

DA LEMBRANÇA À AUTONOMIA: O DEVER DE RESPEITO À MEMÓRIA COMO FORMA DE TUTELA DA PESSOA

FROM REMEMBRANCE TO AUTONOMY: THE DUTY TO RESPECT MEMORY AS A FORM OF PERSONHOOD PROTECTION

André Maciel Silva Ferreira¹

Resumo

As conexões entre memória e identidade pessoal destacam a forma pela qual a existência de uma pessoa impacta o ambiente social na qual se insere e as relações formadas com os demais membros de uma comunidade. Mesmo com a morte de um sujeito, a memória de si permanece por meio das lembranças que são perpetuadas pelas pessoas vivas. Tal memória pode, todavia, ser lesionada, por meio de condutas que afetem tanto a pessoa falecida quanto as lembranças que os vivos têm dela. O presente artigo busca compreender se a existência de um dever de respeito à memória pode servir como base para a tutela jurídica dessas lembranças, evitando lesões à personalidade, seja do morto, seja dos que permanecem vivos. Para responder a essa indagação, a pesquisa, que se afirma como teórica e se insere no tipo jurídico-exploratório – adotando perspectiva interdisciplinar –, investiga a formulação de um dever de respeito à memória no campo da moral e a transposição de seu conteúdo para a seara da tutela jurídica. A conclusão a que se chega é que autonomia privada, entendida enquanto campo de proteção da escolha ético-existencial do projeto de vida de um indivíduo, pode servir como porta de entrada para a configuração de um dever jurídico de respeito à memória, inserido no campo dos direitos da personalidade póstumos.

Palavras-chave: Lembrança. Memória. Autonomia. Personalidade.

Abstract

The connections between memory and personal identity demonstrate how a person's existence impacts the social environment and shapes the relations that are formed with the members of a particular community. Even with a subject's death, its memory remains through each person's remembrance. This memory, however, can suffer damages due to actions that affect both the dead person and those living that make use of those acts of remembrance. The focus of the paper is to comprehend if a duty to respect one's memory can be used as a basis for a juridical protection of these acts of remembrance, avoiding damages to the dead person's (or the living's) personhood rights. In order to achieve such aims, the research, which adopts a theoretical position and is interdisciplinary in its approach, investigates a way of understanding a moral claim to respect one's memory and how it can be translated into a juridical conception. The conclusion reached is that private autonomy, when understood as a locus of protection of a person's ethical determination of a life project, can be used so that the moral duty to respect one's memory also takes on a juridical facet, via post mortem personhood rights.

Keywords: Remembrance. Memory. Autonomy. Personhood.

¹ Bacharel e Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Endereço eletrônico: amsjj.ferreira@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo de 30 anos, o artista Arthur Bispo do Rosário trabalhou no que considerava sua obra prima, o Manto da Apresentação, objeto que coroava sua arte ritualística, que remetia às práticas de tempos antigos e de contextos de civilizações primitivas. Era, com isso, seu desejo ser enterrado vestido com sua manta, como forma de aproximá-lo, pela última vez, do propósito de sua arte voltada para a performance. No entanto, após sua morte, o Manto passou a adornar as paredes do Museu Bispo do Rosário de Arte Contemporânea (DANTAS, 2016, p. 64).

Em outro contexto, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso em que se discutia indenização devida à Glória Perez, em razão de o jornal “O Dia” ter publicado, em oito diários seguidos, e contra sua expressa vontade, uma história romanceada sobre o crime de homicídio que vitimou sua filha Daniella Perez. As histórias estampavam fotografias de cenas românticas em que a filha contracenava, em cena de novela, com a pessoa que viria a cometer o crime. Na visão de Glória, isso daria ao público leitor a falsa impressão de que o relacionamento retratado nas fotos se estenderia à vida pessoal dos atores (BRASIL, 2001, p. 09), o que não seria condizente com a realidade vivenciada por sua filha.

Os casos ilustrados deixam, à primeira vista, uma impressão negativa no intérprete do direito e no estudioso do Direito Civil. Conquanto possa ser justificado o interesse cultural e artístico na obra de Arthur Bispo do Rosário ou o interesse na preservação da liberdade de imprensa do jornal O Dia, tais condutas ressoam, em perspectiva prefacial, como lesão à autonomia dos sujeitos e de desrespeito aos projetos de vida que estes construíram.

Além disso, os casos também despertam um forte sentimento moral conectado à necessidade de se preservar a memória daqueles que já faleceram e as lembranças das pessoas afetadas². No caso de Arthur Bispo do Rosário, percebe-se certo grau de desrespeito ao seu projeto de vida, intimamente conectado ao propósito de sua arte, bem como ao tipo de memória que gostaria que fosse propagada com seu ato artístico final. No caso de Glória Perez e Daniella Perez, o sentimento moral negativo pode ser visto sob a perspectiva de ambas as envolvidas: enquanto a reprodução da imagem sem consentimento parece afetar a memória da falecida, ao mesmo tempo afeta os sentimentos conectados às lembranças que os vivos têm para com os mortos.

Nesse sentido, é preciso investigar se esse anseio de preservar a memória e a imagem

² A decisão do Superior Tribunal de Justiça chega a abordar tal fundamento, argumentando, de forma breve, que “[não] deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias”. BRASIL, 2001, p. 9.

das pessoas falecidas, enquanto possível configuração de um dever de lembrança e respeito para com esses, poderia assumir contornos que ultrapassam o campo da moral, adentrando na esfera de tutela jurídica. Não só isso, necessário averiguar como se daria a configuração desse dever na seara legal.

Para isso, será desenvolvida uma breve análise sobre o conteúdo desse dever moral de lembrança, de forma a entender o que justifica a sua existência e qual a delimitação mais adequada para seu entendimento. Será abordada, dessa forma, a obra de Jeffrey Blustein, *The Moral Demands of Memory*, que apresenta três argumentos pela existência de um imperativo moral de lembrança.

Em sequência, será investigada a importância da autonomia privada, principalmente em sua perspectiva dialógica-discursiva, partindo-se da teoria de Jürgen Habermas, examinando como essa perspectiva pode auxiliar em uma construção mais sofisticada do dever moral de lembrança.

Por fim, o trabalho irá investigar como o conceito de autonomia privada apresentado, em conjunto com os três argumentos para a existência dos deveres morais de lembrança, pode servir como porta de entrada para tais deveres no campo jurídico, objetivando a confirmação da hipótese de que a inserção dessa tutela no campo da proteção jurídica à pessoa humana, por meio dos direitos da personalidade *post mortem*, configura-se como adequada para os fins a que se propõe.

2 DEVERES MORAIS DE LEMBRANÇA

As maneiras pelas quais as pessoas expressam atitudes que configuram práticas direcionadas à lembrança daqueles que já faleceram depende, em grande parte, de como os relacionamentos que foram formados em vida são recepcionados em seu contexto social e são reconhecidos como valorosos pelos membros da comunidade.

Nesse sentido, a maneira pela qual a pessoa é lembrada não só representa uma valoração das condutas que o falecido tinha em vida, mas uma valorização de sua pessoa como um todo, que pode ser expressa por diversos mecanismos (BLUSTEIN, 2008, p. 269). A lembrança se torna parte integral do que constitui uma ética da memória ativamente construída e identificada como um sentimento ativo em relação ao passado^{3 4}.

³ Jeffrey Blustein (2008, p. 51) explica que uma memória só se torna uma lembrança quando deixa de se guiar por uma postura hipotética e potencial e assume caráter atual e concreto, ou seja, quando os sentimentos sobre o passado se tornam ativos. Não se encontra dentro do escopo desse trabalho trabalhar essa noção diferencial, de forma que memória e lembrança serão tomadas como termos intercambiáveis.

⁴ Essa noção ativa em relação ao passado se coaduna com as três funções que Daniel Vieira Sarapu (2012, p. 253-273; p. 268) identifica como essenciais para a memória: em primeiro lugar, a memória promove a conexão

Lembrança e memória são, nesse sentido, dimensões de perpetuação da identidade de si e do outro; a formação da personalidade de cada um é impactada em grande medida pelas memórias que guarda de seu passado e as formas pelo qual esse passado se relaciona com os projetos existenciais para o futuro, da mesma forma que a lembrança do outro o faz constantemente presente na vivência cotidiana. A memória que cada um traz de si mesmo e dos outros que formam o seu grupo é, em grande medida, o que forma a nossa capacidade de interação social. Da mesma forma, lembrar do outro é garantir que sua existência foi composta de sentido e impactou a vida daquele que praticam o ato de lembrança.

Essa noção é capaz, por sua vez, de justificar a possibilidade de o morto ser, em alguma medida, lesado ou exaltado. Se não é apenas a postura de vida de uma pessoa que é considerada nas práticas de lembrança, mas a própria pessoa, em sua existência, há uma justificativa razoável para se dizer que, mesmo não sendo mais sujeito às experiências sensoriais, o morto ainda se encontra constituído no mundo, perpetuado por meio de sua inserção no ambiente moral presente (STOKES, 2011, p. 268), pelas pessoas vivas⁵. Dessa maneira, as sensações, emoções e ações direcionadas à pessoa falecida constituem a forma como se valoriza a sua existência e dela se recorda para momentos futuros.

A partir dessas considerações, Jeffrey Blustein (2008, p. 269) sustenta existir, em alguma medida, uma demanda de conexão, configurada como um imperativo moral de lembrança do ente falecido. Em seu livro *The Moral Demands of Memory*, investiga quais são os fundamentos dessa aversão ao esquecimento de entes queridos, e por qual razão se estaria descumprindo deveres morais caso assim as pessoas se comportassem.

Para isso, adota uma concepção aberta e polissêmica do que constituiria lembrança, podendo ser entendida em oposição à ideia de esquecimento⁶, como expressão de recolocação ou recontextualização das memórias sobre uma pessoa no mundo e de preservação das experiências e vivências passadas. O autor divide sua exposição em três argumentos distintos,

do indivíduo com o fenômeno da temporalidade, desenvolvendo uma relação biológica e socialmente necessária entre as dimensões do passado, presente e futuro; em segundo lugar, serve como forma de construção de identidade individual, ao inseri-lo em uma tradição de valores e símbolos sociais combinados com suas próprias experiências passadas; e, em terceiro lugar, serve para organizar a experiência de forma narrativa, “uma vez que é possível identificar que a constituição da memória possui um fio condutor responsável por alinhar a experiência temporalmente em uma estória marcada por episódios e acontecimentos” (2012, p. 213-214).

⁵ Assim, como coloca Raimond Gaita (2005, p. 47), se torna muito natural dizer que a dessecração de um cadáver ou a difamação de alguém após a sua morte são circunstâncias que acontecem ao falecido, e que as pessoas em geral têm sensações que indicam que o mais afetado é o próprio morto. A autora exemplifica essa situação ao retratar como, na ocasião em que o corpo de Charles Chaplin foi furtado do cemitério, a sensação generalizada foi de simpatia com o próprio Charles Chaplin. Existiria, então, uma intuição natural de que uma situação de dano pode afetar o morto.

⁶ Lembrança e esquecimento consistem precisamente em movimentos antagônicos da própria prática da memória.

que, no entanto, se completam e se interpenetram.

2.1 Visão do resgate quanto à insignificância

Em um primeiro momento, o argumento que denomina de “visão do resgate quanto à insignificância” (“*rescue from insignificance view*”) sustenta que o ato de lembrança constituiria o principal meio pelo qual uma pessoa superaria a finalidade de sua morte e lhe permitiria afirmar que o significado de sua existência não desapareceu (BLUSTEIN, 2008, p. 270).

Nesse sentido, a atribuição de significado à existência da pessoa falecida estaria em consonância com a visão normalmente adotada pelo conjunto de pessoas de que as atividades e condutas desempenhadas em vida devem ser levadas a sério e não serão simplesmente apagadas pelo passar do tempo (BLUSTEIN, 2008, p. 270).

Assim, o ato de lembrança ilustra a importância dada à vida, bem como lhe oferta significado – de comum atribuição à existência de cada pessoa –, o que deveria ser perpetuado, então, para o momento em que não se esteja mais presente. A garantia de sentido à existência de uma pessoa deriva, em grande parte, da força moral que provém de atos de lembrança.

Partindo do pressuposto de que é importante atribuir significado à vida de uma pessoa, extrai-se o princípio de que, se alguém merece reconhecimento, pelos membros da comunidade, de que existiu e teve significado, isso serviria como uma base moral para o imperativo de lembrar. Nesse sentido, a ideia de reconhecimento e significado pode ser tomada em um sentido fraco, de modo que, nada obstante não se exija a validação do modo de viver, seria necessário reconhecer que a pessoa viveu, assim como as demais, que ainda permanecem (BLUSTEIN, 2008, p. 271).

O que poderia justificar esse sentido fraco de significância é, na visão do autor, a ideia de dignidade de sua própria existência, no sentido de dar expressão pública e cultural ao fato de que a existência de uma pessoa pertence à existência de todas as outras pessoas igualmente consideradas.

Para justificar a utilização de um conceito tão amplo como dignidade, que pode ser tomado em diversos sentidos distintos, o autor chama atenção para o fato de que toda expressão de dignidade manifesta uma atitude humana que pode ser entendida como respeito. Diferentes bases de dignidade humana terão conotações distintas quanto ao que é devido a cada membro da comunidade, mas o sentido de respeito pode servir como local comum para a valoração do

ser humano como ser dotado de dignidade (BLUSTEIN, 2008, p. 272)⁷.

Assim, pela expressão de respeito à memória de uma pessoa, “nós correspondemos à dignidade de eles terem existido, com isso afirmando que suas vidas tinham um propósito que nem mesmo a morte pode reduzir à insignificância”⁸ ⁹. Mesmo que o respeito possa ser expressado por diversos meios, inclusive mais complexos, o ato de lembrança seria um conteúdo mínimo suficiente de veiculação dessa ideia.

2.2 Visão quanto aos deveres resistentes

Em sequência, o argumento da “visão quanto aos deveres resistentes” (“*enduring duties view*”) se diferencia do anterior quanto ao papel que é desempenhado pelos relacionamentos pessoais. Enquanto no primeiro a existência desses relacionamentos serviria como base para justificar um dever de resgate quanto à insignificância, neste os próprios relacionamentos são fonte de obrigações morais de lembrança.

Parte-se, nesse ponto, da premissa de que se têm deveres especiais para com as pessoas com as quais se têm relacionamentos próximos, dentre os quais deveres de amor e honra¹⁰. Tal pressuposto é sustentado pelo fato de que tais deveres engajam atitudes que são sensíveis à razão, de forma que padrões de amor e honra que as pessoas em geral reconhecem e respondem como valorosos poderiam servir como justificativas racionais para essas obrigações.

Se tais deveres existem, e se configuram na ordem moral, então a pessoa pode ser

⁷ Assim apresenta John Kleinig (1991, p. 20-21), que entende o respeito como a ideia principal a ser associada e demonstrada frente a um ser digno, entendido este como aquele que exerce controle sobre aspectos essenciais da vida.

⁸ No original: “*we respond to the dignity of their having existed, thereby affirming that their lives had a point that not even death can reduce to insignificance.*” BLUSTEIN, 2008, p. 272-273.

⁹ James Stacey Taylor (2012, p. 59-62) é crítico quanto ao alcance do que se pode extrair desse resgate quanto à insignificância, entendendo que embora consiga justificar que existe uma norma de coerência racional em dizer que a lembrança diz sobre o valor da pessoa enquanto viva, não seria possível obter um dever moral apenas a partir desse raciocínio. Patrick Stokes (2015, p. 241) entende que é possível atingir tanto a coerência racional quanto o caráter de obrigação moral quando o dever de lembrança constitui não só uma atitude de reconhecimento, mas de preservação ontológica do morto. “Ao lembrar dos mortos, nós fazemos com que persistam em nosso mundo como pacientes morais, como objetos legítimos de deveres morais. Nós continuamos a tratá-los como pessoas que possuem argumentos em continuidade com aqueles que faziam enquanto ainda eram vivos: honrá-los, manter promessas feitas a eles, se abster de difamá-los ou de derrotar seus projetos existenciais, além de outros”. (No original: “*In remembering the dead, we cause them to continue to persist in our lifeworld as moral patients, as legitimate objects of moral duty. We continue to treat them as beings who make claims on that are continuous with those they made on us while they lived: honouring them, keeping promises made to them, refraining from slandering them or defeating their premortem projects, and so on.*”).

¹⁰ Os deveres resistentes seriam, nesse sentido, prioritariamente restritos às pessoas com as quais se têm relacionamentos íntimos ou pessoais, mas o conteúdo desses deveres varia com a configuração individual de cada relacionamento. Deveres de amor e honra são, para o autor, performativos, de forma que consistem no comportamento consistente com aquele esperado por quem genuinamente “ama” ou “honra” o outro. BLUSTEIN, 2008, p. 274.

responsabilizada mesmo que o descumprimento de tais comandos nunca seja descoberto pelo outro. A violação do dever não é, nesses termos, sensível à relevância do descobrimento da violação pelo lesado, visto que o dano se efetivou independente de sua efetiva consciência.

A partir disso, é possível fazer a extrapolação de que a pessoa ainda pode ser responsabilizada mesmo que a falta com os deveres ocorra em uma situação em que o lesado nunca tenha condições de descobrir, como é o caso do *post mortem* (BLUSTEIN, 2008, p. 274).

O dever, nesse caso, não se configuraria em um dever para com o morto, mas um dever para quem a pessoa era, quando viva. Explica o autor:

A base para a tese sobre deveres resistentes é como segue: apesar do titular do correlato direito ter morrido, razões morais para se ter um dever para com o morto são tidas como implícitas pelas razões de se atribuir tal direito à pessoa quando esta ainda estava viva. Essas razões sobrevivem, enquanto o titular do direito não. Nessa análise, apesar da morte da pessoa abrir novas possibilidades para expressão de amor e honra e encerrar outras, o direito anteriormente fundamentado não se torna nulo e vazio de imediato, simplesmente porque a pessoa, estando morta, não pode mais ter a experiência de nossa preocupação¹¹.

Nesse sentido, os deveres morais que são atribuídos às pessoas vivas serviriam como bases para deveres morais de lembrança, que podem assumir diversas configurações e explicações, baseadas na maneira como esses deveres poderiam e deveriam ser cumpridos à pessoa enquanto ainda viva. Esses deveres, no entanto, não se baseiam nos sentimentos experimentados na relação, mas pela própria existência desses relacionamentos.

O que se entende, então, por dever para com o vivo vai modificar, em nível individual e baseado no relacionamento em que este se baseia, o que pode ser entendido como um dever que resiste à morte. A permanência da existência de deveres para os vivos poderia justificar porque se têm obrigações de lembrança, mesmo que a nível individual possa não se ter o sentimento que se expressa por meio destas.

2.3 Visão de reciprocidade

O terceiro argumento, denominado de “visão de reciprocidade” (“*reciprocity view*”), é fundamentado nos interesses que indivíduos racionais podem compreender quando refletem sobre suas preocupações morais e sobre os laços de cooperação que tornam a vida social e

¹¹ No original: “*The basis for the claim of surviving duties is the following: although the bearer of the correlative right has died, moral reasons for having a duty toward the deceased are implied by the reasons for attributing the corresponding right to the person when he was alive. These reasons survive, though the bearer of the right does not. In this analysis, although the death of a person may open up new possibilities for the expression of love and honor and close off others, a formerly grounded duty does not suddenly become null and void merely because the person, being dead, can no longer experience our concern.*” BLUSTEIN, 2008, p. 274-275.

política possível (THOMPSON, 1999, p. 497).

O argumento se diferencia dos outros dois, pois neste a existência da imposição de deveres de lembrança aos sucessores - ao contrário do que acontece com o resgate quanto à insignificância e nos deveres resistentes, que não dependem da aceitação moral dos indivíduos - condiciona-se à legitimidade que se reconhece quanto à possibilidade de que esses deveres de lembrança também tenham sido impostos pelos antecessores daquela comunidade.

A ideia de reciprocidade se sustenta a partir da consideração de que a existência de uma pessoa deve ser definida não só pelas possibilidades que lhe são atribuídas por um futuro em aberto e não determinado, moldado a partir de seus próprios interesses, mas de desejos que esse mesmo indivíduo pode manifestar quando é confrontado com as contingências externas e inevitáveis que podem lhe ocorrer, como a velhice, a incapacidade e a morte (BLUSTEIN, 2008, p. 277).

A realização de que o rumo da vida não é em sua inteireza decidido pela própria pessoa permite o surgimento de desejos dirigidos à posteridade, que seriam compostos de vontades direcionadas “a respeito do que outros que vão sobreviver a ele ou que ainda sequer nascerem deveriam fazer por ele, ou para preservar o que lhe é importante, após sua morte”¹².

Seria necessário estabelecer razões razoáveis pelas quais um indivíduo pode fundamentar sua convicção de que esses desejos-à-posteridade deveriam ser cumpridos¹³. Para isso, seria necessário que tais desejos fossem submetidos a um teste de reciprocidade, assim disposto:

Nós podemos considerar nossos desejos-à-posteridade como demandas moralmente legítimas sobre as pessoas futuras... se e somente se estivermos preparados para aceitar obrigações semelhantes em relação aos desejos, feitos, projetos e objetivos de nossos antecessores¹⁴.

Assim, o critério para a razoabilidade das demandas morais de lembrança se basearia na legitimidade das demandas que se aceitariam como feitas pelos antecessores, e na existência de possíveis motivos justificáveis para a rejeição de tais demandas, que poderiam assumir

¹² No original: “*about what others who will survive him or who are not even born yet should do for him or for the sake of what is important to him after he dies.*” BLUSTEIN, 2008, p. 277.

¹³ Janna Thompson (1999, p. 500-502) entende que esses desejos-à-posteridade podem estar fundamentados na própria reflexão moral que um indivíduo faz sobre suas ações e omissões. Dessa forma, pensar na possibilidade de contingências externas e inevitáveis que poderiam atingir sua vida levaria o indivíduo a direcionar desejos ao futuro, de forma que sua vida moral esteja assegurada. Isso, para a autora, porém, não é suficiente para fundamentar um imperativo moral geral, pois visualizar um dever moral de cumprimento aos desejos-à-posteridade não fundamenta, por si só, o dever moral dos sucessores de cumpri-los.

¹⁴ No original: “*We can regard our posterity-directed desires as morally legitimate demands on future people... if and only if we would be prepared to accept similar obligations in respect to the desires, deeds, projects, or goals of our predecessors.*” THOMPSON, 1999, p. 503.

contornos mais ligados à realidade corrente da sociedade. A importância da memória, nesse contexto, é uma questão de reciprocidade obrigacional, o que depende do raciocínio moral de que o indivíduo só deveria exigir, para o *post mortem*, uma postura das demais pessoas que ele entendesse como razoável de lhe serem exigidas.

O ponto crucial dessa argumentação consiste na fundamentação de um imperativo moral de lembrança (dado que não existe nada de irracional e desproporcional em um desejo de ser lembrado para o futuro, que pode suportar o dever moral de lembrar daqueles que vieram antes), e na aceitação da dissonância individual-subjetiva daqueles que não aceitam o teste da reciprocidade e que, portanto, entendem não possuir tal obrigação (BLUSTEIN, 2008, p. 279).

Existiria, nesse sentido, uma convivência entre a legitimidade moral de um imperativo de memória, baseado em razões argumentativas, e a visualização de que uma pessoa pode entender que seus desejos não se enquadram nessa consistência moral desenhada em conjunto pelos demais membros da comunidade.

Tal circunstância, no entanto, se atém à esfera individual e não pode deslegitimar o fato de que tal pessoa ainda se submete ao imperativo, pois a reciprocidade pressupõe a vivência em uma tradição de fidelidade à lembrança, construída intergeracionalmente na prática (ou, em sentido mais cogente, na responsabilidade social) de cumprir com as obrigações que foram herdadas dos antecessores e que justificam a imposição de obrigações aos sucessores (BLUSTEIN, 2008, p. 280).

Além disso, a preocupação seria mais com o cumprimento das obrigações do que com os desejos que as motivam. Não se deveria cumprir com o imperativo de lembrança porque a pessoa assim teria desejado, ou porque assim os vivos desejam, mas pelo fato de que se entende que a autodeterminação moral obriga, em algum nível, que os demais também se comportem dessa forma. Nas palavras de Janna Thompson:

Nós queremos que nossos sucessores cumpram uma promessa porque pensamos que é importante que esta seja cumprida – e não porque nós achamos que eles deveriam obedecer ao nosso desejo de que fosse cumprida. É a promessa que nós consideramos como importante – não nossos sentimentos sobre. Isso significa que somos propensos a pensar que o que é relevante para determinar nossas obrigações para com nossos antepassados é o fato de que eles fizeram uma promessa semelhante – não os desejos que eles, porventura, tinham^{15 16}.

¹⁵ No original: “We want our successors to keep a promise because we think it important that it be kept - and not because we think they ought to comply with our desire that it be kept. It is the promise we regard as important - not our feelings about it. This means that we are likely to think that what is relevant for determining our obligations in respect to our predecessors is that they made a similar promise - not what desires they happened to have.” THOMPSON, 1999, p. 504.

¹⁶ A autora continua por dizer que a existência de obrigações morais herdadas não se justifica na crença de que o morto possui interesses morais concretos, mas sim na de que os vivos têm preocupações morais presentes. Assim, só se pode fazer demandas morais porque se entende que cumprir com os desejos expressos é algo

Esses três argumentos, entendidos juntos, conseguem justificar porque a existência de deveres para com os demais membros da comunidade e, em especial, com os entes queridos, não se encerram com a morte da pessoa, pelo contrário, auxiliam na empreitada de trazer significado à dignidade e ao projeto de vida que este possuía.

Além disso, tais deveres, quando transmutados no contexto *post mortem*, fazem com que a prática de lembrança, que se torna um imperativo moral, perpetue não só a memória do falecido, mas o próprio significado do projeto de vida daquele que lembra, na exigência recíproca de que sua existência e dignidade sejam também perpetuadas para o futuro.

3 AUTONOMIA E OS DEVERES DE LEMBRANÇA

A noção de autonomia assumiu diversas feições, podendo ser sugerido, com isso, que a constância de tratamento de sua existência como uma necessidade primordial demonstraria sua condição transcultural e independente de categorias socialmente contextualizadas (GUSTIN, 1999, p. 31).

Nesse sentido, identifica-se que a autonomia se aproxima do anseio de construção de bem-estar e de realização plena do indivíduo, de forma que o ser autônomo é capaz de fazer escolhas próprias, de formular objetivos pessoais respaldados em suas convicções e de definir as estratégias mais adequadas para atingi-los (GUSTIN, 1999, p. 31).

Tal maneira de visualizar a autonomia deita raízes na compreensão de uma vontade que é livre, porque criadora de suas próprias regras e submetida ao crivo da razão como fonte justificadora de deveres morais. Nessa visão, a liberdade de um indivíduo não se encontra na possibilidade de escolha entre o cumprimento ou não de um dever moral, mas de sua submissão às determinações que sua própria moral criadora tem como máxima universalmente justificada (KANT, 2004, p. 30-31).

A ação livre - nesse contexto também entendida como ação autônoma - ganha contornos de universalidade pela justificação racional que encontra no fato de que a autonomia da vontade é movida apenas por aquilo que pode ser entendido como hábil a justificar a ação de qualquer indivíduo que também faça raciocínios morais. O homem que deseja se comportar de maneira autônoma deveria, então, autodeterminar sua conduta com base nas regras morais de comportamento que se impõe. Para isso, utiliza-se de um compasso moral, consistente em sua própria autonomia, “uma bússola que permite ‘à razão humana comum’ dizer o que é

importante e não pode ser ignorado sem razões pelas quais se comportar dessa forma não seria interessante. THOMPSON, 1999, p. 507.

consistente e o que é inconsistente com o dever” (SCHNEEWIND, 2005, p. 560).

Essa compreensão de autonomia, fechada no homem em consideração com si mesmo, não pode ser suficiente para a construção de um ser autônomo em sentido pleno. Indo além do aspecto da autossuficiência, que seria atingido pelo raciocínio moral interno, a autonomia deve, ainda, auxiliar no desenvolvimento da sociabilidade, de forma que a pessoa seja capaz de justificar suas ações e orientações de vida não somente perante seu juízo racional individualista, mas perante o outro, que detém seu próprio conjunto de valores e regras.

A autonomia só se desenvolveria, assim, enquanto um indivíduo fosse capaz de justificar suas ações em contextos de formação racional da vontade, no diálogo, com o outro (GUSTIN, 1999, p. 31), com a compreensão das regras e valores que são considerados importantes por este. Depende-se, nesse sentido, do desenvolvimento de uma forma discursiva de interação. É necessário explicar, no entanto, o que justifica essa construção dialógica de autonomia.

3.1 A autonomia em perspectiva dialógica

A construção de uma compreensão discursiva da autonomia, como desenvolvida pela teoria de Jürgen Habermas, parte da noção de que a condição para a realização da necessidade humana de autonomia supõe uma estrutura social baseada em arranjos linguísticos, que garantissem a possibilidade de que os indivíduos pudessem alcançar um entendimento mútuo. Para que isso seja possível, condições procedimentais devem ser criadas, de forma que todos os participantes dessa comunidade pudessem se entender, simultaneamente, como estruturadores da ordem a que devem se sujeitar.

O discurso, entendido como meio para a socialização do procedimento de universalização das razões (isso é, meio que possibilite que os indivíduos desenvolvam conjuntamente as normas que possam convencer qualquer participante razoável do processo interativo), permite a integração social e exige que os seus participantes assumam o compromisso de se orientar pelo entendimento e pelas posições mais bem fundamentadas (HABERMAS, 1990, p. 70-71).

No entanto, enquanto orientado apenas pelo entendimento, a interação social discursiva não consegue fornecer os meios necessários para influenciar uma alteração no estado de coisas no mundo (REHG, 1996, p. xvii). Para isso, ao lado da postura discursiva, é também necessária a postura que permita o alcance das finalidades imediatas do ser humano e as condições para sua obtenção (HABERMAS, 1990, p. 65-73).

Para conciliar a existência e o emprego de ambas as estratégias racional-interativas, a experiência jurídica serve como estrutura de dobradiça (REHG, 1996, p. xxiii; NEVES, 2001, p. 145-146) que permite a construção conjunta de entendimentos, por meio de procedimentos que garantam as condições de universalização das razões para ação e a construção de um espaço socialmente aceitável que deve ser destinado à ação orientada por fins concretos no mundo.

A autonomia, nessa visão, assume sentido e função dúplice, a depender do enfoque que se é dado. Enquanto autonomia no campo público, refere-se às liberdades atribuídas no campo comunicativo, que dizem respeito tanto à habilidade do indivíduo justificar a existência de normas por se enxergar como coautor destas, na qualidade de participante de discursos racionais (HABERMAS, 1997, p. 145-146), quanto à construção do campo autorizado para exercício das liberdades individuais.

Enquanto autonomia no campo privado, permite a liberação do indivíduo das obrigações comunicativas – não pressuposição que este tenha que se comportar de forma comprometida com o entendimento em face das pretensões dos outros participantes. A autonomia privada seria, então, um campo autorizado de uso da racionalidade estratégica, na qual é desnecessária a justificação moral quanto à conduta empregada nos mesmos moldes exigidos para a autonomia pública¹⁷.

Ambos os enfoques são interdependentes e se pressupõem, pois a existência do campo da autonomia pública permite ao indivíduo criar as regras procedimentais que possibilitam o discurso, visualizar justificação racional para seguir a normatividade do direito e garantir espaço para a autonomia privada, em que presente “a liberdade ética individual no cumprimento de um projeto próprio de realização existencial” (GUSTIN, 1999, p. 204). No diálogo, se constrói tanto o significado e o escopo da autonomia privada, quanto a justificação para sua existência.

Superada a questão quanto à sua justificação, deve ser investigado como um dever moral de lembrança pode ser transposto utilizando-se da autonomia como porta de entrada para o contexto do direito, e quais são as vantagens dessa interpretação.

¹⁷ Interessante trazer a própria definição dada pelo autor, pela qual autonomia privada se constitui na “liberdade negativa de retirar-se do espaço público das obrigações ilocucionárias recíprocas para uma posição de observação e de influências recíprocas. A autonomia privada vai tão longe, que o sujeito do direito *não* precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação. Liberdades de ação subjetivas justificam a *saída* do agir comunicativo e a recusa de obrigações ilocucionárias; elas fundamentam uma privacidade que libera do peso da liberdade comunicativa atribuída e imputada reciprocamente.” HABERMAS, 1997, p. 156. Obrigações ilocucionárias, nesse contexto, referem-se aos atos de fala que visam a aceitação e a compreensão recíproca.

3.2 Relações entre a autonomia e o dever moral de lembrança

Enquanto um entendimento que, para sua legitimidade, pressupõe um juízo racional que pode ser entendido como válido pela comunidade e que possa convencer qualquer pessoa razoável, o argumento da “visão da reciprocidade” tem o potencial de se aproximar, em grande medida, de uma construção dialógica e discursiva do que constituiria um dever moral de lembrança.

No entanto, na formulação que foi apresentada, a visão da reciprocidade não se desvencilhou de uma perspectiva solitária e monológica dos raciocínios morais, uma vez que pressupõe que um indivíduo pode chegar sozinho à conclusão sobre a legitimidade dos desejos-à-posteridade. O exercício reconstrutivo das obrigações vistas como legítimas pelos antecessores não pode se basear no juízo singular daquele sujeito que analisa moralmente a situação e decide pautar sua conduta conforme sua própria vontade.

Pelo contrário, somente quando esses desejos-à-posteridade – presumivelmente feitos tanto pelos antecessores de uma comunidade quanto pelos sujeitos que agora julgam a legitimidade de seus próprios desejos para o futuro – puderem ser julgados pela comunidade atual de interlocutores com base nas boas razões que são levantadas para seu cumprimento é que se pode visualizar uma formação consensual do espaço de sua preservação.

A noção apresentada por Jeffrey Blustein de uma tradição de lembrança auxilia nesse esforço voltado para o entendimento, uma vez que tal noção constitui um horizonte de saberes prévios compartilhados que indicam uma aceitação racionalizada pela comunidade de que é valioso e significativo preservar a existência e a lembrança daqueles que já faleceram^{18 19}. O

¹⁸ A tradição de lembrança pode ser explicada pela noção de mundo da vida de Habermas, que constitui uma série de pré-entendimentos implícitos em uma comunidade que permitem a integração e coordenação social sem que a validade das pretensões tenha que ser a todo momento questionada e criticada pelos membros da comunidade linguística. O horizonte de saberes do mundo da vida, do qual a tradição de lembrança pode ser entendida como lhe sendo integrante, funciona, nas palavras de Habermas (1990, p. 93), como “um muro contra surpresas que provém da experiência”, de forma a justificar a compreensão de que proteger a lembrança dos entes falecido já constitui uma prática racionalizada daquela comunidade. Os conhecimentos implícitos do mundo da vida são passíveis de crítica e auto-reflexão, podendo ser substituídos ou aprimorados caso não subsistam à argumentação racional proveniente da prática discursiva; no entanto, defende-se que a prática de lembrança já passou pelo crivo de uma fundamentação preocupada com argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, conforme é adequado para fins de assimilação pelo direito moderno.

¹⁹ Essa construção dialógica não se dará apenas “em sentido fraco”, visto que o morto não consegue mais participar da construção de entendimento. Com efeito, a construção do que constituem desejos-à-posteridade dignos de proteção é um esforço transgeracional, reconstruído e propagado pelas comunicações ordinárias dos participantes de uma comunidade linguística. A tradição de lembrança não se forma pelo pensamento solitário de um indivíduo que julga o alcance de sua autonomia (*post mortem*), mas é formada pelo esforço conjunto de sujeitos comunicativos. O princípio do discurso habermasiano (em que uma norma de ação só é válida se puder encontrar consentimento de todos os atingidos apenas pela coerção do melhor argumento) diz respeito à potencialidade de participação (GALUPPO, 2002), garantindo ao sujeito a oportunidade de participar da formação da tradição de lembrança, tida como racional.

argumento da reciprocidade, assim recontextualizado, garante um espaço de construção público, consistente na tradição de fidelidade à lembrança, em que se pode racionalmente justificar a existência de um dever moral e definir o escopo de sua proteção pela via comunicativa. Da mesma forma, garante um espaço de construção privado, presente na perpetuação de um projeto de vida existencial já realizado que será protegido para o momento em que o indivíduo não esteja mais presente.

Entrelaçando essa perspectiva com o presente trabalho, esse espaço de construção público garante a permanência do espaço privado, na medida em que permite a formação identitária plena conforme projetos éticos individuais, sem demandar a vinculação interna aos deveres memoriais; mas impõe, como consequência, o respeito a estes, uma vez que interage dentro das condições procedimentais estabelecidas na tradição de lembrança.

O paralelo com a autonomia aqui se torna nítido: enquanto em seu espaço particular, o indivíduo se reserva da posição de observação e influência recíproca e não precisa, publicamente, prestar contas ou justificar suas ações, é justamente pela interação na esfera pública, com participantes comprometidos com a obtenção de entendimento, que este espaço é construído e cuja manutenção é garantida.

O dever moral de lembrança se justifica à similaridade da autonomia, posto que o princípio de seu funcionamento se dá de forma semelhante: enquanto se espera dos demais indivíduos que sua habilidade de tomar decisões deve ser respeitada e protegida, porque assim se deu sua construção coletiva, garantida por condições procedimentais, também pode se esperar que os sucessores tenham um dever de memória, garantido pelo teste de reciprocidade dependente da aceitação racional construída do que se espera dos demais membros do grupo e, em especial, dos entes queridos.

Ademais, o compromisso que se espera das demais pessoas de que suas vontades serão respeitadas também enseja um compromisso atual de que se respeite a autonomia e os desejos dos demais.

A conexão entre o dever moral de lembrança e a autonomia se torna completa quando se considera a contribuição do argumento do resgate quanto à insignificância de que o respeito pelos mortos, configurado em sua forma mínima e suficiente no ato de lembrança, reafirma o significado da existência e dignidade da pessoa²⁰, e do argumento dos deveres resistentes, de

²⁰ Esse argumento parece se relacionar com a ideia de Joseph Raz (1986, p. 190) de que o respeito pelas pessoas consiste no respeito aos interesses que estas têm de aproveitar sua autonomia pessoal, consistente em livremente decidir o curso de suas próprias vidas. Se uma ideia de respeito consiste no conteúdo mínimo da reafirmação da dignidade, e o ato de lembrança consiste em uma atitude de respeito, então a lembrança é, também, uma maneira de reforçar os interesses das pessoas em aproveitar de sua autonomia.

que estes não se esvaziam pela circunstância de que a pessoa está morta.

A autonomia tem como ponto central de sua construção a realização plena do projeto de vida que o indivíduo constrói para si mesmo, e é um pressuposto para a manutenção e concretização desse projeto que exista um espaço reservado à realização existencial e um espaço público em que seja autodeterminado, por consenso, o escopo desse espaço privado e a proteção que lhe deve ser fornecida.

Esse espaço de proteção, que configura um dever de não interferência que os indivíduos têm uns para os outros, não se encerraria pela circunstância da morte da pessoa, e o ato de lembrança, enquanto significante de dignidade, contribuiria para realização do plano de vida individual e pela sua permanência em período póstumo, quando este plano poderá ser completado pelo respeito que lhe deve ser prestado.

Ademais, o ato de lembrança não só auxilia na construção e manutenção do projeto de vida do falecido (e, nesse sentido, de sua autonomia), como auxilia na construção e manutenção do projeto de vida daquele que cumpre com esse dever moral de lembrança, pois tal cumprimento, em perspectiva dialógica e procedimental, é condição necessária para a imposição do dever projetado no futuro.

Ao garantir o significado da existência do outro, pelo ato de lembrança, o indivíduo estaria, ao mesmo tempo, preparando as condições pelas quais a sua própria existência e dignidade deverá ser futuramente respeitada.

4 O DEVER DE LEMBRANÇA EM PERSPECTIVA JURÍDICA

Até então, no presente trabalho, a preocupação se centrou na análise dos aspectos morais do que poderia justificar um dever de lembrança e como ele pode ser entendido em termos de sua relação íntima com a autonomia privada, na perspectiva de auxiliar em sua construção e de trabalhar com os mesmos fundamentos interativos.

A relação que agora precisa ser investigada é como pode se operar uma transposição desse dever moral de lembrança à ordem jurídica nacional, e se já podemos encontrar, em uma perspectiva *de lege lata*, indícios de sua existência. Para isso, é necessário primeiramente esclarecer qual a conexão que pode ser feita entre o direito e a moral, de forma a justificar a inclusão de deveres morais na esfera jurídica.

4.1 Relação entre direito e moral

A relação entre as normas morais e normas jurídicas passa, em um primeiro momento,

pelo entendimento do que caracteriza sua força cogente, isto é, de onde pode se extrair a necessidade de cumprir com o que restou determinado.

Na perspectiva moral, a coação da norma é interna, presente na própria determinação que a originou. O dever de seguir o comando moral não provém de nenhum estímulo externo ao sujeito, mas surge pela vinculação do sujeito à máxima que este entende como válida; pela perspectiva de Immanuel Kant, da “necessidade de uma ação por reverência à lei [moral]” (KANT apud SALGADO, 2012, p. 253).

A ação moral, seria, então, aquela que é cumprida em razão da existência do dever, e não basta que o indivíduo se comporte conforme a regra moral, mas que esta seja a força motriz que impulsiona sua ação.

Na perspectiva do direito, por outro lado, a coação da norma é externa ao indivíduo, e é determinada por fatores outros que não a pura força persuasiva das razões. O dever jurídico seria um dever para com o outro, em vez de um dever para consigo mesmo, e se justificaria na necessidade de não adentrar no campo das liberdades individuais das demais pessoas (KANT, 2004, p. 38-39).

Para o cumprimento de uma norma jurídica, não é necessário inquirir sobre os motivos que levaram o agente à sua execução, bastando que a ação seja conforme ao comando, contendo, com isso, aparência de respeito à lei. Diz-se apenas de sua aparência, pois basta para o direito que o indivíduo se comporte como requer a norma, deixando um espaço reservado quanto às motivações que o levaram a assim se portar.

Na transposição de uma regra moral para o campo do direito, surgiria um aspecto de exigibilidade quanto ao seu respeito, pois enquanto a ação moral exige uma atitude moral que seja coerente com a máxima em questão, a ação conforme o direito exige uma atitude fática de respeito ao comando dotado de força normativa. O desrespeito a esse dever jurídico faria surgir a possibilidade de o indivíduo exigir o seu cumprimento, por meio dos instrumentos legalmente estabelecidos.

Nessa perspectiva, enquanto as regras morais e jurídicas dizem sobre tipos diferentes de conhecimento, elas são reciprocamente complementares. O direito, por não ser apenas sistema de conhecimento, mas sistema de ação, consegue dotar argumentos morais (que possuem grande força fundamentadora decorrente de sua natureza discursiva) da facticidade necessária para o contexto social, de forma que possibilita imputação de responsabilidade aos sujeitos que desrespeitam a regra e alivia os indivíduos dos esforços cognitivos e motivacionais de descobrir o agir correto e de portar seu arbítrio em sua conformidade (HABERMAS, 1997, p. 141; p. 149-152), permitindo liberdade quanto às motivações de suas ações e quanto à construção de

sua vida (GUSTIN, 1999, p. 195-196).

Nas palavras de Jürgen Habermas (1997, p. 149-150):

Uma moral dependente de um substrato de estruturas da personalidade ficaria limitada em sua eficácia, caso não pudesse atingir os motivos dos agentes por *outro* caminho, que não o da internalização, ou seja, o da institucionalização de *um* sistema jurídico que *complementa* a moral da razão do ponto de vista da eficácia para a ação.[...] No direito, os motivos e orientações axiológicas estão interligados entre si num sistema de ação; por isso as proposições jurídicas têm eficácia imediata para a ação, o mesmo não acontecendo com os juízos morais enquanto tais. De outro lado, as instituições jurídicas distinguem-se das ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade, pois nelas se cristaliza um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios. E, como o direito está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade, ele pode *compensar* as fraquezas de uma moral racional que se atualiza primariamente na forma de um saber.

Assim, a existência de um imperativo moral de lembrança, que se justifica na função de garantia de autonomia privada, poderia ser dotada de coercibilidade externa quando transposto ao esquema da organização jurídica.

Essa organização jurídica, por sua vez, é desprovida de conteúdos jurídicos eticamente anteriores à sua formação. A forma jurídica, nesse caso, permite que o conteúdo do direito seja composto por aquelas manifestações pessoais que a comunidade de sujeitos de direito tenha como valorosa e digna de proteção.

4.2 Dignidade, pessoa e lembrança

A autonomia privada é dotada de força jurígena, tendo em vista que traduz, no campo do direito, a liberdade que as pessoas têm de formar vínculos umas com as outras, de realizarem promessas e de cumprirem com suas obrigações (VASCONCELOS, 2008, p. 15). Isso ocorre por meio de sua capacidade de traduzir, no campo do Direito, como a participação ativa da pessoa, inserida em contextos de participação social-negocial, pode constituir aquilo que é essencial para o projeto de vida que adota para si mesmo, na construção de sua personalidade.

A noção de personalidade, aqui adotada como a qualidade de ser pessoa (VASCONCELOS, 2006, p. 05), associa-se ao fluxo de valores que lhe é constitutivo (STANCIOLI, 2017, p. 155). A dignidade e a autonomia privada assumem, além da função de princípios que fundamentam a ordem civil e constitucional (PINTO, 2012, p. 09; PINTO, 1999, p. 151), o papel de consagradores do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana²¹. A partir da garantia dessas duas ideias, entendidas como complementares no seu

²¹ Nesse ponto, podemos ressaltar a teoria de John Kleinig (1991, p. 20-21), que verifica uma conexão íntima entre dignidade e autonomia, sendo ideias bastante relacionadas. Enquanto essa conexão é mais forte na “*dignity*

papel de garantir à pessoa a possibilidade plena de sua autorrealização, verifica-se um “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual” (CANOTILHO apud PINTO, 1999, p. 152).

A dignidade e autonomia privada, então, assumem posturas relacionadas à liberdade negativa, de coibir lesões que assolem a capacidade de livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade positiva, de garantir condições materiais-procedimentais para que esse desenvolvimento da pessoa possa aflorar.

A proteção da pessoa encontra poderosa manifestação na existência dos direitos da personalidade, entendidos como direitos subjetivos²² que tutelam os valores constitutivos da pessoa e permitem a livre vivência das escolhas de vida pessoais (STANCIOLI, 2017, p. 126), por meio de instrumentos repressivos, preventivos e compensatórios, cogentes, quanto à liberdade negativa, e garantias de livre utilização, exploração e aprimoramento, quanto às liberdades positivas.

Nesse sentido, se a existência de um dever moral de lembrança auxilia na construção da autonomia privada do indivíduo e, na mesma mão, de sua dignidade, e essa tutela se dá em função da promoção da personalidade, que encontra uma de suas expressões legais na defesa dos direitos da personalidade, pode-se estabelecer um raciocínio de que o *locus* adequado para a presença de um dever moral de lembrança juridicizado seria junto à tutela da pessoa.

4.3 Tutela da lembrança como tutela à pessoa

Ante o exposto, pode-se justificar a existência de um dever de lembrança, com contornos jurídicos, fundamentado no compromisso normativo de garantia da personalidade da pessoa humana e no seu papel de concretização da autonomia privada. Visualiza-se, com isso, a possibilidade de antever que o local de proteção dos deveres de lembrança deveria se encontrar,

as self-possession”, que diz sobre o autocontrole do homem sobre sua própria pessoa, existiria um aspecto da “*dignity by association*” que se distancia da autonomia, porque cuida do respeito que é devido pelo simples fato de pertencimento à espécie humana. Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 91-92) destaca que existem duas concepções distintas da pessoa humana que dão suporte à sua dignidade: a concepção insular, que valoriza a razão e a vontade, e veem o homem autossuficiente e autodeterminado, e uma nova concepção ética, que integra o homem na natureza e no fluxo social e reconhece o outro na capacidade de diálogo. Enquanto o autor identifica a primeira concepção na ideia de autonomia privada, a ideia identificada neste trabalho permite também relacionar a autonomia à perspectiva dialógica proveniente desta nova ética.

²² A escolha da explicação dos direitos de personalidade como direitos subjetivos também se justifica a partir da ideia de que a pessoa não se constrói em sua consideração individual e solitária, mas em interação com o outro. Habermas, nessa linha de raciocínio, adota o conceito de Frank Michelmann: “Direitos [subjetivos] são uma proposição pública, que envolvem tanto obrigações para com os outros quanto titularidade contra eles. Em aparência, pelo menos, são uma forma de cooperação social, altamente especializada, sem sombra de dúvidas, mas, ainda assim, em última análise, cooperação”. MICHELMANN, F. apud HABERMAS, 1997, p. 121.

justamente, nas normas atinentes à proteção da personalidade.

Com a existência de um dever moral de lembrança e de sua transposição a uma posição juridicamente defensável, tanto o falecido, quanto os seus sucessores, garantem que seu projeto de vida e sua construção humana não serão encerrados com o término de sua existência biológica. A autonomia será preservada, tanto em relação ao morto (posto que presente na sociedade por meio do ato de lembrança), quanto em relação às pessoas que realizam tais atitudes, ao garantirem as condições de exigibilidade desse dever para o futuro. A condição pela qual esse dever pode ser expressado na ordem jurídica é pelo surgimento de uma pretensão que tenha como finalidade remediar e encerrar as lesões que lhe forem cometidas.

Assim, se a posição topográfica adequada para a proteção desse dever de lembrança é na proteção da pessoa, e sua conformação em termos jurídicos é adequada de ser disposta como um direito a evitar suas violações, uma norma que diga sobre quem é legitimado para tutelar situações de ameaça ou lesões a direitos da personalidade *post mortem* pode ser entendida como uma configuração desse dever com vestes jurídicas.

Tal compreensão permite concluir que os dispositivos legais do art. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único²³, do Código Civil tutelariam o dever moral de lembrança aqui descrito. Essa ideia parece ter certa repercussão entre os doutrinadores portugueses, que a apresentam no contexto da norma legal do art. 71, n. 1, 2, do Código Civil português²⁴, cuja redação possui grandes similaridades com a do Código Civil brasileiro.

Na visão de Pedro Pais de Vasconcelos, o que se protege nesse artigo é, em sentido objetivo, o respeito pelos mortos, e em sentido subjetivo, a inviolabilidade moral dos familiares e herdeiros. Esta dimensão objetiva estaria fundamentada em raízes morais fortes, enquanto a dimensão subjetiva se justificaria na necessidade de preservar tanto a dignidade do falecido quanto dos parentes ou herdeiros que podem ser afetados, em suas próprias dignidades, em razão de ofensas rogadas contra a pessoa do morto (VASCONCELOS, 2006, p. 120-121).

Também coloca dessa forma António Menezes Cordeiro (apud VASCONCELOS, 2006, p. 120), que expõe que “a tutela *post mortem* é, na realidade, a proteção concedida ao direito que os familiares têm de exigir o respeito pelo descanso e pela memória dos seus

²³ Art. 12. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Art. 20. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

²⁴ ARTIGO 71º (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 nº 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

mortos”. Assim também defende Carlos Alberto da Mota Pinto (2012, p. 205), que visualiza proteção de interesses das pessoas vivas afetadas por atos ofensivos à memória do falecido. Ainda na doutrina portuguesa, Carvalho Fernandes (apud VASCONCELOS, 2006, p. 120) compartilha do entendimento de que a atribuição de proteção jurídica se dá no interesse que certas pessoas legitimadas têm na proteção da dignidade e integridade moral do falecido, e contra lesões que podem lhes atingir de forma indireta; José de Oliveira Ascensão (1991, p. 129-135) assevera que a personalidade do sujeito se encerra com sua morte, mas se prolonga seu valor como pessoa, transmutado no bem jurídico autônomo de respeito à sua memória.

Referindo-se à doutrina francesa, Leonardo Estevam de Assis Zanini (2015, p. 195) indica que a teoria da proteção *post mortem* da personalidade se encontra fortemente ligada à lembrança deixada pelo falecido, tratando-se de uma defesa da memória do defunto e de um sentimento de dignidade conectado a quem assume essa postura protetiva.

Em doutrina nacional, pode-se ressaltar o posicionamento de Pontes de Miranda que, ao tratar sobre o direito à honra dos mortos, argumenta que a lei dá legitimidade a certas pessoas porque o sistema jurídico entende que estas possuem interesse, seja moral, sentimental, intelectual, em que não se ofenda a memória do falecido²⁵. Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 105-119) defende a excepcionalidade da permanência dos direitos da personalidade *post mortem*, pelo que a legislação dá legitimidade processual aos seus parentes, ligados ao falecido por laços de afeição, para tutela de sua memória.

Forte defesa do direito à memória faz João Baptista Villela (2003, p. 55-64), que ao trabalhar a distinção entre direitos subjetivos de personalidade primários e secundários, assim assevera:

“[Q]ualquer direito subjetivo pressupõe, aqui sem tautologia, um sujeito em relação ao qual se configure, mesmo que não o possa exercitar. Assim, a ofensa à memória, por exemplo, não só não exige que o ofendido esteja vivo, senão que, ao contrário, exige que esteja morto. Mas é pensado não em relação a quem exercita a tutela preventiva ou reparatória (um parente do morto, por exemplo) e sim a alguém que, por estar morto, gozou da vida. O direito à honra, de que o direito à memória constitui uma lesão, não é um direito primário, senão secundário, já que nele se comportam diferentes faculdades, como, por exemplo, a de tolerar atos de agressão”. (VILLELA, 2003, p. 59)

Por último, destaca-se teoria que ganha força em tempos recentes, no sentido de que a proteção legal atribuída pelos artigos do Código Civil não se dá nem em nome das pessoas

²⁵ Importante ressaltar que o autor está nesse contexto se referindo à ação penal de calúnia e à ação de retificação compulsória. Por não trabalhar com um panorama de direito civil que admitisse expressamente algum tipo de tutela da personalidade *post mortem*, Pontes de Miranda se encontra cético em assumi-la, expondo que entender a ofensa ao morto como ofensa também ao vivo seria muito mais uma maneira de deslocar o problema da titularidade do que de resolvê-lo. MIRANDA, 1970, p. 49.

vivas, nem em nome do falecido, em extensão póstuma de sua personalidade, sendo considerada uma situação (ou posição) jurídica desprovida de titularidade (LEAL, 2019; NAVES; SÁ, 2007; PEREIRA; LARA, 2020).

Nessa perspectiva, os interesses morais da pessoa falecida, como a necessidade de preservação de sua memória, por serem socialmente relevantes, configurariam um centro de interesses tutelado diretamente pelo direito, sem serem resguardados necessariamente por um titular. O que existe, na realidade, é uma esfera de dever jurídico, consistente na necessidade de não violação pelos demais sujeitos que, em caso de descumprimento, dariam ensejo à responsabilização institucional.

Em termos de dogmática jurídica, afigura-se como visão adequada, uma vez que não depende da defesa exclusiva de direito dos vivos (o que implica em dizer que o morto não teria mais interesse em ser resguardado, negando a tese do resgate da insignificância)²⁶, e nem depende da atribuição de titularidade subjetiva ao morto, o que é vedado pelo art. 6º do Código.

Permite, em conclusão, que os interesses do morto sejam tutelados e associados a uma dimensão de limites na atuação dos demais sujeitos, que devem respeitar tais interesses. Explica Pietro Perlingieri (2007, p. 111):

Mesmo depois da morte do sujeito, o ordenamento considera certos interesses tuteláveis. Alguns requisitos relativos à existência, à personalidade do defunto – por exemplo, a sua honra, a sua dignidade, a interpretação exata da sua história – são de qualquer modo protegidos por um certo período de tempo (art. 597, §3, Cód. Civ.), isto é, enquanto foram relevantes também socialmente. Alguns sujeitos, individuados pelo ordenamento, serão legitimados a tutelar o interesse do defunto.

Desses posicionamentos doutrinários²⁷, extrai-se a conclusão de que o Código Civil brasileiro de alguma forma positivou o entendimento de que todas as pessoas possuem um dever moral de lembrança quanto às pessoas falecidas, configurado este em sua feição mínima e suficiente de respeito à dignidade e existência da pessoa. Dessa forma, justifica-se a tese de que tal dever pode ser configurado em um resgate quanto à insignificância da pessoa falecida, que todos, de forma geral, teriam de cumprir.

Além disso, a defesa da legitimidade de proteção legalmente atribuída para os herdeiros

²⁶ A tese da proteção dos direitos vivos nega, também, a dimensão da reciprocidade. Se resguarda algo similar a um “direito de lembrar”, desassociado do “direito de ser lembrado”.

²⁷ É necessário ressaltar a possível crítica de que os autores mencionados teriam em mente significado diferente do que consistiria em interesse pela memória dos mortos do que o empregado no presente trabalho. No entanto, não trabalham de forma aprofundada esse entendimento, apenas utilizando expressões mais gerais como “respeito pela memória”, “descanso”, “paz”, “sentimento moral”. Assim, entende-se que a visão mais ampliada do que consistiria em um dever de lembrança pode, muito bem, abarcar todas essas expressões, visto que relaciona a atitude de respeito com a necessidade de dotar a existência de uma pessoa de significado.

parece reforçar a tese dos deveres resistentes, visto que a legislação concedeu tal legitimidade aos indivíduos que, de maneira geral e pelo padrão comum que é esperado pela sociedade, teriam uma conexão mais íntima com o falecido. Assim, o poder de ação contra a violação dos deveres se daria a essas pessoas em razão dos relacionamentos que carregam, em si, obrigações morais especiais.

Por fim, a proteção jurídica reforça também a tese da reciprocidade, uma vez que a tutela se daria tanto em razão da perpetuação da dignidade do morto quanto para garantir as condições para a tutela da dignidade das pessoas vivas para o momento futuro.

5 CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

No presente trabalho, buscou-se analisar a hipótese de que o ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos da personalidade *post mortem* partindo de uma perspectiva fortemente influenciada por critério morais de valorização da pessoa humana, e que o fundamento para essa proteção seria a existência de um dever de lembrança, a qual se atribui vestes jurídicas.

Conclui-se que o dever moral de lembrança, entendido como um sentimento ativo de memória em relação ao passado, justifica-se a partir do momento que garante o resgate do significado da existência e dignidade da pessoa falecida e cria condições para a perpetuação da existência e dignidade das pessoas que exercem essa postura. Ademais, as motivações para lembrar das pessoas que faleceram dependem dos relacionamentos pessoais que se têm em vida, de forma que também se justifica a atribuição de deveres especiais a certas pessoas que, em geral, têm vivências mais pessoais com o falecido. A existência ou não dessas motivações não retira o dever em si, mas justifica a atribuição de legitimidade que é feita pela legislação.

O entendimento da autonomia privada em perspectiva dialógica auxilia em entender o papel de construção conjunta da configuração do dever, e serve como fundamento para sua inserção no campo jurídico, junto à tutela da pessoa humana, que deve ter plena possibilidade de arquitetar e desempenhar o plano de vida existencial que planejou para si mesmo e que não se extingue por completo com sua morte.

A perspectiva adotada neste trabalho é, notadamente, voltada para a formação da memória (ou da lembrança) em sentido individual, isto é, a garantia do significado da existência de pessoas em particular. No entanto, existem fortes argumentos em favor da construção de um sentido coletivo de memória, que também serviria para a tutela da pessoa, ainda que de modo indireto.

Assim, novos trabalhos devem ser desenvolvidos, abordando como a formação de uma dimensão coletiva de memória²⁸, por meio de argumentos em favor do dever de justiça sobre o passado ou de assunção de consequências pelas escolhas morais realizadas²⁹, pode auxiliar na construção de um entendimento mais completo e coerente sobre o que constitui o dever moral de lembrança, que pode ser transposto para uma ordem jurídica comprometida com a defesa da pessoa.

²⁸ A ideia de memória coletiva surge originalmente a partir da compreensão de que toda memória individual se manifesta nas ações e declarações dos indivíduos e se constrói dentro dos quadros definidos pela ordem social em que se insere. Posteriormente, essa noção incorpora não só as comunicações dos indivíduos, mas também as formas objetificadas de cultura, como manifestações artísticas, monumentos e outras formas de mídia. SARAPU, 2012, p. 187-191; HALBWACHS, 1990, p. 16-34.

²⁹ Jeffrey Blustein (2008, p. 336-337) assume essa postura com a nomenclatura de “*bearing witness*”, explicado da seguinte forma: “O valor simbólico de prestar testemunho é valor que é realizado dentro e por meio da atividade de endereçar-se a uma audiência, de estar perante uma audiência e trazer o bom e o mal para sua atenção, com isso declarando a sua lealdade ao bem. [...] [A testemunha] se importa com o que a comunidade apoia e quer que esta compartilhe suas responsabilidades morais com o passado, sua repugnância ou ultraje ou compaixão ou, no caso de contrapartes positivas, como mencionado anteriormente, sua admiração ou gratidão ou prazer derivado da boa fortuna dos outros”. No original: “*The symbolic value of bearing witness is value that is realized in and through the activity of addressing an audience, of standing before an audience and bringing good or bad to its attention, and thereby declaring one’s allegiance to the good. [...] [The witness] cares about what this community endorses and wants it to share her moral responses to the past, her repugnance or outrage or compassion or, in the case of the positive counterparts mentioned earlier, her admiration or gratitude or vicarious pleasure in the good fortune of others.*”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria Geral do Direito Civil**. v. I e II. Lisboa, 1991.

BLUSTEIN, Jeffrey. **The Moral Demands of Memory**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 268660/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 21/11/2000, DJ de 19/02/2001.

DANTAS, Larissa Uchôa. **Manto da apresentação: O corpo ritualístico, narrativo e alegórico de Arthur Bispo do Rosário**. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais). Universidade Federal da Paraíba – Universidade Federal de Pernambuco. João Pessoa, 2016.

GAITA, Raimond. **The Philosopher's Dog**. London: Taylor & Francis e-Library, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 202. 2002. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2876142>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. Del Rey: Belo Horizonte, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebenseichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HALBWACHS, Maurice. **A Memória Coletiva**. São Paulo: Vértice, 1990

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *In: Revista da USP*. São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Vol. I – Princípios metafísicos da doutrina do direito. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KLEINIG, JOHN. **Valuing Life**. Oxford: Princeton University Press, 1991.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário: Propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade. *In: Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p.117-123, jul./set. 2007.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. *In: SOUZA, Jessé. **Democracia Hoje***. Brasília: Editora UNB, 2001. p. 111-163.

PEREIRA, Fabio Queiroz, LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 17-42, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª Edição. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *In: Portugal-Brasil, ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-186.

RAZ, Joseph. **The Morality of Freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

REHG, William. Translator's Introduction. *In: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. 2. Ed. United States: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

SALGADO, Joaquim. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SARAPU, Daniel Vieira. **Direito e memória**: Uma Compreensão Temporal do Direito. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SCHNEEWIND, J. B. **A invenção da autonomia**. Uma história da filosofia moral moderna. Trad. Magda França Lopes. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício dos direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2017.

STOKES, Patrick. Deletion as second death: the moral status of digital remains. *In: **Ethics and Information Technology***. Vol. 17, p. 237–248, 2015. <https://doi.org/10.1007/s10676-015-9379-4>.

STOKES, Patrick. Duties to the Dead? Earnest Imagination and Remembrance. *In: **Kierkegaard and Death***. Bloomington, IN: Indiana University Press, 2011. p. 253-273.

TAYLOR, James Stacey. **Death, Posthumous Harm, and Bioethics**. New York: Routledge, 2012.

THOMPSON, Janna. Inherited Obligations and Generational Continuity. *In: **Canadian Journal of Philosophy***. Volume 29, Number 4, December 1999. p. 493-516.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

DA LEMBRANÇA À AUTONOMIA: O DEVER DE RESPEITO À MEMÓRIA COMO FORMA DE
TUTELA DA PESSOA

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2008.

VILLELA, João Baptista. O Novo Código Civil Brasileiro e o Direito à Recusa de Tratamento Médico. *In: Roma e America*. Diritto Romano Comune. n. 16, 2003. p. 55-64.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.