</sup>. Deste modo é de concluir que “[f]ace à *interpretação declarativa* do n.º 2 do art. 71.º do [CC] deveria distinguir-se dois tipos de casos ou de situações: (i) ocorrendo uma ofensa ilícita à personalidade física ou moral *de uma pessoa viva*, a lei admitiria uma

<sup>76</sup> ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 150.

<sup>77</sup> 2 - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.”

<sup>78</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado IV*, pp. 539. Apud ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 150.

<sup>79</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado IV*, pp. 539. Apud ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 150.

<sup>80</sup> NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Direitos de Personalidade: Contributo...*, pp. 216-217.

<sup>81</sup> Artigo 70.º (Tutela geral da personalidade)

“2 - Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

dupla reacção – através das “providências adequadas às circunstâncias do caso” e da responsabilidade civil -; ocorrendo uma ofensa ilícita à personalidade física ou moral *de uma pessoa falecida*, a lei só admitiria uma reacção (...). Face à *interpretação extensiva* do n.º 2 do art. 71.º [(posição proposta por Capelo de Sousa, Menezes Cordeiro e Pais de Vasconcelos)] a lei admitiria sempre uma dupla reacção à ofensa ilícita.”<sup>82</sup> Propendemos para a defesa desta segunda tese por consideramos que se encontra mais acautelado a tutela *post-mortem*.

O n.º 3, do referido artigo, fala dos casos em que a ilicitude da ofensa é resultado da ausência de consentimento. Segundo Ana Morais Antunes, por *razões de eficácia*, “só deve ser reconhecida legitimidade para accionar os meios de tutela ao sujeito a quem incumbia prestar o consentimento, [de acordo com o n.º2]. (...) [tendo] de ser articulado com as prescrições particulares em sede de direitos especiais de personalidade (...) [em observância com o art. 71.º] «segundo a ordem nele indicado».”<sup>83-84</sup>

### **b) O prazo de protecção.**

Ana Morais Antunes defende o prazo de cinquenta anos sobre o falecimento, atendendo à norma do art. 185.º n.º 3 do CP.<sup>85</sup> Concordamos com o aludido prazo, tendo em consideração estarmos perante um lapso temporal, firmado na *última ratio* do Direito. Entendemos que o mesmo, como é apanágio no ordenamento penal, concorde em si, quer os interesses do lesado (no âmbito do direito civil), quer na tutela da salvaguarda da segurança jurídica.

21

---

### **c) Tutela da Personalidade no Direito de Autor**

A propósito dos prazos, há a salientar as especificidades da tutela de personalidade do direito de autor. Primeiramente há que realçar a “imprescritibilidade do direito moral [. S]ignifica que este perpetua-se após a morte do autor. Tendo em conta que as criações do espírito imortalizam os seus autores. A tutela da personalidade estende-se para além da morte. Enquanto a obra não cair em domínio público, o exercício *post-mortem* deste direito, (...) compete aos sucessores do autor. (...) [/] Depois, uma vez caídas no domínio público, a defesa da genuinidade e integridade das obras compete ao Estado<sup>86</sup>. (...) Com a queda no domínio público, a obra deixa de ser protegida pelo direito de autor, convertendo-se em bem público. (...) Assim o direito moral, caída a obra no domínio público, já não se destinaria a proteger a personalidade do autor, mas apenas um valor cultural do domínio público, prevalecendo o sentido objectivo da obra”<sup>87</sup>.

No que respeita a este prazo da tutela de direitos de personalidade, nos direitos de autor, estamos perante um prazo superior aos cinquenta anos elencados

<sup>82</sup> NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Direitos de Personalidade: Contributo...*, pp. 217.

<sup>83</sup> ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 150-151.

<sup>84</sup> No mesmo sentido encontramos CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 192, nota 343.

<sup>85</sup> ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 151.

<sup>86</sup> Art. 57.º n.º 2 do Código de Direitos e Autor e Direito Conexos, aprovado pelo DL n.º 63/85 de 14 de Março, com a última alteração pela Lei 49/2015 de 5 de Junho.

<sup>87</sup> ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Informática, direitos de autor e propriedade tecnodigital*, BFDUC, Stvdia Iuridica 55, Coimbra, Coimbra editora, 2001, pp. 374-376

anteriormente. Neste âmbito informando o conteúdo do “princípio da temporalidade. Nos termos da regra geral, o direito de autor caduca setenta anos após a morte do criador intelectual, mesmo que a obra só tenha sido publicada ou divulgada postumamente. A caducidade do direito de autor significa que, decorrendo os prazos de protecção, a obra cai no domínio público (art. 38.º [Código do Direito de Autor])”.<sup>88</sup>

#### **d) A especificidade do direito à imagem.<sup>89</sup>**

Versar-nos-emos sobre a segunda parte da norma do art. 79.º n.º1<sup>90</sup>, que disciplina o direito à imagem<sup>91-92</sup>. Ana Morais Antunes defende que estamos perante “o princípio da proibição de exposição, reprodução, divulgação e lançamento no comércio do retrato de uma pessoa em termos não consentidos.<sup>93</sup>” Sendo que “[a] imagem [continua] a ser tutelada, mesmo depois da morte da pessoa retratada. [/] Neste caso, o consentimento continua a ser exigido, devendo ser prestado pelas pessoas designadas no n.º 2 do [art.] 71.º do CC.”<sup>94</sup>

No entanto, uma questão, a nosso ver, revela-se mais pertinente, a imagem do falecido, mormente no local da morte. Quanto a este problema cabe-nos enunciar duas posições. “[Cláudia Trabuco “adere à tese da aquisição *ex novo* do direito pelos familiares ou herdeiros<sup>95</sup> (...) [contrariamente] Diogo Leite de Campos (...) defende a existência de um «direito à imagem do próprio, “embora” falecido exercido em nome deste pelos seus familiares próximos.”<sup>96</sup>

Entendemos que esta realidade não é totalmente análoga à existente na norma. Não bastando<sup>97</sup> com isso o consentimento pelas pessoas a que o artigo alude. No nosso ponto de vista, a imagem do falecido, *qua tale*, deve ter um tratamento muito mais restritivo. Na esteira de Ana Morais Antunes é pertinente referir primeiramente, a norma do art. 81.º n.º 1 do CC.<sup>98</sup> De grande relevância é a interpretação que esta norma nos

---

<sup>88</sup> Artigo 31.º do Código do Direito de Autor. Apud ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Informática, direitos de autor...*, pp. 231.

<sup>89</sup> Neste âmbito temos como paradigmático o caso de Bismark, no qual versaremos no capítulo *Estatuto Jurídico do Cadáver*.

<sup>90</sup> “O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela; depois da morte da pessoa retratada, a autorização compete às pessoas designadas no n.º 2 do artigo 71.º, segundo a ordem nele indicada.”

<sup>91</sup> Necessário é configurar em que termos é que é juridicamente entendível esta realidade. “A imagem consiste na representação de uma pessoa na sua configuração exterior.”, MENEZES CORDEIRO, *Tratado IV*, pp. 245. Apud ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 180.

<sup>92</sup> De acordo com Ana Morais Antunes, “dever[se-á interpretar] extensivamente o conceito de imagem (...), de forma a estender a tutela à voz. (...) [Referindo para tal] a legislação penal, [na norma do art.] 199.º do CP [no qual também se incluem os filmes. Enunciando igualmente, o art. 7.º n.º 2 alínea e), do Código da Publicidade.”, ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 181.

<sup>93</sup> ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 179.

<sup>94</sup> ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 183.

<sup>95</sup> CLÁUDIA TRABUCO, *Dos contractos relativos ao direito de imagem*, in: O Direito, ano 133.º (2001), II (Abril-Junho), pp. 409-411. Apud ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 183.

<sup>96</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito de Personalidade*, BFDUC, vol. LXVII, Coimbra, 1991, pp.191. Apud ANA MORAIS ANTUNES, *Comentário aos artigos...*, pp. 183.

<sup>97</sup> Quantas são as vezes que como consequências de tragédias naturais e ou humanitárias, corpos falecidos são retratados, com carácter sensacionalista.

<sup>98</sup> Artigo 81.º do CC

“1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.”

acomete, pois revela-nos o carácter restritivo no que diz respeito ao direito de personalidade e à sua limitação. De facto é aceitável que desta norma formulemos uma interpretação extensiva para o caso *sub judice*. Enunciamo-la nestes termos: se enquanto vivo, a pessoa não pode limitar os seus direitos de personalidade, (mormente de imagem), se contrariar os princípios da ordem pública, os sobreviventes considerados na norma do art. 71.º n.º 2 com menos propriedade poderão fazê-lo. De salientar que, estando em causa a falta de consentimento, cabe a legitimidade aos que competiam prestar o mesmo consentimento, tal como prevê o n.º 3. Segundo Oliveira Ascensão, “[a] lei estabelece [com o n.º 3], excepções às excepções. Em qualquer caso o retrato não pode ser reproduzido, exposto ou lançado no comércio se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decore da pessoa retratada. O momento ético da tutela da personalidade acaba por alcançar primazia.”<sup>99</sup> Apesar disso será pertinente reforçar a tutela do direito à imagem socorrendo-nos de outras normas civil para além quer da norma do 71.º e da do 81.º do CC. Também o artigo 340º CC estabelece um limite ao consentimento<sup>100</sup>. Este carácter restritivo, a que propende a nossa defesa, tem como preocupação o respeito a que deve ser votado o corpo defunto. Respeito que por vezes os *media*, em formato sensacionalista esquecem, para a representação de tragédias, guerras e outros fenómenos violentos.

## 7. O estatuto jurídico do Cadáver

Uma das questões nucleares que se colocam nesta tese prende-se com a qualificação jurídica do cadáver, e as suas consequências.

Para existir um cadáver, tem de ocorrer o fenómeno morte. Com ela, cessa a personalidade jurídica<sup>101</sup>. O critério actual é o da morte cerebral e consequentemente de acordo com a Lei n.º 141/99 de 28 de Agosto na norma de seu 2º artigo encontramos a definição legal de morte: “A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral.”

No entanto, casos há em que a morte é presumida. Estamos perante a norma do art. 68.º n.º 3 CC<sup>102-103</sup>.

Será que, cessando a personalidade jurídica, o cadáver se transforma num mero objeto, numa coisa? Serve como paradigma o presente caso: “[um] fotógrafo introduz-se na câmara mortuária de Bismarck, contra a proibição da família deste, e obtém uma fotografia do seu cadáver. [/] Põe-se o problema da personalidade depois da morte: tratava-se da fotografia de um ser humano? ... de um objecto? ... a quem pertencia? ... ao que foi (ou que é)? ... aos seus herdeiros? ... aos seus parentes mais próximos? ...

---

<sup>99</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral Direito Civil*, pp. 106.

<sup>100</sup> Art. 340.º do CC

“O consentimento do lesado não exclui a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.”

<sup>101</sup> De referir que nem sempre foi este o modo de cessar a personalidade jurídica como invoca Oliveira Ascensão, em seu *Direito Civil - Teoria Geral*, pp. 48, “Historicamente admitiram-se outras hipóteses, como a redução à escravidão”.

<sup>102</sup> “Tem-se por falecida a pessoa cujo cadáver não foi encontrado ou reconhecido, quando o desaparecimento se tiver dado em circunstâncias que não permitam duvidar da morte dela”

<sup>103</sup> Vide C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 206-207.

E, por contraste, o problema da vida – do ser-que-vai-morrer – também se põe como pressuposto: o que é uma pessoa humana (o ser-que-nasceu-para-viver)?”<sup>104</sup>

Há quem entenda que o cadáver se deve situa mais próximo da personalidade humana, outros que consideram-no uma coisa. Existindo ainda quem se situe entre estes dois paradigmas.

Seguindo a exposição de Gomes da Silva<sup>105-106</sup>, os primeiros “[fundem-se] mais em intuições oriundas das tendências e atitudes correntes a respeito do cadáver do que em princípios de ciência jurídica (...) [/] [Os segundos] sustentam que o cadáver se deve enquadrar na noção jurídica de coisa, e apenas se dividem no tocante à classificação dele (...) para uns, tratar-se-á de coisa no comércio, para outros de coisa, fora do comércio. [/] [E] finalmente, outros ainda defendem soluções intermédias e por vezes pouco definidas”<sup>107-108</sup>.

No entanto, a constatação de Gomes da Silva é a de que é a qualificação do cadáver como coisa a mais defendida. Diz o autor que, “[p]artindo-se da divisão rígida de toda a realidade exterior ao direito em pessoas e coisas, deduzida de postulados puramente formais e logicistas, entende-se que o cadáver, não sendo pessoa, é forçosamente coisa; era esta, por exemplo, a argumentação de Dias Ferreira, quando afirmava que “[o] cadáver, posto que não possa ser objecto de apropriação, visto achar-se fora do comércio (...) está indubitavelmente compreendido na categoria das coisas, por ser coisa tudo o que carece de personalidade (art.º 369.º [Código de Seabra])”<sup>109</sup>.

Entre os autores que defendem que o cadáver é uma coisa, denota-se uma divergência: há quem entenda que o cadáver é coisa no comércio (pelo menos de modo mitigado) e quem entenda que o é fora do comércio. No primeiro grupo, encontramos Cabral de Moncada<sup>110</sup>. No segundo grupo, encontramos Dias Ferreira<sup>111</sup> e De Cupis.

A posição de “coisificar” o cadáver é pungentemente criticada por Gomes da Silva. Entende que essa natureza “não traduz com rigor o pensamento profundo dos

---

<sup>104</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 359.

<sup>105</sup> GOMES DA SILVA, *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito [-] Reflexões em Torno das Utilização do Cadáver Humano para Fins Terapêuticos e Científicos*, Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XVIII, Lisboa, 1964, pp. 51

<sup>106</sup> A obra referida de Gomes da Silva encontra-se subdividida em dois volumes da Rev. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o n.º XVII e o XVIII.

<sup>107</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 52.

<sup>108</sup> Vide ANTÓNIO MIGUEL CAEIRO, *Boletim do Ministério da Ivstiça*, n.º 94-Março-1960, pp. 49-61. Apesar de no defender no final do parecer o cadáver como “coisa” *extra commercium*. O caminho que traça, tece uma série de incursões que se aproximam de uma tese intermédia.

<sup>109</sup> DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado, vol I*, 2.º edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1894, pp. 6. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 174.

<sup>110</sup> “[O] cadáver humano que, embora aos nossos sentimentos de piedade repugne assimilar, dentro do mesmo conceito de *coisa*, a todas as outras, contudo é manifestamente uma «coisa», depois que se converteu num mero despojo material. (...) Trata-se de uma coisa só relativamente comerciável”. CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil Parte Geral 2.º edição Revista e Atualizada*, vol. II, Coimbra, 1955, depositário Arménio Amado. pp. 138.

Interessante é verificar que também ao Doutrinador lhe repulsa esta catalogação, no entanto prefere atender ao formalismo dos conceitos, inversamente a questioná-los, tal como aludiremos seguidamente.

<sup>111</sup> “O cadáver, posto que não possa ser objecto de apropriação, visto achar-se fora do comércio (...) está indubitavelmente compreendido na categoria de coisas, por ser coisa tudo o que carece de personalidade”. DIAS FERREIRA, *Código Civil Português-Anotado...*, pp. 6

autores [do Código]. Para se ver que essa é a realidade basta considerar a circunstância de quase sempre os problemas relacionados com o cadáver serem versados a propósito de direitos de personalidade. [/] E compreende-se bem que assim seja. [/] Antes de mais, e por muito tecnicistas que os autores se confessem (...), eles não podem deixar de ser sensíveis às tradições e às crenças respeitantes ao cadáver, e essas são todas no sentido (...) de atribuir a este significado ético e de o aproximar de realidades de carácter moral e [ou] religioso, insusceptível de caberem na mera ideia de coisa”<sup>112</sup>.

Entende que a crise da distinção entre pessoa e coisa advém do decisionismo<sup>113</sup> e do normativismo<sup>114</sup>, tendo como consequência estas correntes “a natureza formal das noções básicas do direito, nomeadamente das de pessoa e coisa”<sup>115</sup>.

Gomes da Silva empreende nesta temática uma pretensão de retractar a juridicidade, na esteira de Savigny que cita (a propósito do que este autor afirmou relativamente às leis romanas da família): “as legislações isoladas dos costumes podem dar uma ideia muito imperfeita da realidade social.”<sup>116</sup>. Critica, deste modo, Cabral de Moncada e De Cupis, que denotam mais interesse em arquitectar construções teóricas. O primeiro refere “que «tudo se pode sustentar quando se trata de construções puramente teóricas como esta»”<sup>117</sup>, e o autor italiano refere “que se trata de um problema de construção dogmática, de interesse essencialmente teórico, e que, quando se tenha clara consciência dos fins práticos do direito, logo se advertirá nos limites da importância de tais problemas.”<sup>118</sup> Gomes da Silva entende “que a eticidade - e com ela, a juridicidade – pertencem à própria essência do homem e de que, portanto, o direito não é simples superestrutura artificialmente sobreposta à realidade (...) a elaboração doutrinal destina-se a revelar a verdade jurídica, e ainda que esse fim possa ser demandado por meios de técnicas diferentes ou por linhas de pensamentos variáveis, o objecto em si não muda e nele há-de residir o critério para apreciar os resultados obtidos”<sup>119</sup>. A sua opinião é conclusiva ao entender que “[o] respeito e veneração pelo cadáver é (...) velho como o mundo, e, se bem se pensar, ver-se-á que ele tem constituído efficacíssima garantia para a personalidade: destituído de vida, incapaz de se defender e abandonado, portanto, à piedade e à honra dos vivos, o cadáver tem sido um dos mais fortes diques opostos à torrente dos desregramentos e do materialismo; desprezem-se os despojos do homem, tomem-se eles como coisas, transformem-se em meros objectos, e em breve se começará a perguntar se há diferenças entre eles e o

---

<sup>112</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 175-176.

<sup>113</sup> Segundo Gomes da Silva, “para o decisionismo, a lei constrói arbitrariamente as realidades jurídicas, a sabor da vontade dos governantes ou da maioria dos membros da sociedade (a «vontade social», captada por meios empíricos)”. GOMES DA SILVA, *Concepção Personalidade...*, XVIII, pp. 55.

<sup>114</sup> Sendo que “para o normativismo eivado de idealismo e logicismo, a doutrina jurídica transforma-se numa pura técnica formal, reduzindo-se a realidade jurídica a conceitos técnicos e a relações lógicas entre eles descobertas por simples Proc.s racionalistas.”, GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 55.

<sup>115</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 56.

<sup>116</sup> SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, trad do alemão, I, Paris, Frimin Didot Frères, 1840, pp. 344. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 185.

<sup>117</sup> CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil* vol I., 3.º ed. Coimbra, Atlântica, 1959. 74, nota 2.º. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalidade...*, XVII pp. 181.

<sup>118</sup> DE CUPIS, *Il Diritto delle Persone e di Famiglia*, Nápoles, Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, 1941, pp. 26. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 181.

<sup>119</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, pp. 181

velho moribundo, o imbecil, o delinquente perigoso ou o simples doente que já em si traga o germe de morte.”<sup>120</sup>

O problema da “coisificação” reside, segundo o professor de Lisboa, na própria noção de coisa, que poderá ter como consequência a coisificação do próprio homem. Na sua construção, parte de uma noção mais antiga, na qual «coisa» era tudo aquilo o que não tinha *personalidade jurídica* e, portanto, era passível de ser objecto de direitos, para chegar à mais recente na qual só singra a última parte<sup>121</sup>. Sendo que esta “circunstância formal, a de a realidade considerada ser *objecto* de direito: coisa seria tudo aquilo que fosse susceptível de ser objecto de direito”<sup>122-123</sup>. Deste modo entende que “a doutrina se deixou arrastar ao lançar-se no perigoso declive do formalismo: o próprio homem pode ser «coisa», se ocupar na relação jurídica a posição de objecto. E com isto se quebram as últimas amarras que prendiam a personalidade ao homem - tudo se perde na voragem da abstracção pela abstracção. (...) [A] coisificação do homem encontra ambiente extremamente favorável e é fácil reconhecer-se quanto esse facto enfraquece a defesa jurídica da personalidade e como, em especial no tocante ao cadáver humano, é grave a responsabilidade que lhe pode caber nos piores desregramentos da teoria e da prática.”<sup>124</sup>

Cunha Gonçalves perfila-se também nos que entendem que o cadáver não é coisa. “Não têm razão os escritores que exceptuam como imoral somente este acto [refere-se ao acto de exercer comércio tendo como objecto o cadáver] declarando o cadáver como *cousa fora do comércio*; pois ele não é *cousa* enquanto é viva a pessoa que o vendeu e nem mesmo após a morte, porquanto, se a personalidade fica extinta, o cadáver, como resíduo ou invólucro dela, é ainda *objecto de respeito*, sendo punido quem o desacatar (Cód. Pen.: art. 247.º e §§); e certo é que uma simples *cousa* não tem de ser *respeitada*.”<sup>125</sup>. Esta posição correspondeu a uma sentença firmada nestes termos: “os restos mortais de qualquer indivíduo juridicamente não podem ter-se como coisas para os tornar susceptíveis de apropriação e propriedade, nos termos do art. 366.º, 479.º

<sup>120</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVII, pp. 186–187.

<sup>121</sup> C. A. Mota Pinto, critica a definição de “coisa” plasmada no CC neste termos. “[O] artigo 2902.º do [CC] contém a seguinte definição: [/] «Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas.» [/] Não pode considerar-se rigorosa tal definição. Acresce não se divisar um qualquer valor operacional ou prático na inclusão de uma definição deste tipo num Código, revestindo a noção explicitada (...) um significado puramente expositivo, de tipo manualístico e, nesse plano, como dissemos, incorrecto. [/] Com efeito há entes susceptíveis de serem objecto de relações jurídicas que não são coisas em sentido jurídico. Pensemos nas *peçoas*, nas *prestações*, nos *modos de ser ou bens da própria personalidade*. [/] Quanto aos *bens imateriais*, objecto dos direitos de autor ou de propriedade industrial, e aos *direitos*, objecto de certas figuras de direito sobre direitos, podem integrar-se no conceito de coisas, embora tenham um *regime especial* relativamente ao regime geral das coisas e não estejam previstas nas várias classificações das coisas enumeradas no artigo 203.º [CC]. São *coisas incorpóreas*. [/] Conjugando todas estas ideias podemos definir as coisas em sentido jurídico como «os bens (ou os entes) de carácter estático [excluindo-se deste modo as prestações], desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, susceptíveis de constituírem objecto de relações jurídicas.” C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 341-342.

<sup>122</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 66.

<sup>123</sup> Há que ter em conta que a noção, vertida no artigo 202º CC, é criticada pelos autores, que lembram que há mais objectos de relações jurídicas para além das coisas. Esta crítica mostra como o homem, sendo objecto de relações jurídicas, não se coisifica. Pense-se, por exemplo, nas relações que têm do lado activo um direito de personalidade.

<sup>124</sup> GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, XVIII, pp. 66-68.

<sup>125</sup> CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929, pp. 304.

e 2167.º do Código Civil [de Seabra], mas sim como pessoa, embora destituída de vida, e, quando menos, relíquias dela”.<sup>126</sup>

A doutrina de Oliveira Ascensão denota o mesmo sentido, “a protecção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte [...] (...), no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa”.<sup>127</sup>

O nosso entendimento não poderia ser outro que não o de repudiar a qualificação do cadáver como coisa. A primeira argumentação tem natureza antropológica e sociológica. Desde sempre, nas mais longínquas latitudes e culturas, o cadáver mereceu honras. Actualmente, mesmo quem não professa nenhuma religião denota para com o defunto uma consideração memorialista, consubstanciada em ritos. Deste modo, o cadáver, apesar de não ser portador de personalidade, não é coisa.

Se o fosse não existiam razões para que o legislador, na norma do art. 21.º do Decreto 44220 de 3 de Março de 1962<sup>128</sup>, proibisse os enterramentos em vala comum. Entendemos que para além de estarmos perante medidas de salubridade, estamos igualmente perante uma medida que denota o respeito devido aos mortos. Há, aliás, outros indícios no ordenamento jurídico que mostram o afastamento da ideia de reificação do cadáver.

Assim, existe um subsídio para cerimónias fúnebres. Este pode ser requerido nos casos em que o falecido, aquando a morte, nada tenha deixado, passível de caber em herança, e conseqüentemente nenhum valor pode ser afectado à cerimónia fúnebre<sup>129</sup>. Mais uma vez o Estado, em correspondência dos seus cidadãos, não permite que ninguém seja privado de funeral. De invocar igualmente que nem sequer o local da sepultura é negado pelo Estado, como posteriormente melhor relataremos. Qualquer pessoa é sepultada, sem que tenha adquirido o espaço no qual repousarão os seus restos mortais, na medida em que por acto administrativo o Município ou a Freguesia o concessionaria.

Reiteramos o argumento aludido por Gomes da Silva: se o cadáver fosse considerado coisa, o mesmo deveria ter a sua inserção sistemática no capítulo dos direitos reais no CC, e não nos direitos de personalidade.

O mesmo pode ser denotado ao nível do Direito Penal. A profanação, a subtração e a ocultação de cadáveres não são tipificados como crime de dano qualificado, furto, ou outros que tenham como objecto uma coisa como tal. Para além disso, os mesmos crimes não se encontram no título dos crimes contra o património, mas sim no título respeitante aos crimes contra a vida em sociedade. Existindo inclusivamente e no mesmo título o crime de perturbação de cerimónias fúnebres.

Tendo em consideração a tutela penal consignada à personalidade humana, mormente “a *bens* da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como

---

<sup>126</sup> Sentença de 31 de Agosto de 1874, RLJ, vol. VII, pp. 345. Apud GOMES DA SILVA, *Concepção Personalista...*, pp 173-174.

<sup>127</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-Teoria Geral*, pp. 90

<sup>128</sup> ESMERALDA NASCIMENTO E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, 3.º edição, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 24.

<sup>129</sup> Vide art. 2068.º CC. “A herança responde pelas despesas com o funeral (...)”. Sendo este o seu primeiro encargo.

tais são autonomamente protegidos”<sup>130</sup>, destaca-se, no âmbito penal, a tipificação de crimes que visam a protecção do cadáver e das partes destacadas deste, de sua honra, bom nome e vida privada. Para além do mais, a dignificação do cadáver denota considerações, igualmente importantes, no local de repouso deste.

Depois de este périplo, acresce referir que não consideramos razoável dispensar ao cadáver uma tutela inferior à que (tendo em consideração as novas tendências do direito) terão os animais domesticados<sup>131</sup>. Se aos animais a tendência doutrinal e legislativa europeia é a da sua “descoificação”<sup>132</sup>, o mínimo exigível deverá ser a existência do mesmo estatuto juscivilístico para o cadáver. De notar que teleologia do nosso Ordenamento Jurídico, no que se refere ao cadáver, é muito mais densificada, dignificante e mais enraizada no contexto social, histórico e cultural português, do que a referente ao animais de companhia. Entendemos concomitantemente que a desconsideração do cadáver, tendo em conta a sua “coificação”, mormente a nível civilístico, sendo já gravoso, o será mais se sob influência dos restantes ordenamentos jurídicos se se sobrepuser a realidade animal. Culminando assim a “desdignificação” do próprio Homem.

## 8. Dos Cemitérios<sup>133 - 134</sup>

Os cemitérios são a *magnum opus* da importância com o qual é valorada a realidade fúnebre. Deste modo cumpre-nos citar Fustel de Coulanges, que coloca numa Obra de Píndaro o relato da origem da necessidade de sepultura. “Frixos f[ô]ra obrigado a deixar a Grécia e fugira para a Cólquida. Morreu neste país; mas embora morto queria regressar à Grécia. Apareceu então a Pélias e ordenara-lhe que vá a Cólquida para de ali trazer a sua alma à Grécia. A sua alma sentia sem dúvida a saudade do solo pátrio”.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 189.

<sup>131</sup> Neste âmbito façamos uma breve referência a esta problemática. cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva juscivilística”, BFDUC, vol. LXXXIX, Coimbra, 2013. Na Áustria, Alemanha e França, os animais deixaram de ser coisas, estando doravante protegidos por leis especial, embora de modo subsidiário possa ser aplicado a lei referente a estas. (213-216). “Entre nós, os animais são considerados coisas. Nos termos do artigo 202.º do CC, (...) [assim], técnico-juridicamente as coisas devem ser pensadas como “os bens (ou os entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade e não integradores do conteúdo necessário desta, susceptíveis de constituírem objecto de relações jurídicas” (C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 342). Na esteira de Mafalda Miranda Barbosa, entendemos que “os deveres indirectos [que estes nos merecem] (...) visam, [alternados] ou cumulativamente, três objectivos: a protecção da humanidade (...); a protecção dos interesses particulares (...); a salvaguarda dos bons costumes”. (250). Deste modo advogamos a manutenção da tutela juscivilística que os animais denotam no nosso Ordenamento Jurídico.

<sup>132</sup> Há, no entanto, quem rejeite esta posição. Cf. “[O]s animais são vistos como instrumentos e não como fins em si mesmos. Distanciando-se das pessoas, podem ser utilizados pelos seres humanos para a satisfação das suas necessidades física, espiritual ou cultural.” MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Breve reflexão ... do problema do estatuto jurídico dos animais*, pp. 251.

<sup>133</sup> “A palavra cemitério é de origem grega *Koimeterion*, que significa locus dormitionis, lugar de dormir ou de repousar.”, LEONARDO A. PEREIRA *Aspecto jurídico dos cemitérios em Portugal*, *Lumen*, vol. XIX, Dezembro de 1955, fasc. XII. pp. 602

<sup>134</sup> No direito Romano “em regra [*ius sepulchri*], compreendia o direito de ser enterrado (*sepeliri*) e de inumar outrem (*mortuum inferre*); (...) além da faculdade normal de celebrar as cerimónias fúnebres (*parentalia, feralia*)” – cf. RUI MARCOS, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano Alguns aspectos da epigrafia jurídica*, Separata do vol. LXIV (1988) do BFDUC, Coimbra, 1988, pp. 11-12.

<sup>135</sup> PÍNDARO, *Pythic*. IV, 284 – Ed. Heyne. Apud FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, – Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma, tradução e glossário de Fernando de Aguiar, 11.º edição, Porto, Clássica Editora, 1988, pp. 14.

Considerava-se à época, que “[a] alma que não tivesse o seu túmulo (...) era [condenada à] errância. Em vão aspiraria ao repouso que amava [...] (...) Atormentaria então os vivos (...) para os advertir de que tanto o seu corpo como ela própria queriam sepultura. (...) [À época como refere o historiador] [t]em-se menos a morte do que a privação de sepultura. (...) [Consequentemente], [n]as cidades antigas a lei pun[ia] os grandes culpados com o castigo desde sempre considerado terrível: a privação de sepultura.”<sup>136</sup>

“«Prestai aos deuses manes quanto lhes é devido, diz Cícero, são homens que abandonaram esta vida terrena; considerai-os como seres divinos»<sup>137</sup>. [/] Os túmulos eram os templos destas divindades”.<sup>138</sup> Consequentemente “[n]o conceito da jurisprudência romana, o sepulcro surgiu entendido como *res religiosa* por excelência<sup>139</sup>. (...) [Sendo que o] pressuposto fundamental do carácter religioso de um túmulo residia (...), no corpo humano aí depositado.”<sup>140</sup>

Os cemitérios materializam a dignificação do cadáver e a tutela da personalidade *post-mortem*, sendo que inclusivamente como anteriormente verificámos é passível de o desrespeito ser previsto e punido como crime. Neste modo cumpre-nos versar sobre o carácter jurídico que denotam em nosso Ordenamento.

Afigura-nos essencial reiterar a importância da norma do art. 21.º do Decreto 44220 de 3 de Março de 1962<sup>141</sup> e o artigo 13.º do Decreto 48770 de 18 de Dezembro de 1968 (que serve de modelo dos regulamentos dos cemitérios municipais), no qual também se encontra expresso a proibição das inumações em valas comuns<sup>142</sup>. Esta norma é essencial (tendo como objecto para além do carácter de saúde pública) na dignificação do cadáver<sup>143</sup>. Este não é e não pode ser desconsiderado, é merecedor de honra e tem a sua dignidade. No local de sua inumação, tal dignidade encontra o seu limite inultrapassável na individualização do cadáver, não no ultrajante e terrorífico assomar de corpos, desconsiderando não só o cadáver e a pessoa falecida, mas a vida Humana.

Necessário primeiramente é distinguir, o solo dos cemitérios e o contrato que lhes está subjacente, das construções que sobre ele podem ser edificadas, (mormente os jazigos) e os direitos que incidem sobre as aludidas construções.

Quanto à primeira questão, actualmente, não existem dúvidas, que os cemitérios públicos,<sup>144</sup> são bens de domínio público<sup>145</sup>. Marcello Caetano, apesar da ausência de

<sup>136</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, pp. 16. vide. ÉSQUILO, *Os Sete Chefes Contra Tebas*, 1031. SÓFOCLES, *Antígona*, 198. LÍSIAS, *Epitaf.*, 7-9.

<sup>137</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, pp. 21. CÍCERO, *De Legibus*, II, 9.

<sup>138</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*, pp. 14-16.

<sup>139</sup> RUI MARCOS, «*Ius Sepulchri*» Romano pp. 4 vid BIONDO BIONDI, *Instituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1972, pp. 158.

<sup>140</sup> RUI MARCOS, «*Ius Sepulchri*» Romano... pp. 6.

<sup>141</sup> ESMERALDA NASCIMENTO E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, pp. 24.

<sup>142</sup> ESMERALDA NASCIMENTO E MÁRCIA TRABULO, *Cemitérios*, pp. 31.

<sup>143</sup> Conceito legal de “cadáver” de acordo com o DL N.º411/98 de 30 de Dezembro; “Cadáver: o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenómenos de destruição de matéria orgânica”.

<sup>144</sup> À contrario, não o são os cemitérios privados, como ressalva Marcello Caetano, “quanto ao cemitérios particulares ainda existentes (...), esses devem considerar-se quando propriedade dos grupos a que interessam, bens patrimoniais”, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª edição, 3.ª reimpressão, Tomo II, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 919-920.

lei, adopta esta posição, sustentando-o no facto de estes denotarem as características seguintes: “a) são objecto de propriedade de uma autarquia local; b) são destinados à inumação dos cadáveres de todos os indivíduos que faleceram na circunscrição, não sendo lícita a recusa da sepultura fora dos casos especiais previstos na lei; c) é livre o acesso ao campo santo. [/] Possuem pois um índice evidente de utilidade pública<sup>146</sup>: o uso directo e imediato do público<sup>147</sup>. É aliás o que resulta do artigo 48.º, *in fine*, da Constituição [de 1933]”<sup>148</sup> <sup>149</sup>.

Quanto ao contrato, há unanimidade. Estamos perante um contrato de Concessão. No caso em apreço poderemos estar perante um contrato ou um acto de concessão. Encontramo-nos sob a égide de um contrato, quando o que está em causa é a aquisição da titularidade do direito de concessão de uma sepultura, perpétua. Neste caso, temos contrato, no qual os contraentes são a Autarquia e o particular.

Existe antes um acto de concessão, quando quem falece é sepultado em uma sepultura temporária. Nestes casos passando três anos da inumação, se se verificar que terminaram os fenómenos de destruição da matéria orgânica é possível exumar os ossos. Utilizando o mesmo espaço, para posterior inumação de um outro cadáver. Verifica-se que neste caso, o Estado (na veste do órgão Autárquico), em prol da Dignificação do Corpo Falecido (e tendo também em conta situações de salubridade pública) faculta de forma gratuita o espaço para que o corpo de um seu concidadão seja inumado.

Importa ainda referir que, no caso em apreço, estamos perante uma concessão para uso privativo, estas “respeitam unicamente à utilização [neste caso do espaço], não implica[ndo] a [sua] gestão”<sup>150</sup>

No quadro das concessões de uso privado para domínio público, existem duas modalidades. Ou estamos perante uma concessão de aproveitamento imediato ou de concessão para aproveitamento mediato. O nosso caso é qualificado de aproveitamento imediato, tendo em consideração que o que se pretende é o de “tirar proveito da própria coisa dominial. (...) Pertencem a esta classe, entre outras, as seguintes concessões (...) de terrenos nos cemitérios para a sepultura perpétua”<sup>151</sup> <sup>152</sup>

---

<sup>146</sup>Ac. STA, Proc. N.º 010/02, de 08 de Julho de 2003, relator: ANTÓNIO MADUREIRA.

<sup>147</sup>Ac. STA, Proc. N.º 046143, de 06 de Março de 2002, relator: COSTA REIS.

<sup>148</sup>MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 919- 920.

<sup>149</sup>“Quer isto dizer que os cemitérios públicos estão apenas submetidos à jurisdição civil com exclusão das jurisdições de quaisquer religiões ou seitas religiosas. (...) [O] cemitério está aberto às práticas culturais de qualquer religião desde que se movam pelos princípios da dignidade (...) e do respeito por todas as demais concepções formalismos ou cerimónias e da natureza do local, que é a de veneração para com todos os mortos (...). [O cemitério é] um lugar neutro às religiões, mas aberto a todas elas e sem que nenhuma goze de privilégios sobre as demais.” LOPES DIAS, *Cemitérios Jazigos e Sepulturas*, Edição de Autor – Depositária, «Coimbra Editora, Lda.» 1963, pp. 359.

<sup>150</sup>MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 938.

<sup>151</sup>MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 939.

<sup>152</sup>A questão que se coloca é a seguinte se não forem perpétuas. Cumpre-nos deste modo encetar esforços para resolver o problema em questão. Considerando a legislação fúnebre, entendemos que apesar o parâmetro de Marcello Caetano deverá ser mais lato, ou seja não se centrando única e exclusivamente na sepultura perpétua, mas considerando nos mesmos termos a sepultura temporária, tendo em conta o seguinte fundamento. Se o cemitério não sofrer com faltas de espaço, poder-se-ão prolongar por muitíssimo tempo. Deste modo parece-nos preferível considerar que ambas são integradas na categoria de aproveitamento imediato.

A presente Concessão, pela natureza endógena na qual versa, denota, características particulares<sup>153</sup>. Mormente carácter familiar, e relembrando o entendimento de Mota Pinto, “[a] família é uma realidade natural e social, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, antes de mais, em planos ou domínios (...) anteriores (...) ao plano jurídico. O surgimento e a vida da família realizam-se e assentam numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas e morais, que o direito considera relevantes, isto é, que reconhece, aceita e considera, ao formular a sua regulamentação da instituição familiar.”<sup>154</sup>

A transmissibilidade é a desses pontos. É necessário primeiramente saber qual o objecto da transmissão, se estiver em causa a transmissão da mera concessão, sem que no terreno concessionado tenha sido construído jazigo; a regra é a da livre transmissibilidade legal, mas alguns obstáculos poderão existir, na transmissão inter-vivos, ou mortis-causa (que não sucessão legítima), por rigor dos regulamentos cemiteriais.

No que diz respeito à transmissão<sup>155</sup> do jazigo ou sepultura por sucessão legítima, esta “é normal por estar de perfeita conformidade com a concepção «familiar» que tradicionalmente os acompanha<sup>156</sup>. Este processo de transmissão é reconhecido e aceite sem contestação.”<sup>157</sup> “[A] justificação para tal entendimento radica no facto de ser comumente aceite que a construção de jazigos e sepulturas se destina a preservar os sentimentos de piedade e respeito pelos membros falecidos da família e de se considerar que essa transmissão é a melhor forma de assegurar a continuidade desses sentimentos familiares<sup>158</sup>”<sup>159</sup>. Não obstante é necessário proceder ao averbamento no alvará. Documento este que titula a concessão.

Se não se verificar, (pelo menos), sucessão legítima, a sucessão na concessão só relevará se se “[alterar] o alvará inicial, no sentido de alargar o leque de beneficiários a outros familiares próximos da concessionária. (...) [Procedendo-se] a um averbamento ao alvará inicial [...] (...) [Poderá o órgão autárquico indeferir o alargamento] cabendo na margem de discricionariedade de que goza [a Administração Pública]”<sup>160</sup>. No entanto é de evidenciar que, para que se suceda no direito do contrato de concessão, é necessário o averbamento, caso contrário, poder-se-á considerar que o direito ainda se encontra no âmbito da herança jacente.

<sup>153</sup> Seguindo a Doutrina de LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 391-392.

<sup>154</sup> C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp 158.

<sup>155</sup> Interessante verificar as diferenças do Direito Romano entre as espécies de sepulcro e as respectivas especificidades de transmissão. RUI MARCOS, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano...* pp 12 e ss.

<sup>156</sup> Deveremos ter em atenção sempre o “espírito familiar e de perpetuidade que caracteriza as sepulturas.” Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 7.

<sup>157</sup> LOPES DIAS *Cemitérios...*, pp. 395-396.

<sup>158</sup> Interessante neste contexto de tecer algumas considerações sobre o Costume no Direito Administrativo, como escreve, Marcello Caetano que “a autenticidade deste, [do costume] resultante da espontaneidade das forças que motivam o seu aparecimento e a sua imposição, obriga a quem considere o seu aparecimento, isento de preconceitos de escola, a reconhecer o seu valor normativo.” MARCELLO CAETANO *Manual de Direito Administrativo*, 10.º edição, 3.º reimpressão, Tomo II, Revista e Atualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 82

<sup>159</sup> Ac. STA, n.º 046143, relator: Costa Reis, pp. 13 também alude a este ponto, LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 373-374.

<sup>160</sup> Ac. TCA-N n.º 00482/06.7BEBRG, de 22-06-2011; relator: ROGÉRIO PAULO DA COSTA MARTINS. pp. 13-14.

No que respeita aos negócios *inter vivos*, venda ou doação, é curial, tal como anteriormente, tecer considerações em separado para o caso de já terem existido inumações ou não. Não tendo ainda existido, não existirão problemas de grande relevância, a menos que os conteúdos no regulamento do cemitério o proibam. Como defende Lopes Dias, a transmissibilidade não terá endógenos condicionalismos, no entanto a Administração Autárquica terá de necessariamente consentir, tendo poderes no plano discricionário, e só em caso afirmativo é que torna efectivo a venda e a doação da concessão. A necessidade de averbamento reflecte o entendimento jurisprudencial de que “a realização de qualquer transmissão só pode tornar-se efectiva depois de um acto de aprovação ou consentimento da Câmara Municipal ou Junta de Freguesia”.<sup>161-162</sup>

Problemas acrescem se já se tiverem verificado inumações no local. Neste caso, não concordamos com o entendimento de Lopes Dias, que corrobora a ideia de que a inumação de uma “família diversa pode ser ofensiva da memória dos fundadores ou das pessoas já ali depositadas”<sup>163</sup>. Não considero que possa sê-lo; no entanto necessário é tomar medidas que não se verificam em outros casos. Considero que, a verificar-se o presente, o comprador ou o donatário só poderão fazer uso para inumações no espaço depois da decomposição completa dos restos mortais no local. Procedendo-se em seguida à exumação e conseqüente transladação das ossadas para um ossário<sup>164</sup>, em obediência dos trâmites legais para a mesma operação. Sustentando a nossa posição poderemos interpretar analogicamente os artigos que possibilitam a cessação da concessão por abandono. Neste caso a autoridade autárquica, após a exumação da sepultura, poderá contratualizá-la com outro concessionário. Deste modo a Dignidade não é ferida.

Naturalmente, e por maioria de razão, à doação e à venda são aplicados os artigos já referidos quanto à Autorização Autárquica, consideramos naturalmente a possibilidade de não autorização, tendo em consideração a discricionariedade administrativa.

Necessário é proceder à natureza jurídica do jazigo.<sup>165</sup>

Três teses há a considerar. A que de o jazigo é propriedade, nos termos do direito privado por parte dos concessionários. A de que estamos perante um direito Real Administrativo. E ainda quem entenda que estamos perante um direito de Obrigação, no caso direito pessoal de gozo.

Quanto à defesa da primeira tese, na RLJ de 1917, podia ler-se que “se é certo que o acto de concessão não atribuiu ao instituidor do jazigo a propriedade do terreno em que ele assenta, sobre o jazigo fica ele tendo um verdadeiro direito de propriedade,

---

<sup>161</sup> LOPES DIAS *Cemitérios...*, pp. 400-401. Apud Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 14.

<sup>162</sup> Ac. STA, n.º 046143, relator: COSTA REIS, pp. 14.

<sup>163</sup> LOPES DIAS *Cemitérios...*, pp. 402.

<sup>164</sup> Este entendimento não é seguido por Lopes Dias, *Cemitérios* que em nota de rodapé da página 403, citando um Of.ºDir-Ger. A. Política Civil de 18-03-1950. Entende que do local não se devem retirar os restos mortais. Entendendo a meu ver neste âmbito, as ossadas, existentes no local.

<sup>165</sup> É necessário primeiramente corrigir um *lapsos calami* comum na jurisprudência, que tem especial relevo para esta segunda questão. Os tribunais tendem a confundir, aquando a redacção dos acórdãos “sepultura” e “jazigo”, no entanto pretendendo no espírito das decisões consubstanciar objectos jurídicos diferentes. Desde modo, para colmatar a confusão de termos, deveremos considerar tal como no Ac. do TRPort. relatado por OLIVEIRA VASCONCELOS, [Ac. TRPort., com o número de Proc.: 0433590 de 8 de Julho de 2004, pp.3], no qual se entende que o jazigo é a construção fúnebre edificada sobre sepultura. E conseqüentemente sepultura, o local onde se sepulta, ou seja o terreno do cemitério.

se bem que limitado, não só pela própria natureza da coisa, como por virtude da lei e por força ainda da vontade, tal como é concedida no acto da instituição. [/] (...) [sendo possível o] exercício sobre os jazigos de actos de verdadeiro domínio, compatíveis todavia com a índole especial da propriedade sobre eles existente”.<sup>166</sup>

O mesmo entendimento se denota na Revista dos Tribunais, acrescentando que, “[e]ssa propriedade sofre apenas as restrições resultantes da colocação do túmulo no cemitério. Não pode o túmulo ser retirado sem cumprimento as formalidades exigidas no regulamento respectivo; não podem fazer-se nele obras ou modificações sem observância do mesmo regulamento.”<sup>167</sup>

Pires de Lima advoga esta posição. “[A] propriedade dos jazigos é *sui generis*, restrita e precária, derivada de uma concessão (...) [e que mesmo edificados em domínio público, transmitem direitos reais, tal como o faz a concessão]. (...) [Adverte ainda que] [o] jazigo faz parte do património individual. (...) [e] constituem bens da herança.”<sup>168</sup>

Actualmente esta tese é sufragada por Ana Raquel Moniz e Mafalda Miranda Barbosa. A posição tecida por Ana Raquel Moniz denota primeiramente a características subjectivas dos direitos reais administrativos. “[As] notas *subjectivas* e *funcional* constituem os elementos integrantes da própria noção de direitos reais administrativos: a presença de uma entidade administrativa e de um fim público vai ditar a especificidade das regras aplicáveis à relação jurídica. (...) [S]olução que se orienta no sentido apontado pela doutrina portuguesa tradicional”.<sup>169</sup> Considerando este ponto, teremos de questionar o âmbito deste direito real administrativo, isto é, se ele abrange apenas a parcela de terreno ou também as construções sobre aquele edificadas. Perante esta questão, a doutrinadora responde assertivamente que, “[s]e a opção [do Direito francês] for [no sentido de incluir as obras erguidas sobre o domínio público], não estamos diante de um direito real administrativo (...) mas perante um direito de propriedade privada dos particulares sobre aquelas obras construções ou instalações – o direito real administrativo, na acepção francesa, a existir, incide apenas sobre a parcela dominial”.<sup>170</sup> “Note-se que relativamente às obras construídas sobre os cemitérios, os particulares detêm um direito de propriedade privada que, todavia, encontra limitações pelo facto de se erguer a partir de um direito pessoal de gozo público resultante da concessão administrativa”<sup>171-172</sup>. Enunciar ainda que, “depois da outorga da concessão,

<sup>166</sup> GUILHERME ALVES MOREIRA, A. C. MACHADO VILELA, J. ALBERTO DOS REIS, J. G. PINTO COELHO, *Rev. de Legislação e Jurisprudência*, ano 49, n.º 2048, COIMBRA, 1917, pp. 299.

<sup>167</sup> JOSÉ GUALBERTO DE SÁ CARNEIRO (editor), *Rev. dos Tribunais* ano 56.º n.º 1322, Porto 1938, *Direito privados nos cemitérios públicos*, pp. 20

<sup>168</sup> PIRES DE LIMA, *Propriedade e transmissão dos jazigos*, *Rev. dos Tribunais*, ano 44, n.º 1038, Porto 1925, pp. 81-84.

<sup>169</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra, 2003 pp. 255.

<sup>170</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, pp. 251-252.

<sup>171</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, pp. 334, nota 427.

<sup>172</sup> Adstrito a esta posição teremos de considerar a ideia da “«divisão da propriedade em volumes» não é alheia a consideração segundo o qual “as camadas aéreas superiores do território acima do limite reconhecido ao proprietário ou superficiário [cf. Artigo 84.º, n.º1 alínea b) da Constituição] se encontram sujeitas ao estatuto da dominialidade, ainda que a propriedade do solo revista natureza privada. Por outro lado, a existência de bens submetidos à propriedade privada e pertencentes a particulares sobre solo dominial já se encontra admitida no direito positivo português quanto às obras realizadas por concessionários de utilização privativa.” ANA RAQUEL MONIZ, *O Domínio Público...*, pp. 264.

a Administração fica obrigada a entregar a parcela dominial ao particular. (...) [O não cumprimento por parte da Administração poderá levar a que o concessionário intente] uma acção administrativa comum relativa à execução do contrato a fim de exigir a entrega da coisa devida.”<sup>173-174</sup>

O mesmo entendimento professa Mafalda Miranda Barbosa, “[n]enhuma dúvida se levante no tocante ao direito invocado (...) o direito de propriedade sobre o gavetão”.<sup>175</sup>

Fézàs Vital, considera que “[s]e direito real existe, será um direito real de *natureza administrativa*, isto é, um direito real de direito público, regulado no seu modo de constituição, transferência e extinção pelo direito administrativo, cujas regras se afastarão, por ventura, das regras de direito civil, inadaptáveis, na sua integralidade, ao regime jurídico dos bens dominiais.”<sup>176</sup>

Lopes Dias entende que tendo em conta o facto de ser domínio público, estamos perante “direitos reais administrativos”<sup>177</sup>, [que] abrangem, para além desse direito de «propriedade administrativa» pertencente à Administração, *os direitos de uso e fruição* privativos sobre esse domínio público outorgados aos particulares por concessão.”<sup>178</sup>

Marcello Caetano, reflectindo mais especificamente sobre o problema dos jazigos, refere que “[s]endo impossível a constituição de direitos reais privados sobre coisas sujeitas à propriedade pública, não há na cedência do terreno para sepultura perpétua ou jazigo outra coisa mais senão a concessão de um uso privado de uma parte da coisa pública. Essa concessão admite-se com carácter perpétuo por influência de sentimentos de piedade que levam o legislador a garantir a situação jurídica por ela criada (...). Mas nem por isso deixam tais concessões de existir sob a potencial referência do interesse público geral. Tais concessões entram no património dos concessionários e são transmissíveis em vida ou por morte, nos termos das leis administrativas. [/] [Entende o doutrinador que estamos perante uma] propriedade privada, *sui generis*, especial, com restrições impostas pela lei e regulamentos administrativos e resolúvel em virtude de seu destino, donde decorre a susceptibilidade da posse da aquisição por prescrição e da transmissão pelos meios ordinários”<sup>179</sup>. Dizer-se que é uma propriedade *sui generis* é reconhecer que a figura não cabe nos moldes da propriedade privada. A verdade é que a concessão tem regime exclusivamente

<sup>173</sup> ANA RAQUEL MONIZ, *A concessão de uso privativo do Domínio Público: um instrumento de Dinamização dos Bens Dominiais*, Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Organização: J. Figueiredo Dias, J. J. Gomes Canotilho e Faria Costa, Coimbra, Coimbra editora, 2008, pp. 351-352

<sup>174</sup> Argumento importantíssimo que obstará ao primeiro argumento de Freitas do Amaral.

<sup>175</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Processo 06A4210), BFDUC, 2013, tomo II. pp. 919

<sup>176</sup> VITAL, FÉZÀS, *Concessão de Terrenos nos Cemitérios [comentário à] Sentença de 20 de Fevereiro de 1925 do Juiz de Direito de Vouzela, Sr. Dr. Ernesto Nunes Lobo*, Boletim da Faculdade de Direito, ano VIII – n.º 71-80 (1923-1925), Coimbra-1926, pp. 303.

<sup>177</sup> Necessário é considerar que estes direitos nada têm com o âmbito dos direitos reais do Direito Civil, continuam dentro da esfera de aplicação do Direito Público; de sublinhar que os imóveis continuam a ser domínio público, adstritos à sua funcionalidade.

<sup>178</sup> LOPES DIAS, *Cemitério, Jazigos e Sepulturas...*, pp. 366.

<sup>179</sup> Ac. de 04-01-1955, *Bol.* 47, pp. 455 e de 08-01-1963, *Bol.* 143, pp. 213. Apud Ac. de 04-01-1955, *Bol.* 47, pp. 455 e de 08-01-1963, *Bol.* 143, pp. 213. Apud MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 940-941.

administrativo: não se trata de restrições ou excepções (...) mas de verdadeiro regime jurídico próprio, ligado ao do cemitério de que a sepultura é parte integrante.”<sup>180</sup>

Cabral de Moncada advoga que o “direito dos particulares, tendo por objecto os terrenos e as edificações nos cemitérios para fins de sepultura não pode deixar de considerar-se um direito assaz especial, fugindo para fora dos quadros dos restantes direitos privados e assumindo o carácter duma posse administrativa e dum *direito subjectivo público* dos particulares diante do Estado a que se pode dar o nome de «*direito de sepultura*». (...) [O] que é evidente é que tal direito, cuja natureza *real* (e de *jus in re alinea*) não pode ser desconhecida, se aproxima mais, quer-nos parecer, duma espécie de direito de «superfície», uso particular de terrenos públicos (...). Não são os jazigos e sepulturas, em si mesmos, nem coisas públicas nem particulares, mas sim objecto dum especial direito real e público dos particulares diante do Estado”.<sup>181</sup>

No que diz respeito à terceira tese, encontramos em nosso ordenamento jurídico Freitas do Amaral a defendê-la. Entende, este doutrinador, que estamos perante um direito obrigacional por dois motivos. Primeiramente o poder que o particular tem sobre coisa é mediato, “a conclusão a tirar é de que os poderes do utente privado integram, sob este primeiro aspecto (...), um direito meramente obrigacional. Na verdade, se a Administração recusar a posse do local, o particular não pode ser nela investido sem a cooperação da Administração: não há organizado nenhum meio jurídico para o fazer.”<sup>182</sup> O segundo motivo que invoca é o da inoponibilidade *erga omnes*: [o] particular tem de dirigir-se sempre à Administração e só a esta compete através dos poderes de polícia, efectivamente a garantia do direito daquele perante terceiros”<sup>183-184</sup>.

Façamos o percurso na jurisprudência. O STJ, num Ac. relatado por Sebastião Póvoas<sup>185</sup>, refere peremptoriamente a natureza jurídica do sepulcro: “Indiscutível a propriedade do sepulcro”<sup>186</sup>. A afirmação leva-nos a interpretar que a propriedade a que faz referência é de natureza privada. Se se pretende-se identificar o direito real como administrativo seria verosímil a mencionada indicação.

Diferente é o entendimento do Ac. STA<sup>187</sup>, que consagra no seu sumário a seguinte posição “[a] afectação desse uso (...) porque se encontram subordinados ao direito administrativo, não são susceptíveis de uso, fruição e disposições próprias dos direitos reais privados. (...) [A] Administração tem um largo controle sobre o uso, fruição e

---

<sup>180</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual I...*, pp. 940-941.

<sup>181</sup> CABRAL DE MONCADA, *Lições de Direito Civil...*, pp. 135-137.

<sup>182</sup> Posição que hodiernamente não procede, no entanto, mesmo que assim ocorresse, necessário é verificar, que estamos perante uma concessão num cemitério e que tendo em conta que nenhum cadáver pode ficar insepulto, a não existir um contrato, a concessão far-se-á por acto. Podendo convolar-se em concessão perpétua posteriormente com a celebração do contrato.

<sup>183</sup> FREITAS DO AMARAL, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*, (Dissertação do Curso de Ciências Políticas e Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Lisboa, policopiado, 1965. pp. 272-278.

<sup>184</sup> Esta tese não encontra uma *nuance*, se se tratar de uma capela ou gavetão, nada proíbe o seu proprietário de mudar a fechadura, impossibilitando outros que entrar dentro da edificação. Tal como aludiremos em capítulo seguinte.

<sup>185</sup> Ac. STJ, Proc. 06A4210, de 19 de Dezembro de 2009.

<sup>186</sup> [Onde se encontra “sepulcro”, deveria estar redigido “jazigo”, de facto neste caso concreto, o que está em causa é um gavetão, onde se encontra o caixão, ou seja a construção, tal como anteriormente evidenciamos].

<sup>187</sup> Ac. STA do Proc. 046143 de 6 de Março de 2002, relator: COSTA REIS.

disposição dos jazigos e sepulturas e tem uma vasta possibilidade de actuação sobre elas. [/] [N]ada impedirá que essa concessão possa, também ser transmitida por negócio celebrado entre vivos [. Mas u]ma transmissão dessas – considerados os direitos, os valores e objectivos que estão em causa – não é regida pelas mesmas normas do direito civil e, porque assim é, a mesma não é completamente livre, o que vale por dizer que não pode ser feita como de coisa puramente privada se tratasse”<sup>188</sup>.

O Ac. do TCA-N<sup>189</sup>, relatado por José Augusto Araújo Veloso considera que, a propriedade é *sui generis* “porque cerceada por limitações inerentes à própria dominialidade dos cemitérios. Todavia, tais limitações não impendem o desenvolvimento desse direito de propriedade *sui generis* com uma certa autonomia (...), mas sempre dependente da sua matriz quanto à respectiva *existência*. (...) [N]ão poderemos deixar de considerar que esse direito de propriedade radica em última análise, numa relação jurídica que é desencadeada pelo contrato de concessão da parcela de terreno em que está implantado, e que lhe imprime contornos e limitações inerentes à respectiva dominialidade pública.”

No mesmo sentido o Ac. TCA-N., relatado por Fernanda Brandão,<sup>190</sup> no qual afirma que “[e]m cemitério público, as únicas fontes da existência do direito de propriedade sobre jazigos são a lei e a vontade da Administrativa, vertida em acto ou contrato administrativo de concessão.”

O Ac. do TRGuim., relatado por António Gonçalves<sup>191</sup>, depois de questionar quanto à natureza das sepulturas, entende que ao particular não se lhe estendem todas as prerrogativas que genericamente são concedidas ao proprietário pois delas lhe estão arredadas aquelas que se prendem com o *jus utendi, fruendi ac abutendi* (...) pois tudo se limita a um uso e fruição (...) mas só para o fim especialíssimo de consunção cadavérica e com uma infinidade de limitações de ordem policial que lhe restringem o aproveitamento mesmo na prossecução desse restrito objectivo a que está afecto<sup>192</sup> (...). [/ Sendo] que, quando dizemos que os jazigos e as sepulturas são inalienáveis, estamos a enquadrar esta afirmação num contexto de relações jurídicas privadas (...) esta asserção já não é verdadeira se incluirmos esta temática no âmbito do direito público.”

O TRLbs., num Ac. relatado por Graça Amaral<sup>193-194</sup>, firma todo o conteúdo de sua decisão, na convicção da propriedade privada do jazigo, (neste caso um gavetão).

Poderemos constatar que o Direito português não é claro, nem consensual quanto à qualificação dos jazigos. A principal nota é a natureza jurídica *sui generis*, que deles promana. Entendemos estar perante propriedade privada.

---

<sup>188</sup> Ac. STA do Proc. 046143 de 6 de Março de 2002, relator: Costa Reis, pp. 14; Apud LOPES DIAS *Cemitérios...*, pp. 394.

<sup>189</sup> Ac. TCA-N., Proc. 01249/04.2 BEVIS de 15-04-2010 relatado por: JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO VELOSO, pp. 11.

<sup>190</sup> Ac. TCA-N., Proc. 01423/04.1BEBRG de 03 de Maio de 2013, pp. 20-21.

<sup>191</sup> Ac. TRGuim., Proc. 987/05-1 de 25-05-2005 relatado por: ANTÓNIO GONÇALVES, pp. 7.

<sup>192</sup> LOPES DIAS, *Cemitérios...*, pp. 341

<sup>193</sup> Ac. TRLsb. Proc. 923/2006-7 de 02-05-2006, relatado por: GRAÇA AMARAL.

<sup>194</sup> Ac. que será pela nossa parte, alvo de uma escalpelização na presente tese.

Sustentamos a nossa posição nos seguintes argumentos. Considerando primeiramente que estão edificados sobre Domínio Público, tecemos os considerandos enunciados anteriormente, mormente por Ana Raquel Moniz, levando a que essa circunstância não obste à qualificação como direito real. Concatenando com esta situação, o facto de a propriedade estar sob tutela de Direito Administrativo, não propriamente no que concerne aos aspectos de titularidade, mas no que diz respeito ao carácter público do lugar (mormente, aspectos sanitários, de culto e de polícia). E nesta situação que se denotam as exigências do cumprimento dos regulamentos cemiteriais.

De referir ainda, como modo de enfatizar nosso entendimento, a norma do artigo 736.º do CPC, em seu elemento teleológico. Na presente norma encontramos como bens absolutamente impenhoráveis na alínea b) “[o]s bens do domínio público do Estado e restantes pessoas colectivas públicas, e na alínea e) “[o]s túmulos”. Consequentemente será de concluir que os túmulos não são bens de domínio público, sendo deste modo, rés privada.

Reiterando os *considerandi* atrás aludidos, haveremos de acrescentar alguns pontos. Há que referir que o jazigo denota acima de tudo um carácter bastante privado, a refletir-se no culto dos entes falecidos. A construção transmite acima de tudo esta materialização. Apesar das especificidades existentes, em especial decorrentes do carácter público do terreno, sendo a edificação (vulgo jazigo) expressão de um foro tão privado, no qual o Estado apenas concebe a existência de um lugar, ao serviço da Dignidade da pessoa e da defesa da saúde pública, esta deverá ser uma *res privata*.

Caso contrário, existiria uma diferença de tratamento de difícil compatibilização entre os proprietários de capelas ou gavetões e os demais jazigos. E ainda mais gravosa se revestiria a diferença entre os proprietários dos jazigos existentes no cemitério público daqueles que existem em capelas privadas.

## 9. Do Culto<sup>195\_196\_197</sup>

O culto dos mortos, mormente os ritos fúnebres, denotam a importância com que ao longo dos milénios os mais diversos povos o votaram. No nosso campo civilizacional é curial a referência à civilização greco-romana. Segundo nos ensina de Fustel de Coulanges, “[a]creditou-se (...) que nesta segunda existência a alma continuava

---

<sup>195</sup> “[A] legislação justiniana reconheceu ao proprietário do sepulcro encravado um direito de passagem forçosa (...). Surgia assim, em relação com o *iter sepulchrum*, a servidão legal de passagem que veio a estender-se a todos os prédios encravados” RUI MARCOS, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano...*, pp. 26. Vide. *Digesta* 11, 7, 12.

<sup>196</sup> O culto fúnebre não pode deixar de ser, no nosso contexto civilizacional, ligado ao Catolicismo. Deste modo, cabe-nos citar as palavras de PADRE ANTÓNIO VIEIRA, aquando o Sermão nas cerimónias fúnebre do Infante D. Duarte em sobre as obrigações dos sermões fúnebres. “As obrigações desta acção, seguindo os exemplos dos Padres da Igreja e ainda dos oradores mais antigos que eles, são três: sentir a morte, louvar o defunto, consolar os vivos”. PADRE ANTÓNIO VIEIRA, *Obras Completas do Padre António Vieira – Sermões*, tomo XV, prefaciado e revisto pelo Rev. Padre Gonçalo Alves, Porto, Lello & Irmãos – Editores, 1959. *Sermão nas exéquias do Sereníssimo Infante de Portugal Dom Duarte*, pp. 219.

<sup>197</sup> O Culto dos Mortos (foi uma das causas), que deu origem em nosso país de uma violenta revolta, a Revolução da Maria da Fonte. vide JOAQUIM VERÍSSIMO SERRÃO, *História de Portugal, vol. VIII Do Mindelo à Regeneração (1832-1851)*, Lisboa, Editorial Verbo, reimpressão, 1988, pp. 106-109

associada ao corpo. (...) Escrevia-se sobre o túmulo a afirmar que homem ali repousava. (...) [E crendo-se] tão firmemente que o homem ali vivia sepultado que nunca se deixava de, juntamente com o homem, se enterrar objectos de que se julgava viesse a ter necessidade, vestidos, vasos, armas<sup>198</sup>. Derramava-se vinho sobre o seu túmulo para lhe mitigar a sede; deixavam-se-lhe alimentos para o apaziguar na fome. Degolavam-se cavalos e escravos, pensando que estes seres, encerrados com o morto, o serviriam no túmulo, como o haviam feito durante a sua vida”<sup>199</sup>.

Necessário é compreender a posição do Cristianismo sobre a aludida temática. Destacamos Santo Agostinho, que invoca a exclamação de Hermes “«*Então esta terra, santíssima de santuários e de templos ficará toda cheia de sepulcros e de mortos*», [/] testemunhando assim que os deuses do Egípcio mais não são que homens mortos. Com efeito, depois de ter declarado que os seus antepassados cometeram graves erros acerca da noção dos deuses e, incrédulos, sem consideração pelo culto e pela religião divina, inventaram a arte de fabricar deuses”<sup>200</sup>. A crítica que Santo Agostinho faz é o do culto divino, que as civilizações Grega, Romana e Egípcia têm para com os seus falecidos, de tal modo, (e como também já anteriormente verificamos) os consideravam como deuses. A sua Doutrina denota uma total humildade perante Deus. “Tão grande era o montão de cadáveres, que nem os puderam sepultar. A fé autêntica nenhum medo tem disso, pois, tendo presente o que foi predito, - nem as feras devoradoras impedirão a ressurreição dos corpos daqueles de quem nem sequer um dos cabelos se perderá<sup>201</sup>. (...) Os cuidados fúnebres, a qualidade da sepultura ou a solenidade das exéquias, constituem mais uma consolação dos vivos do que um alívio dos defuntos. Se ao ímpio serve de proveito uma sepultura de alto preço, ao piedoso tanto faz uma ordinária ou mesmo nenhuma. [Não pretende com isto afirmar desprezar o corpo falecido, mas acima de tudo não o endeusar como os ímpios.] Mas nem por isso se devem desprezar e abandonar os corpos dos defuntos, principalmente os dos justos e dos fiéis dos quais o Espírito se serviu santamente (...) [o] corpo é parte natural do homem e de modo nenhum é um ornamento ou instrumento que se usa por fora. Por isso é que os funerais dos justos eram tidos por um dever de piedade (...). É com louvor que são lembrados no Evangelho aqueles que com delicadeza tiraram da cruz o [corpo de Cristo], com respeito o amortalharam e sepultaram. [Querendo significar que] a divina Providência, à qual agradam estes deveres de piedade porque reafirmam a nossa fé na ressurreição, se interessa também pelos corpos dos mortos.”<sup>202</sup>

A grande diferença entre os entendimentos elencados é a Ressurreição presente no Cristianismo. Enquanto para as Civilizações Greco-romana e Egípcia o corpo era fundamento para a vida Eterna, e sem sepulcro estava condenado à errância e ao sofrimento, para o Cristianismo, apesar da importância do corpo, imagem e semelhança Divina, a Alma ressuscitaria sem este. Deste modo, a importância, que doutrinariamente deveria ser votada aos ritos e construções fúnebres seriam menores.

---

<sup>198</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*. pp. 13. Vide EURÍPIDES, *Alceste*, 637-638. ORESTE 1416-1418. VIRGÍLIO, *Eneida*, VI, 221 XI, 191-196.

<sup>199</sup> FUSTEL DE COULANGES, *A Cidade Antiga*. pp. 12-13. Vide HOMERO, *Iliada*, XXI, 27-28; XXIII, 165-176. VIRGÍLIO, *Eneida*, X, 519-520; XI, 80-84, 197.

<sup>200</sup> SANTO AGOSTINHO, *A Cidade de Deus*, Livro VIII, Capítulo XXVI. (Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. DIAS PEREIRA), Lisboa - 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I, pp. 782.

<sup>201</sup> SÃO MATEUS, X, 28. SÃO LUCAS, XII, 4. Salmo LXXVIII, 2-3.

<sup>202</sup> SANTO AGOSTINHO, *A Cidade de Deus*, Livro I, Capítulo XII e XIII. vol. I, pp. 135-140.

O Direito, no que diz respeito ao fenómeno da morte e nas relações para com o cadáver, denota no seu âmbito legislativo um cunho mais reactivo que activo. Quero significar que neste âmbito a lei empreende esforço, quase que unicamente, na formulação de deveres e sendo despiciente na tutela dos direitos, mormente o direito ao Culto. Este, apesar de levantar problemas de grande acuidade, carece sequer se uma cláusula geral, que o elenque como direito. Bastaria que o legislador, no exercício das suas funções, e observando os princípios tutelares do Direito, legisla-se de forma sucinta mas não menos eficaz sobre a matéria, de modo a que os sobreviventes do falecido encontrassem a sua situação solidamente sustentável. Não cremos, contudo, que tal intervenção legislativa seja imprescindível. Na verdade, o direito ao culto poder-se-á integrar no direito geral de personalidade, tutelado ao nível do artigo 70º CC.

No caso em concreto, no que respeita ao carácter do culto aos falecidos, entendemos tratar-se de uso directo do domínio público, na esteira de Marcello Caetano, “[h]á uso directo quando cada individuo pode tirar proveito pessoal da coisa pública. [e na subdivisão do mesmo], uso imediato [por] os indivíduos se aproveitarem dos bens sem ser por intermédio d[e] agentes de serviço público”.<sup>203-204</sup>

A problemática do Culto reveste ainda enorme importância, pelo facto de que o seu não exercício, por período superior a dez anos, levar a que a Concessão prescreva, por se considerar que o jazigo se encontra abandonado. Considerando que, sem o mesmo, o próprio contrato cessa, é de curial importância o exercício do culto, que sendo-o de forma reiterada, fará com que a própria concessão sendo de sepultura perpétua se prolongue *ad eternum*.

Cumpramos referenciar a principal manifestação do Culto aos falecidos. No nosso contexto cultural, revela-se nos dias 1 e 2 de Novembro, (no primeiro é celebrado o dia de Todos os Santos e no segundo o dos fiéis defuntos). Sendo tradicional nestes dias a romagem ao cemitério, para prestar culto quer com carácter religioso, mas também e somente com a finalidade memorialística.

Acompanhemos, doravante, um caso sobre a matéria que foi discutido pelos nossos Tribunais superiores.

Os cemitérios têm como função também (ou mesmo acima de tudo) o culto aos falecidos, tornando aquele lugar um sítio de memória “pelo espírito familiar e de perpetuidade que caracteriza as sepulturas.”<sup>205</sup> Este aspecto é essencial, porque daqui advém um sinal de dignificação e que nos é curial analisar. A análise vai deter-se em um caso, e nos Acórdãos, da Relação de Lisboa<sup>206</sup>, e posteriormente, em sede de recurso no Supremo Tribunal de Justiça<sup>207</sup>.

O caso *sub judice* respeita ao facto de a viúva impossibilitar que os pais de seu marido falecido tenham acesso à contemplação da urna, por não ter igualmente facultado a chave do gavetão, tendo em conta que a titularidade da concessão por parte da viúva.

---

<sup>203</sup> MARCELLO CAETANO, *Manual... I*. pp. 928.

<sup>204</sup> No entendimento já referido pelo Ac. STA, Proc. N.º 046143, relator: COSTA REIS.

<sup>205</sup> Ac. STA, n.º 046143, relator: Costa Reis, pp. 7.

<sup>206</sup> Ac. TRLsb de 02-05-2006, Proc. n.º 923/2006-7, relatora: GRAÇA AMARAL.

<sup>207</sup> Ac. STJ de 19-12-2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS.

Cabe-nos a questão de saber se a titularidade do Direito poderá levar a que o Culto dos Mortos tenha o seu carácter senão limitado, pelo menos diminuído.

No Ac. da Relação é entendido que apesar da morte e da cessação da personalidade tal como se encontra no art. 68.º n.º 1 do CC, “existe uma personalidade «moral» que goza de personalidade jurídica depois da morte do respectivo titular (art. 71.º n.º 1 CC). Nessa medida, após a morte, a lei define legitimamente tendo em vista salvaguardar a personalidade de quem morreu – art. 71, n.º 1 CC, e bem assim, dar o repouso eterno ao suporte físico dessa personalidade (DL n.º 411/98). [/] Conforme se encontra salientado no [Ac.] do STJ<sup>208</sup>, que na nossa cultura a memória tem um sítio, sendo no local concreto onde se encontra os cadáveres (...) daqueles que amamos que constitui o centro do culto dessa memória. (...) [A] sepultura assume-se enquanto sítio onde se procede à manifestação de culto pela memória da pessoa falecida e que, por esse motivo, se encontra ligada a valores imateriais significativos que se impõe tutelar nos termos do art. 71.º n.º 2 do CC.”<sup>209</sup>

O problema encontra-se no confronto entre a pretensão dos autores ao Culto à memória da pessoa falecida e a titularidade do gavetão propriedade da ré.

O Ac. da Relação entende, que a titular do direito de concessão exerce o seu direito de propriedade de forma abusiva violando a norma do art. 334.º do CC, nos termos do qual “é ilegítimo o exercício de um direito quando o seu titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico desse direito. (...) [P]onderando o fim social e económico do direito de propriedade da Ré sobre o gavetão, (...) há que entender por ilegítimo o seu exercício, nos termos previstos no citado art. 334.º, por obstar a que os Autores possam prestar culto à memória do filho contemplando a urna.”<sup>210</sup> A decisão da Relação entende ainda serem indemnizáveis os danos morais causados aos Autores.

Por seu turno o Ac. do STJ conclui de maneira diferente. O primeiro ponto do sumário é bastante relevante nesta temática. “Ninguém pode ser privado da possibilidade de prestar culto a seus mortos, de conviver com a sua memória e com a sua saudade sendo que a exteriorização desse recolhimento varia com os usos da comunidade, as tradições familiares ou de grupo, os ritos religiosos ou, enfim, a personalidade de cada um”<sup>211</sup>. Para além da importância com o qual consagra o culto das pessoas falecidas, entendemos que admite que a mesma tenha uma convivência intrínseca com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade do homem.

O segundo ponto é igualmente relevante, no plano do presente estudo, tendo em conta que admite um ponto que, pretendemos alterar de *iure constituendo*: “A Constituição da República, o Código Civil e o direito mortuário – DL n.ºs 433/82, 422/98 e 5/2000 – não consagram expressamente o direito de culto dos mortos”<sup>212</sup>.

No terceiro e nos subsequentes parágrafos, encontramos o entendimento curial deste Ac. e a conclusiva consequência que o levava a tomar uma posição diferente ao Ac. da Relação. Este colectivo entende que estamos perante obrigações naturais, ou seja, obrigações que se baseiam num dever moral ou social, pelo que não são

<sup>208</sup> Ac. STJ de 11 de Dezembro de 2003, Proc. n.º 03B2523, relator: PIRES DA ROSA.

<sup>209</sup> Ac. TRLsb. de 02 de Maio de 2006, Proc. n.º 923/2006-7, relatora: GRAÇA AMARAL, pp. 6-7.

<sup>210</sup> Ac. TRLsb. de 02 de Maio de 2006, Proc. n.º 923/2006-7, relatora: GRAÇA AMARAL, pp. 9.

<sup>211</sup> Ac. STJ de 19 de Dezembro de 2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 1.

<sup>212</sup> Ac. STJ de 19 de Dezembro de 2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 1.

judicialmente exigíveis. Apesar de considerar a relevância de tutela por parte do Direito, clarifica no entanto que o dever de consciência não gera obrigação civil: “O dever de consciência assume a natureza de dever de justiça quando não é um mero dever social de cortesia ou uma liberalidade mas corresponde a uma situação tão socialmente relevante que merece certa tutela do direito, embora não se transforme em dever jurídico gerador de obrigação civil.”<sup>213</sup> [ponto 5.º do sumário].

Esta circunstância é de extrema importância. O facto de ser qualificada quanto ao vínculo como uma obrigação natural, por contraposição com a obrigação civil, tem como consequência a sua inexigibilidade judicial, ponto incontestado pela doutrina; tal como refere Antunes Varela. “[As obrigações naturais] são os casos, de carácter absolutamente excepcional, em que, se o devedor não cumpre, o credor *não pode exigir judicialmente o cumprimento*. Dir-se-ia que, sendo assim, é sinal de que não existe obrigação.”<sup>214</sup> O carácter de inexigibilidade da obrigação, tal como consta no art. 402.º CC, coloca deste modo o credor, a montante<sup>215</sup>, em uma situação da qual não tem garantias do Direito, ou melhor, na qual a garantia de juridicidade é mínima, traduzindo-se, apenas, na impossibilidade de se repetir o indevido quando este haja sido prestado espontaneamente.

Entendem os juízes do Supremo que: “Deixar viver essa memória dos entes queridos, designadamente, como aqui, aos pais de um jovem falecido prematuramente aos 30 anos de idade é um indiscutível dever moral e social. [/] Privar uns doridos pais da proximidade possível do “sítio da memória”, e por muito conflitual que seja a relação, é incumprir esse dever, é o olvidar ostensivo de permitir que ali, no recolhimento intranquilo, chorem a sua perda. [/] Mas não basta o dever moral, como dever de consciência. [/] O dever de consciência tem de ser também um dever de justiça, senão o seu cumprimento traduz-se numa mera liberalidade.”<sup>216</sup> Concluindo e reiterando o que fora declarado no sumário “que ninguém pode ser privado de prestar o culto aos seus mortos, de conviver com a sua memória e com a sua saudade sendo que a exteriorização desse recolhimento vária com os usos da comunidade, as tradições familiares ou de grupo, os ritos religiosos ou, enfim, a personalidade de cada um”, no entanto e apesar disso, entendem estarmos perante uma obrigação natural e deste modo inexigível judicialmente, com a consequente absolvição da Ré do Pedido.

Reiteramos mais uma vez a nossa posição quanto ao *iure constituendo*, sobre esta matéria.

Concordando com a doutrina ensinada por Mafalda Miranda Barbosa<sup>217</sup>, entendemos errada a decisão do STJ de qualificação da obrigação como natural. Na verdade, “o problema era colocado em sede do exercício de direitos absolutos, não é a estrutura da obrigacionalidade que está em causa, não fazendo, consequentemente sentido chamar a depor a figura das obrigações naturais. (...) Na verdade toda a questão

---

<sup>213</sup> Ac. STJ de 19-12-2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 1.

<sup>214</sup> ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral vol. I*, 10.ª edição, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 728

<sup>215</sup> Refiro o montante, porque se se verificar o cumprimento espontâneo por parte do devedor, este é equiparado a cumprimento da obrigação; deste modo o credor não é obrigado, a restituir; tal como ensina Antunes Varela, *Das Obrigações* pp. 721.

<sup>216</sup> Ac. STJ de 19-12-2006, Proc. n.º 06A4210, relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, pp. 9.

<sup>217</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Proc. 06A4210)*, BFDUC, Coimbra, 2013, tomo II, pp. 903 e ss.

gira em torno do exercício do direito de propriedade por parte da viúva e de um eventual direito de personalidade dos autores [pais do falecido].”<sup>218</sup> Apeloando à doutrina de Capelo de Sousa, encontramos “entre os elementos espirituais, (...) o nosso direito tutela directamente o *sistema afectivo* do homem, tomando como bens juridicamente protegidos diversos sentimentos seus e a própria estrutura mais ou menos estável e persistente do seu comportamento afectivo (...) [E]ntre esses sentimentos jus-civilisticamente tutelados, encontramos o sentimento de piedade pelos mortos<sup>219</sup>. Ao impedir que os pais tenham acesso à urna onde repousam os restos mortais do filho já falecido a ré [a viúva] estaria a violar o direito desta dimensão da personalidade humana, pelo que poderia ser exigida uma indemnização, caso se verificassem os restantes pressupostos da responsabilidade civil, ao mesmo tempo que se poderiam requerer todas as providências destinadas a fazer cessar a lesão, v.g., a entrega da chave do gavetão dos pais.”<sup>220</sup>

Na senda dos ensinamentos de Mafalda Miranda Barbosa, além da Propriedade sobre o gavetão, por parte da viúva, encontramos-nos diante de um Direito de Personalidade. Entendemos deste modo que a tutela dos pais não se encontra cimentada somente em uma questão de ordem moral, mas fundamentada em um Direito de Personalidade. Consequentemente estamos perante a colisão de Direitos, no qual se encontram um direito de natureza patrimonial (a propriedade) e um direito de personalidade.<sup>221</sup>

“[No caso concreto], atentos aos aspectos valorativos do problema, o direito de personalidade dos pais – na sua dimensão de direito ao sentimento de piedade pelos mortos – deve prevalecer. E isto porque, independentemente da hierarquização axiológica dos bens jurídicos envolvidos, torna-se claro, pela mobilização de todos os elementos de relevância do caso, que, uma vez impedidos os pais de aceder à urna do filho, o núcleo essencial do seu direito seria afectado; ao passo que, entregue a chave tal como é pretendido, a ré continuará a poder exercer amplamente o seu direito de propriedade, que apenas fica limitado na medida em que se terá de compatibilizar com o acesso de terceiros ao objecto de direito real.”<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais...*, pp. 918-919.

<sup>219</sup> CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp. 230.

<sup>220</sup> Cf. Art. 70.º/2 CC.

<sup>221</sup> Cabe referir que tal como frisa Capelo de Sousa “nem sempre os valores pessoais precedem os valores patrimoniais”, [CAPELO DE SOUSA, *O D.G.P.*, pp 540, ver na minha edição a pp. Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA *Obrigações naturais*, pp. 921.] uma vez que “a indispensabilidade ou a importância de certos valores patrimoniais básicos poderão sobrepor-se ao relevo de valores personalísticos menos prementes.” [CAPELO DE SOUSA, *D.G.P.*, pp 540, Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais*, pp. 921.] Sustenta, por isso o autor que “importa (...) ter presente a concepção de sociedade juridicamente regulada subjacente ao nosso sistema jurídico e, nomeadamente, os pesos específicos neste atribuídos aos bens ou valores pessoais e aos bens ou valores patrimoniais (...)” [Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade* pp 539-540, Apud MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais*, pp. 921-922.].

<sup>222</sup> MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Obrigações naturais...*, pp. 922.923.

## Conclusão

E eis-nos no fim do caminho e não poderemos deixar de concluir que, o corpo falecido do homem não pode ser *rés*. Esta consideração pelo Direito enferma de dois males.

O primeiro dos quais é que a Sociedade, (apesar de cada vez mais materialista) ainda considera e sempre considerará o cadáver como uma realidade superior às demais realidades sem personalidade. E neste prisma que defendemos que o cadáver não pode encontrar-se na categoria, na qual se encontram os animais, e pior será se em uma categoria inferior. O cadáver e as cerimónias fúnebres são uma realidade muito marcada no mundo hodierno. De referir como prova que o primeiro encargo da herança é afectada à realização do funeral. De evidenciar a existência do crime de perturbação das cerimónias fúnebres. De lembrar ainda, como modo de dignificação desta realidade: o voto de pesar, a declaração de luto nacional, o processo e a transladação dos imortais para o Panteão Nacional.

O segundo erro é que apesar do artificialismo da sua categorização onde o encerram. Demonstramos casos, mais que suficientes no âmbito do Direito onde o cadáver é merecedor de uma tutela muito superior a qualquer coisa. Reiteramos a actualidade dos argumentos professados Gomes da Silva, desde o argumento da inserção sistemática no Código Civil, a tutela consignada com das suas disposições. De enunciar ainda os crimes sobre esta matéria. O crime de profanação não se encontra no crime de dano, como se coisa fosse, porque não o-é.

A conclusão que daqui emana, só poderá ser uma. O cadáver não sendo homem, não é também coisa. É um *tertium genus*. Assim tido quer pela Sociedade, quer pelo Direito. Basta somente que este se interprete teleologicamente e alcançará a razão que do próprio subjaz.

## **Bibliografia:**

AGOSTINHO, SANTO, *Cidade de Deus*, Livro VIII, Capítulo XXVI. (Tradução, prefácio, nota biográfica e transcrições de J. DIAS PEREIRA), Lisboa - 1991, Fundação Calouste Gulbenkian, vol. I.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *A Utilização do Domínio Público pelos Particulares*”, (Dissertação do Curso de Ciências Políticas e Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), Policopiado, Lisboa, 1965.

ANTUNES, ANA F. MORAIS, *Comentário aos artigos 70.º a 81.º do Código Civil: direitos de personalidade*, Lisboa, Universidade Católica editora 2012.

ASCENSÃO, OLIVEIRA, *Direito Civil Teoria Geral, vol. I Introdução – As Pessoas – Os Bens*, Coimbra, Coimbra editora 1997

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Policopiado, 2012.

-----, “Breve reflexão acerca do problema do estatuto jurídico dos animais: perspectiva juscivilística”, BFDUC, vol. LXXXIX, Coimbra, 2013.

-----, *Obrigações naturais: notas a propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Dezembro de 2006 (Processo 06A4210)*, BFDUC, vol. LXXXIX, tomo II, Coimbra, 2013.

BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.º edição, Coimbra, Coimbra editora, 2006.

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.º edição, Tomo I, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra 1980, Almedina.

-----, *Manual de Direito Administrativo*, 10.º edição, 3.º reimpressão, Tomo II, Revista e Actualizada por FREITAS DO AMARAL, Coimbra 1990, Almedina.

CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2.º edição, Coimbra, Separata do Vol. LXVI (1990) do B.F.D.U.C., 1992.

-----, *Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004.

CAMPOS, LEITE DE, *O Estatuto Jurídico da Pessoa depois da Morte* in: Pessoa Humana e Direito, coord. LEITE DE CAMPOS E SILMARA JUNY CHINELLATO, Coimbra, Almedina - 2009

CANOTILHO, GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7.º edição Coimbra, Almedina, 2003.

CARNEIRO, JOSÉ GUALBERTO DE SÁ, (EDITOR), REVISTA DOS TRIBUNAIS ANO 56.º N.º 1322, PORTO 1938, DIREITO PRIVADOS NOS CEMITÉRIOS PÚBLICOS, PP. 20

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil*, coord. FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, MARIA RAQUEL GUIMARÃES, MARIA REGINA REDINHA, Coimbra, Coimbra editora, 2012.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado do Direito Civil Português I, Parte Geral Tomo III – Pessoas*, Coimbra, Almedina, 2004.

COULANGES, FUSTEL DE, *A Cidade Antiga – Estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, tradução e glossário de Fernando de Aguiar, 11.º edição, Clássica Editora, Porto – 1988.

DIAS, VÍTOR MANUEL LOPES, *Cemitério, Jazigos e Sepulturas*, Edição de Autor – Depositária, «Coimbra Editora, Lda.» 1963.

FERREIRA, DIAS, *Código Civil Português- Anotado*, 2.º edição vol. I, COIMBRA, 1894, IMPRENSA DA UNIVERSIDADE, PP. 6

GONÇALVES, DIOGO COSTA, *Pessoa e Direitos de Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Edições Almedina, 2008.

GONÇALVES, CUNHA, *Tratado de Direito Civil I*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929.

LIMA, PIRES DE, PROPRIEDADE E TRANSMISSÃO DOS JAZIGOS, REVISTA DOS TRIBUNAIS, ANO 44, N.º 1038, PORTO 1925. PP. 81-84.

LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES, (com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA) *Código Civil Anotado vol. I*, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra-1987, Coimbra Editora.

MENDES, JOÃO CASTRO, *Direito Civil (Teoria Geral) I*, Lisboa, Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1967.

MARCOS, RUI, *Em torno do «Ius Sepulchri» Romano Alguns aspectos da epigrafia jurídica*, Separata do vol. LXIV (1988) do BFDUC, Coimbra, 1988.

MOREIRA, GUILHERME ALVES, A.C. MACHADO VILELA, J. ALBERTO DOS REIS, J. G. PINTO COELHO, RLJ, ANO 49, N.º 2048, COIMBRA 1917

MONCADA, CABRAL DE, *Lições de Direito Civil Parte Geral*, 2.º edição Revista e Actualizada, vol. II, Coimbra, depositário Arménio Amado, 1955.

MONIZ, ANA RAQUEL, *O Domínio Público: O Critério e o Regime Jurídico da Dominialidade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Policopiado, Coimbra-2003

----- *A concessão de uso privativo do Domínio Público: um instrumento de Dinamização dos Bens Dominais*, Ars Iudicandi Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. III, Direito Público, Direito Penal e História do Direito, Organizadores: J. Figueiredo Dias, J. J. Gomes Canotilho e J. Faria Costa, Coimbra, Coimbra editora, 2008

46

---

NASCIMENTO, ESMERALDA E TRABULO, MÁRCIA, *Cemitérios*, 3.º edição, Coimbra, Almedina – 2008.

NEVES, A. CASTANHEIRA, *O papel do jurista no nosso tempo*, Separata do vol. XLIV (1968) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra – 1968.

-----, “*Pessoa, Direito e Responsabilidade*”, Coimbra 1996, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 6, fasc. 1.º Janeiro-Março 1996, Coimbra Editora

OLIVEIRA, NUNO PINTO DE, *Direitos de Personalidade: Contributo para a Revisão das Disposições do Código Civil Português*, Lisboa, Themis – Revista de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial Código Civil Português – Evolução e Perspectivas Actuais, 2008.

PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *Informática, direitos de autor e propriedade tecnodigital*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Ivridica* 55, Coimbra, Coimbra editora, 2001

PEREIRA, LEONARDO A. *Aspecto jurídico dos cemitérios em Portugal*, *Lumen*, vol. XIX, Dezembro de 1955, fasc. XII.

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. PINTO MONTEIRO E PAULO MOTA PINTO, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

SILVA, MANUEL DUARTE GOMES DA, *Esboço de uma Concepção Personalista do Direito [- ] Reflexões em Torno das Utilização do Cadáver Humano para Fins Terapêuticos e Científicos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XVII e vol. XVIII, Lisboa 1964.

SOUSA, CAPELO DE, *Direito Geral de Personalidade*, Reimpressão da 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

47

---

VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral vol. I*, 10.ª edição, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2009.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Direito de Personalidade*, edição, Coimbra, Almedina, 2006.

VIEIRA, PADRE ANTÓNIO, *Obras Completas do Padre António Vieira – Sermões*, tomo XV, prefaciado e revisto pelo Rev. Padre Gonçalo Alves, Porto, Lello & Irmãos – Editores, 1959.

VITAL FÉZÀS, *Concessão de Terrenos nos Cemitérios [comentário à] Sentença de 20 de Fevereiro de 1925 do Juiz de Direito de Vouzela, Sr. Dr. Ernesto Nunes Lobo*, Boletim da Faculdade de Direito, ano VIII – n.º 71-80 (1923-1925), Coimbra-1926