

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

André Maciel Silva Ferreira

DANOS PÓSTUMOS E PROTEÇÃO À MEMÓRIA:
contribuições para a compreensão da tutela *post mortem* da pessoa humana

Belo Horizonte

2023

André Maciel Silva Ferreira

DANOS PÓSTUMOS E PROTEÇÃO À MEMÓRIA:

contribuições para a compreensão da tutela *post mortem* da pessoa humana

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: História, Poder e Liberdade

Projeto Coletivo e Área de estudo: H09 – Direito Civil na Interdisciplinaridade

Orientadora: Profa. Dra. Mariana Alves Lara

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB/6-3167.

F383d Ferreira, André Maciel Silva

Danos póstumos e proteção à memória [manuscrito]:
contribuições para a compreensão da tutela post mortem
da pessoa humana / André Maciel Silva.-- 2023.
285 f.: il.

Orientadora: Mariana Alves Lara.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 272-285.

1. Direito civil - Teses. 2. Personalidade (Direito).
3. Mortos - Legislação. 4. Danos (Direito). 5. Memória
- Aspectos sociais. 6. Identidade - Teses. I. Lara, Mariana
Alves. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade
de Direito. III. Título.

CDU: 347.121.1



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO ANDRÉ MACIEL SILVA FERREIRA

Realizou-se, no dia 13 de abril de 2023, às 14:00 horas, Auditório Francisco Luiz da Silva Campos, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *DANOS PÓSTUMOS E PROTEÇÃO À MEMÓRIA: contribuições para a compreensão da tutela post mortem da pessoa humana*, apresentada por ANDRÉ MACIEL SILVA FERREIRA, número de registro 2021653000, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Mariana Alves Lara - Orientador (UFMG), Prof(a). Fabio Queiroz Pereira (UFMG), Prof(a). Maria de Fatima Freire de Sa (PUC Minas).

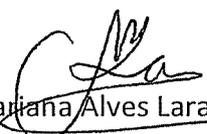
A Comissão considerou a dissertação:

() Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 100. (cem)

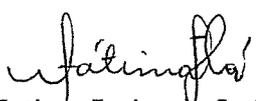
() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 13 de abril de 2023.


Prof(a). Mariana Alves Lara (Doutora) Nota 100. (cem)


Prof(a). Fabio Queiroz Pereira (Doutor) Nota 100. (cem)


Prof(a). Maria de Fatima Freire de Sa (Doutora) Nota 100. (cem)

Para Cília, Edward e Jonas

*Para todos que perderam suas vidas para a
pandemia de COVID-19*

Não serão esquecidos

Moriturus Mortis

AGRADECIMENTOS

De início, devo agradecer especialmente àqueles que me auxiliaram nessa jornada acadêmica. Agradeço à Mariana, minha orientadora, pela disponibilidade infinita, pela abertura ao diálogo, sendo um modelo de pessoa, pesquisadora e professora. Agradeço ao Fábio, que despertou meu interesse pela pós-graduação e me fez encontrar uma casa no direito civil. Agradeço à Maria de Fátima, por ter aceitado o convite de compor a banca de qualificação e de defesa. Suas contribuições foram muito valiosas para o desenvolvimento desse trabalho, provisoriamente concluído, mas que tem muito a ser feito. Agradeço também à professora Carla Carvalho, que primeiro chamou minha atenção a esse tema tão rico, tendo o carinho de, ainda na graduação, ouvir minhas considerações iniciais a seu respeito.

Agradeço aos meus pais, Alessandra e Luiz, pelo apoio incondicional. Suas vidas como professores e as dificuldades que enfrentaram têm relação direta com a escolha por escrever este trabalho. À minha vó Wanda e minha tia Andréa, por também cuidarem de mim desde sempre. No entrelaçamento de nossas histórias ainda escreveremos muitas coisas.

Agradeço à Yara pelo companheirismo e cuidado nessa jornada, tendo encontrado em você uma fonte de inspiração. Você nunca duvidou de mim, o que me deu motivos para também não duvidar. Assim, vejo-me envergonhado de precisar usar do clichê “não tenho nem palavras para lhe ser grato”.

Agradeço aos meus amigos e colegas do Tribunal de Justiça pela compreensão dos sacrifícios que envolvem o processo de escrita, permitindo que eu tivesse o tempo necessário para desenvolver a contento essa pesquisa.

Agradeço aos amigos que viveram comigo essa trajetória nos momentos fáceis e difíceis, confirmando a máxima de Safo: “sei que alguém no futuro também lembrará de nós”. Aos colegas de faculdade pelo companheirismo dentro e fora da sala de aula, incentivando em mim essa veia de pesquisa, que pode ser grande ou pequena (só o tempo dirá); aos amigos do colégio e aos encontrados no meio do caminho, pelas risadas no momento pandêmico, assegurando um presente e um futuro que devem ser preservados.

Agradeço à Ceci, minha gatinha, por ser mais forte que eu e, por isso, ensinar-me a viver uma vida mais verdadeira; sua maior lição: na dúvida, trate tudo com simplicidade e indiferença.

À Universidade pública, gratuita e de qualidade.

Aos profissionais de saúde que me auxiliaram nesses conturbados anos, possibilitando que estivesse em condições de escrever esse trabalho.

A todos os autores mortos que ainda integram a dimensão comum do pensamento, permitindo a existência desse trabalho. Agradecimentos especiais a Saramago por apresentar a Morte dizendo Com cuidado se vai a muito lugar; a Borges, por evidenciar que estamos juntos na casa de Asterión, e a Camus, por mostrar que a luta para escrever uma dissertação basta para encher o coração de um homem.

Firewood becomes ash. It does not turn into firewood again. But we should not hold to the view that the ash is after and the firewood is before. Know that firewood abides in its dharma position as firewood and has its past and future. Though it has its past and future, it cuts off past and future. Ash is in its dharma position as ash and has its past and future. Just as this firewood, after it has become ash, does not turn into firewood again, so a person, after death, does not take rebirth. Therefore, we do not say that life becomes death. This is the established way of the Buddha-dharma. For this reason it is called unborn. Death does not become life. This is the established buddha-turning of the dharma wheel. For this reason it is called undying. Life is its own time. Death is its own time. For example, it is like winter and spring. We don't think that winter becomes spring. We don't say that spring becomes summer.

(Dogen Zenji. Genjokoan)

Tudo o que o homem poderia ganhar no jogo da peste e da vida era o conhecimento e a memória.

(Albert Camus. A peste)

Let us see to it that the recollection of those whom we have lost becomes a pleasant memory to us.

(Lucius Annaeus Seneca. Moral Letters to Lucilius, LXIII, On Grief for Lost Friends)

LISTA DE PUBLICAÇÕES PARCIAIS DA PESQUISA

De acordo com a determinação contida no Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG¹, informa-se que trechos desta dissertação se encontram publicados ou em fase de publicação nas seguintes produções:

FERREIRA, A.M.S. Da lembrança à autonomia: o dever de respeito à memória como forma de tutela da pessoa. In *Revista Brasileira de Prática Jurídica*. v. 03, p. 08-33, 2022. ISSN: 2675-7516

FERREIRA, A.M.S. Responsabilidade civil por dano da morte: algumas contribuições filosóficas. In *Revista do CAAP*. v. 26, p. 1-22, 2021. ISBN: 1415-0344.

¹ “Art. 65 – A tese ou dissertação deverá ser inédita. [...] §4º. Ainda que em coautoria, eventuais publicações ou divulgações parciais, feitas no curso do Mestrado ou do Doutorado, conforme o caso, não impedem o ineditismo do trabalho, desde que mencionadas expressamente no texto do trabalho final.” UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Câmara de Pós-Graduação da UFMG. *Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG*. Aprovado em: 12 de setembro de 2013. Consolidado segundo alterações aprovadas pelo Colegiado, em sua reunião de 7 de novembro de 2016 e Câmara de Pós-Graduação em 13 de dezembro de 2016, bem como alterações aprovadas pelo Colegiado, em sua reunião de 30 de julho de 2020 e Câmara de Pós-Graduação em 31 de julho de 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/programa/regulamento/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

RESUMO

O trabalho busca investigar a proteção contra danos ocorridos após a morte do sujeito, propondo como tema problema entender e justificar a maneira mais adequada de proteger o morto e de identificar o objeto jurídico de tutela dos direitos da personalidade póstumos. A pesquisa, então, busca investigar os limites e a fundamentação jurídico-filosófica da proteção dos falecidos, sendo justificada pela ausência de uma posição uníssona na doutrina nacional sobre o tema e pela divisão estanque e artificial que se faz entre interesses dos mortos e dos vivos. Partindo das considerações tecidas pelas teorias da identidade narrativa e da situação jurídica, postula-se que a proteção se faz pela constituição de uma situação jurídica socialmente relevante – composta por deveres de respeito à memória em face de circunstâncias concretas – que parte da construção identitária realizada em vida pelo próprio morto e se desenvolve rumo à memória da pessoa falecida e a continuação de sua história na forma contada pelas pessoas vivas, na dimensão de recepção e leitura da obra narrada. No percurso da pesquisa, desenvolveram-se as temáticas da presença da pessoa falecida no contexto social e digital; da noção adequada de identidade que explicita a consistência dessa permanência prático-social; da visão adequada das previsões do ordenamento jurídico quanto à proteção devida; da noção jurídica que justifique e explique a tutela da pessoa falecida, por meio dos estudos sobre memória, testemunho e danos; por fim, o trabalho se encerra com análise de casos práticos de pretensos danos póstumos, buscando desenvolver uma estratégia argumentativa que permita a avaliação da situação, particularmente quanto às pessoas legitimadas, o período temporal de proteção e a própria existência de uma lesão a ser remediada. A conclusão que se obtém é que o morto é um centro argumentativo para imputação de direitos e deveres, de forma que os atos lesivos à sua construção biográfica, também tidos como violações às identidades dos sujeitos com os quais se relaciona, configuram danos póstumos, merecendo uma resposta do ordenamento que resguarde a vitalidade de sua memória, pela lembrança que dele se faz. Os danos póstumos são uma violação a uma construção narrativa e a uma responsabilidade social de lembrança, tanto pelo desrespeito a um dever de memória face à obra de vida do morto, quanto pela lesão às capacidades de autodeterminação dos vivos, coautores da biografia do falecido.

Palavras-chave: Danos póstumos. Identidade narrativa. Situação jurídica. Memória. Lembrança. Deveres. Direitos da personalidade *post mortem*. *Post mortem privacy*.

ABSTRACT

The present work purports to discern the basis for the protection against posthumous harms, establishing as its working theme the understanding and justification of the best way to view the legal protection afforded to dead persons. The research, then, investigates the limits and the philosophical-juridical explanation for posthumous protection, being justified by the lack of consensus in the specialized literature and the artificial separation between dead person's interests and relative's interests. Through narrative identity and the theory of the juridical situation, the hypothesis is that posthumous protection is given towards a particular juridical situation that has social relevance – composed of duties to respect memory in light of concrete circumstances – that starts with the identitarian construction of the person whilst living and moves on to his memory's protection post mortem and the continuation of his history as told by his relatives, constituting a dimension of reception and reading of his narrative work. In the course of the research, the themes approached consisted in the presence of the dead in social and digital contexts; the appropriate view of identity that corresponds to this existing presence; the juridical view as to the present legal scenario; the adequate view of legal protection against posthumous harms as seen through the studies of memory, testimony and harms; at last, the analysis of existing scenarios of possible posthumous harms, in order to obtain a valid strategy towards discerning who should have the power to act on behalf of a dead person, as well as the period in which this could be done. The overall conclusion is that the dead person is a discursive center for ascribing rights and duties, so that a posthumous harm happens when a given fact is harmful towards that person's biographical identity – also composed by the many biographical identities of their loved ones. This violation of a constructed narrative, associated with a social responsibility towards remembrance – via memorial duties towards the dead's life work and the living's rights not to be harmed as coauthors of the narrative – deserves an adequate protection to be afforded by the existing legal system so that, through the remembrance of the dead, his memorial persistence lingers on.

Keywords: Posthumous harm. Narrative identity. Juridical situation. Memory. Remembrance. Duties. Post mortem personality rights. Post mortem privacy.

LISTA DE FIGURAS

Figuras 1 e 2 – Phersu, Tumba dos Augurs, 520 a.C.	13
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC – Código Civil de 2002

NSCV – *Narrative Self-Constitution View*

PLV – *Person-Life View*

PVS – *Permanent Vegetative State*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TE – *Choice theory*

TI – *Interest theory*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PERMANÊNCIA DOS MORTOS NA CONTEMPORANEIDADE	20
1.1 A PESSOA FALECIDA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL PERSISTENTE	20
1.2 O FALECIDO, O FENÔMENO DIGITAL E AS POSSIBILIDADES DE SUA PRESERVAÇÃO	31
2 A PESSOA FALECIDA E O PROBLEMA DA IDENTIDADE	46
2.1 O FIM DA IDENTIDADE E A TESE DA TERMINAÇÃO	46
2.2 A PERSISTÊNCIA DA IDENTIDADE POR MODOS DISTINTOS	55
2.3 OS ENCERRAMENTOS E CONTINUAÇÕES DA IDENTIDADE NARRATIVA.....	72
3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE <i>POST MORTEM</i> E A PROTEÇÃO DA PESSOA FALECIDA	97
3.1 A PERSONALIDADE NO PARADIGMA DA RELAÇÃO JURÍDICA	97
3.1.1 A defesa das pessoas vivas	107
3.1.2 A defesa do morto e a projeção póstuma da personalidade.....	116
3.2 UMA ALTERNATIVA À RELAÇÃO: A SITUAÇÃO JURÍDICA	125
3.2.1 A situação jurídica entre os discursos de justificação e aplicação	141
4 O RESPEITO À CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA ENQUANTO CENTRO DE PROTEÇÃO JURÍDICA	163
4.1 A PESSOA FALECIDA E A CONSTRUÇÃO DE UM RESPEITO À SUA MEMÓRIA... 163	
4.2 A CATEGORIA JURÍDICA DOS DANOS PÓSTUMOS.....	193
4.2.1 Danos póstumos como lesões a interesses persistentes	198
4.2.2 Danos póstumos enquanto violações a deveres de respeito à memória	213
4.2.3 Casuística dos danos póstumos – <i>Soldier X</i>	233
4.2.4 Casuística dos danos póstumos – Christina da Suécia	241
4.2.5 Casuística dos danos póstumos – Sebastian Bowles	245
4.2.6 Casuística dos danos póstumos – <i>Putistin vs Ukraine</i>	247
4.2.7 Casuística dos danos póstumos – <i>Mephisto</i>	251
CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	272

INTRODUÇÃO

É comum encontrar em estudos introdutórios ao Direito Privado a explicação da origem do conceito de “pessoa” nas palavras latinas *persona* e *personare*. Esses termos teriam sido apropriados pelos romanos a partir do grego *prosōpon* (πρόσωπον), a que inicialmente se atribuía o sentido de “face” e posteriormente foi adaptada para “papel” ou “caráter”, no contexto das representações teatrais². A *persona* seria essa máscara pela qual o agente fala, fazendo perpetuar seu som³. Assim, por exemplo, em Boécio:

[A] palavra pessoa parece originar de uma fonte distinta, nomeadamente das máscaras que em comédias e tragédias eram usadas para significar os diferentes sujeitos da representação. Na verdade, *persona* “máscara” deriva de *personare*, com um acento circunflexo na penúltima sílaba. Mas, se o acento for posto na antepenúltima, a palavra vai claramente ser vista como vinda de *sonus* “som”; a razão disso é que a máscara côncava necessariamente produz um som maior. [...] Mas já que, como dissemos, era pelas máscaras que os atores colocavam que estes eram capazes de representar os diferentes personagens nas tragédias ou comédias [...], assim também todos os outros homens que poderiam ser reconhecidos por suas diversas características eram designados pelos Latinos com o termo *persona* [...]⁴. (tradução livre)

Com isso, enfatiza-se o fator social: a pessoa é esse ser que exerce diferentes papéis sociais e que incorpora diversas *personae*. Nessa mesma linha, ser pessoa (ser dotado do atributo da personalidade) é ser capaz de desempenhar diversas funções por meio de seu corpo, ter agência no contexto moral e social através do ato de falar por meio de sua máscara. E a ausência dessa voz pessoal e subjetiva, dessa presentificação por meio de sua socialidade, parece de primeira mão um impeditivo quanto à consideração da personalidade dos mortos – aqueles que não têm mais corpo e não tem voz a ressoar por qualquer máscara.

No entanto, a origem da pessoa na *persona* é controversa e estudos mais recentes vinculam sua origem à expressão etrusca *phersu*. *Persona* viria da *phersuna*; o sufixo “na” determinando na língua dos etruscos um adjetivo possessivo: *phersuna* é aquilo que pertence a *phersu*⁵.

² BROUWER, René. Funerals, faces, and hellenistic philosophers: on the origins of the concept of the person in Rome. In: LoLordo, Antonia (Ed.). *Persons: a history*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 19-51. p. 30-31.

³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício dos direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2017. p. 57.

⁴ No original: “[T]he word *person* seems to be borrowed from a different source, namely from the masks which in comedies and tragedies used to signify the different subjects of representation. Now *persona* “mask” is derived from *personare*, with a circumflex on the penultimate. But if the accent is put on the antepenultimate the word will clearly be seen to come from *sonus* “sound,” and for this reason, that the hollow mask necessarily produces a larger sound. [...] But since, as we have said, it was by the masks they put on that actors played the different characters represented in a tragedy or comedy [...], so also all other men who could be recognized by their several characteristics were designated by the Latins with the term *persona* [...]”. BOETHIUS. *A treatise against Eutyches and Nestorius*. In: BOETHIUS. *Tractates, De consolatione philosophiae*. Tradução de H. F. Stewart e F. K. Rand. Cambridge: Harvard University Press, 1968. p. 86-87.

⁵ BROUWER, René. Funerals, faces, and hellenistic philosophers: on the origins of the concept of the person in Rome. In: LoLordo, Antonia (Ed.). *Persons: a history*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 19-51. p. 27.

Phersu é uma figura presente nas representações gráficas de tumbas da Tarquínia, datadas do período arcaico⁶. Em sua instância mais conhecida, inscrita na Tumba dos Augurs, 520 a.C., é representado com um chapéu pontudo e com a face escondida por baixo de uma máscara, enquanto segura, por uma coleira, um cachorro que morde a perna de um homem com uma clava; em outro desenho, na parede ao lado, *Phersu* dança entre plantas e pássaros, portando ainda a máscara.



Figuras 1 e 2 – Phersu, Tumba dos Augurs, 520 a.C.⁷

Muitas interpretações são dadas à aparição de *Phersu*, variando desde uma rotina predecessora dos jogos gladiatoriais romanos a cerimônias teatrais, como a representação do mito de Herakles no Submundo ou do mito de Actaeon⁸, perpassando por práticas dos mistérios órficos⁹. O que se enfatiza nessas tentativas de decifrar o significado de *Phersu* é seu caráter ritualístico, pelo que o uso da máscara indica que se está a representar um poder outro, relacionado à música, ao teatro, aos jogos e às práticas fúnebres¹⁰. Assim, “*Phersu* é, talvez de

⁶ AVRAMIDOU, Amalia. The Phersu Game Revisited. *Etruscan Studies*, vol. 12, no. 1, 2009, pp. 73-88. <https://doi.org/10.1515/etst.2009.12.1.73>. p. 73.

⁷ AVRAMIDOU, Amalia. The Phersu Game Revisited. *Etruscan Studies*, vol. 12, no. 1, 2009, pp. 73-88. <https://doi.org/10.1515/etst.2009.12.1.73>. p. 74.

⁸ Referente ao mito dos 12 trabalhos de Herakles, pelo que este deveria capturar Kerberos, o cão de três cabeças, guardião da entrada do Hades. Já Actaeon foi um jovem caçador punido pela deusa Ártemis. Em uma das versões do mito, o jovem teria visto a deusa se banhando, pelo que ela, em vingança, o teria transformado em um veado, que foi perseguido e morto pelos 50 cachorros que o auxiliavam em suas caçadas.

⁹ Na tradição ófica, o corpo era visto como uma prisão para a alma, sendo os jogos uma forma de remédio e consolação. Assim, o jogo de *Phersu* se enquadraria no contexto das práticas funerárias. AVRAMIDOU, Amalia. The Phersu Game Revisited. *Etruscan Studies*, vol. 12, no. 1, 2009, pp. 73-88. <https://doi.org/10.1515/etst.2009.12.1.73>. p. 79.

¹⁰ No dicionário de Oxford, encontra-se a seguinte definição de *phersu*: “A palavra Etrusca para máscara; murais em tumbas Etruscas representando um homem mascarado disfarçado de animal confrontando um cachorro, e um homem fugindo, têm sido levantadas como evidências por pesquisadores de um esporte Etrusco que pode ter influenciado os jogos Romanos; no entanto, como Allen Guttmann nota, se esse for o caso, ‘foi provavelmente em

forma mais segura, descrito como uma figura que participa de jogos mais ou menos violentos que honram o falecido, com sua máscara barbada como seu atributo mais conspícuo”¹¹ (tradução livre).

Dessa forma, antes de dizer respeito às máscaras que os sujeitos assumem em sua convivência contemporânea, a *phersuna* teria um aspecto de conexão dos mortos com os vivos, uma maneira de perpetuar suas existências por uma prática reverencial. Ao usar a máscara de *Phersu*, o morto é feito novamente presente, enfatizando sua particularidade¹² e retornando sua voz. Na origem da pessoa, tem-se a (re)apresentação dos mortos pelos esforços dos vivos. E a preocupação com a presença ainda existente dos mortos no fenômeno jurídico-social, com a voz que, mesmo diminuta, persiste como merecedora de respeito, é a linha mestra que baliza a pesquisa ora realizada, que busca investigar como se pode pensar em uma tutela efetiva quanto aos aspectos da personalidade do falecido que permanecem em contato direto e constante com as pessoas vivas deixadas para trás.

Portanto, essa dissertação se orienta, ainda que de modo indireto, pela tentativa de entender em que medida a pessoa mantém contatos com a *phersuna*, conectando os conceitos de presença, identidade e memória.

Em âmbito jurídico, na teoria clássica, protege-se a pessoa contra danos às suas facetas mais fundamentais por meio dos direitos da personalidade, mecanismos de poder que possibilitam que o indivíduo resguarde, por sua própria conta, aqueles aspectos de si que foram afetados por alguma lesão. No entanto, o morto, a princípio, não parece encontrar guarida na legislação civil nos mesmos termos dos vivos. O art. 6º do Código Civil prevê que “[a] existência da pessoa natural termina com a morte”, o que traz como repercussão o encerramento da personalidade da pessoa, cessando com isso sua capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações. O atributo da pessoa estaria ausente, portanto, daquele que não consegue mais falar por si mesmo, em vista do evento morte.

Sem direitos e sem obrigações, o falecido depende que os outros usem suas vozes por ele, na difícil tensão entre proteger sua lembrança e permitir que seja esquecido. Embora a

relação às *venatio*, em que homens eram colocados para disputar contra animais selvagens””. (tradução livre). No original: “*The Etruscan word for a mask; murals in an Etruscan tomb depicting a masked man disguised as an animal, confronting a dog, and a man fleeing, have been taken by some as evidence of an Etruscan sport that may have influenced Roman games; though as Allen Guttman observes, if this was at all the case, ‘it was probably upon the venations, in which men were matched against wild animals’*”.

¹¹ No original: “*Phersu is perhaps most safely described as a figure participating in games of more or less violent sorts that honor the deceased, with a bearded mask as his most conspicuous attribute.*” BROUWER, René. Funerals, faces, and hellenistic philosophers: on the origins of the concept of the person in Rome. In: LoLordo, Antonia (Ed.). *Persons: a history*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 19-51. p. 28.

¹² LOLORDO, Antonia. Introduction: The concept of a person from antiquity to the twenty-first century. In: LoLordo, Antonia (Ed.). *Persons: a history*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 15-18. p. 17.

pessoa esteja morta, os reflexos de sua personalidade permanecem em interação constante com o meio, pelo que o Código Civil de 2002 não deixou a situação totalmente sem resguardo, inserindo nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20¹³ uma previsão comumente denominada pela doutrina como de direitos de personalidade póstumos (*post mortem*). Mas, se o sujeito não está mais presente, não há como se pensar em defesa pessoal às lesões a seus direitos que ocorram em momentos posteriores à sua morte, provocando dúvidas até mesmo na existência de direitos de uma não-pessoa (pois morta). Fica-se em aberto, com isso, em que medida o Direito efetivamente protege a presença e a identidade das pessoas falecidas.

Assim, o trabalho, em termos metodológicos, partindo do pressuposto de que certas lesões juridicamente tuteláveis dizem respeito às pessoas mortas (direta ou indiretamente), propõe como tema-problema investigar qual a maneira mais adequada de entender e justificar juridicamente a proteção da pessoa falecida, bem como identificar o objeto de tutela dos direitos da personalidade póstumos no mundo contemporâneo.

A pesquisa se justifica porque a legislação civil não deixa claro se uma manifestação lesiva é coibida por atentar contra o próprio sujeito, na dimensão de perpetuação de sua memória, ou por afetar as pessoas vivas que com o morto tiveram relações pessoais e, por isso, foram reflexamente atingidas. A repercussão dessa questão é de grande influência, pois diz em que medida o ordenamento jurídico entende que a história de vida de um sujeito e seus impactos na realidade se encerram com sua morte.

Não se verifica na doutrina nacional posição uníssona sobre a natureza da tutela da personalidade póstuma, justificando uma tentativa de melhor entender seu embasamento teórico. Ainda nesse ponto, destaca-se que as tentativas de encontrar um fundamento jurídico (ou de explicar o que permite a proteção) se inserem em uma lógica dual: ou os direitos póstumos têm atenção ao morto enquanto centro autônomo de interesses, ou dizem respeito às pessoas vivas e que são afetadas pelas manifestações danosas. Não há, nesse sentido, uma problematização acerca dessa divisão estanque e artificial de interesses, o que desmerece tanto a complexidade da temática quanto as discussões no âmbito filosófico.

Além disso, o presente estudo também se faz necessário tendo em vista que as formas de utilização de aspectos centrais da personalidade de uma pessoa falecida têm sido ampliadas na era contemporânea, graças a diversos avanços tecnológicos, permitindo uma presença cada

¹³ (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. (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.

vez mais constante da figura do morto, variando desde a exploração comercial intensa à reconstrução, recriação e manipulação digital, tendo-se um perigo efetivo de desconsiderar toda a construção de identidade da pessoa falecida.

O trabalho justifica-se, portanto, na necessidade de uma teoria que amarre as duas pontas de proteção (vivos e mortos), em vista de um contexto social que permite a interação contínua entre os sujeitos ausentes e presentes. A investigação a ser operada abordará o significado e a repercussão jurídico-filosófica da proteção dos direitos da personalidade das pessoas falecidas, compreendendo em que medida os danos póstumos (manifestações lesivas que ocorram posteriormente à morte do sujeito) podem ser conectados com a necessidade de proteção da identidade do morto e dos demais entes vivos.

Para responder a esse desafio, emprega-se a hipótese de que se se protegem os direitos da personalidade póstumos em razão de constituírem uma situação jurídica socialmente relevante, composta por deveres de respeito à memória do falecido em face das circunstâncias concretas. Essa situação parte da construção identitária realizada em vida pelo próprio morto e se desenvolve rumo à memória da pessoa falecida e à continuação de sua história na forma contada pelas pessoas vivas, que promovem ativamente a devida proteção, na dimensão de recepção e leitura da obra narrada. Dessa forma, é possível compreender em que medida a pessoa falecida permanece como um *locus* de preocupações sociais, pelo que a ausência de autonomia para promover a proteção [e o desenvolvimento] de sua personalidade e interesses não impede de entendê-lo como um sujeito cuja história de vida (entendida como obra a ser narrada) ainda está em ativa construção. Depreende-se, também, qual o papel que os vivos desempenham ao realizar essa tutela jurídica: agem promovendo uma prática de memória, partindo do caráter biográfico da identidade que o falecido buscou perpetuar em direção às suas livres alternativas de vida que são deixadas em aberto, conectando a permanência da história do morto com a contínua (re)escrita de suas próprias narrativas.

Referida hipótese deriva dos aportes teóricos produzidos pela visão da identidade narrativa e da teoria da situação jurídica. A primeira teoria permite antever em que medida a perpetuação da identidade pessoal consiste na capacidade de uma pessoa se entender como o coautor da sua própria obra narrada, o que pode ser continuado pelos sujeitos que, após a morte, realizam atos de leitura dessa narrativa, testemunhando com suas próprias vozes a relevância da vida que se teve e a importância de que permaneça ativa. Quanto à segunda teoria, a compreensão da irreduzibilidade da vivência jurídica, em contato com a realidade social, à titularidade de um direito e à inserção no raciocínio da relação jurídica permite que se construa como centro um dever de respeito à memória, enquanto síntese e experiência narrativizada da

pessoa humana. Tem-se, com isso, uma experiência que toma por foco de atenção todos os centros de possível imputação normativa, que inclui tanto os mortos quanto os vivos. Na proteção da memória do falecido (fundamento da tutela jurídica) frente aos danos póstumos surge uma situação jurídica totalizante que pode contemplar ambas as histórias de vida, configurada pelos impactos do contato entre identidades e pela importância dos atos de lembrança.

A pesquisa aqui empregada pertence à vertente jurídico-dogmática, pois busca compreender os conceitos e aplicações das normas jurídicas concernentes à tutela póstuma da pessoa, em conexão com a realidade sociocultural¹⁴. A investigação segue o tipo metodológico compreensivo-propositivo, pois serão abordadas e analisadas as normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico pátrio, buscando uma interpretação que garanta maior coerência à tutela das pessoas já falecidas e uma fundamentação jus-filosófica de seu conteúdo. Emprega-se perspectiva interdisciplinar quanto à investigação, pois adentrará em campo de conhecimento pertencente à filosofia. Vale-se, ainda, de metodologia qualitativa por meio de raciocínio indutivo-dedutivo, trabalhando com as bases normativas das matérias jurídicas ora em questão. A pesquisa afirma-se como teórica, de modo que o procedimento de comprovação das proposições formuladas se dará por meio da investigação de preceitos legais, textos doutrinários e científicos e entendimentos jurisprudenciais.

Esclarece-se, ainda, a necessidade de realização de um recorte temático, para melhor delimitação. Tendo em vista que o objeto de estudo se identifica com a tutela dos direitos da personalidade póstumos na qualidade de proteção de uma construção identitária do falecido, não serão abordados aspectos relativos à exploração econômica de tais direitos, por conter especificidades próprias, focando-se o trabalho nos aspectos extrapatrimoniais.

O percurso da pesquisa se inicia com a investigação da importância (ainda) presente das pessoas mortas no contexto social, para se encerrar em uma justificativa quanto à necessidade de sua tutela e o fundamento de sua proteção. E, em vista dessa proposta, o trabalho se dividirá em quatro momentos distintos, e a ordenação dos capítulos segue uma linha de desenvolvimento lógico do raciocínio a ser empregado.

O capítulo 1 serve como justificativa e contextualização dos problemas abordados, notadamente quanto ao fenômeno de persistência da pessoa falecida. Com isso, parte-se de uma identificação do morto como ser ainda presente no ambiente interativo social, explorando as

14 Todas as classificações metodológicas utilizadas neste parágrafo foram extraídas da obra (Re)Pensando a Pesquisa Jurídica. GUSTIN, Miracy B.S.; Dias, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Teoria e Prática. 4ª Edição. Del Rey: Belo Horizonte, 2013.

repercussões da revitalização das suas maneiras de existir. Nesse capítulo se abordarão as atitudes perante a morte e as formas pelas quais as ausências e presenças são interpretadas pelos atores sociais, finalizando com o entendimento do morto como ente pervasivo da sociedade contemporânea. Isso se dá em cotejo com as modificações sociais possibilitadas pelo fenômeno digital, trabalhando os sentidos distintos quantitativa e qualitativamente de preservação, concluindo com os impactos e potências do *online* em relação às representações presentes do morto realizadas pelas pessoas vivas.

O capítulo 2 investiga os encerramentos e continuidades da identidade do morto, visando entender se a permanência do falecido no contexto social permite caracterizá-lo como um ente dotado de identidade e/ou qualificável como pessoa. Serão trabalhadas teorias que não atribuem identidade ao morto – pela adoção de critérios continuístas de permanência, como é o caso da tese da terminação –; bem como outras abordagens que identificam a identidade do morto como ainda não encerrada. Conclui-se pela adequação de uma proposta de cunho narrativo, desenvolvida por Paul Ricoeur e aplicada ao contexto do falecido por Malin Masterton *et al.*, que supere a díade encerramento da identidade x continuação da identidade, em vista da ocorrência de um entrelaçamento entre sujeitos narrativos e da não separação de suas histórias.

Em sequência, o capítulo 3 investigará e produzirá o arcabouço jurídico-teórico da pesquisa, tendo como objetivo a apresentação crítica do panorama legal e das interpretações a serem adotadas quanto à proteção da pessoa falecida por meio da categoria dos direitos da personalidade *post mortem*. Inicialmente, a tutela da pessoa será explorada a partir do paradigma da relação jurídica, destacando como essa visão acarreta em uma escolha entre os direitos dos mortos ou direitos dos vivos. Em sequência, será apresentada uma resposta alternativa, por meio da abordagem da situação jurídica, tanto na sua ótica como centro de interesses, quanto na sua configuração como referencial e centro de imputação de direitos e deveres, conforme desenvolvida por Lúcio Antônio Chamon Júnior.

Por fim, o capítulo 4 busca justificar a situação jurídica como categoria apropriada para a defesa e proteção da personalidade *post mortem*, sendo concretizada a partir dos deveres que surgem para com o morto e da figura dos danos póstumos. Será desenvolvida a relação entre as noções de identidade e memória, chegando-se à ideia de deveres de memória e da necessidade de proteção do sujeito falecido, na dimensão do testemunho de sua existência e do sentido da história de uma vida, que merece ser narrada. Em sequência, será problematizada a existência da categoria jurídica dos danos póstumos, abordando em primeiro momento visões que entendem pela sua impossibilidade, em direção à duas outras interpretações: os danos

póstumos são lesões a interesses persistentes; os danos póstumos são violações dos deveres de respeito à memória, de três tipos – privacidade, veracidade e reconhecimento. Apresentados os elementos de fundamentação da proteção (jurídica) contra lesões, o trabalho conclui abordando exemplos práticos de potenciais danos póstumos, buscando desenvolver uma estratégia argumentativa que permita a avaliação da concretude da situação, particularmente quanto às pessoas legitimadas, o período temporal de proteção e a própria existência de um dano a ser remediado.

1 PERMANÊNCIA DOS MORTOS NA CONTEMPORANEIDADE

O percurso da pesquisa inicia-se com a investigação da presença dos mortos no ambiente social contemporâneo. Assim, uma primeira noção a que o texto deve tornar evidente é que se depreende do contexto atual uma permanência e persistência das pessoas falecidas na experiência cotidiana e fenomenológica, impactada por um mundo com novas possibilidades digitais. A discussão se trava, portanto, no campo da importância das pessoas falecidas no contexto cultural e de sua constância revitalizada no ambiente interativo-social.

1.1 A PESSOA FALECIDA ENQUANTO FENÔMENO SOCIAL PERSISTENTE

As atitudes perante a morte dos indivíduos – e o sentido que se dá à permanência ou desaparecimento do falecido do centro emocional e experiencial das pessoas vivas e da sociedade como um todo – não são unitárias e dependem da conformação de um contexto histórico por meio da qual as práticas podem ser entendidas e agrupadas.

E é nesse sentido que trabalhos no campo da história e da sociologia se esforçam para demonstrar a alta carga de culturalidade e de determinação histórico-social quanto ao papel que o morto assume perante seu contexto.

Tony Walter trabalha com três possíveis fatores dentre os quais os mortos persistem na sociedade, implicando em atitudes adotadas pelos vivos – tendo como pressuposição que a permanência dos mortos demanda trabalho ativo pelos vivos e pelo sujeito *pré-mortem* –, que consistem na transposição do morto para a dimensão da ancestralidade, na transposição da mortalidade para o imortal pela experiência religiosa, e na permanência no grupo social pela memória secularizada¹⁵.

Com isso, distinguem-se dois tipos de experiências culturais – e dois tipos de universos simbólicos – que a sociedade pode assumir: culturas de cuidado e culturas de memória. A cultura do cuidado assume a prevalência da figura do ancestral, pelo qual vivos e mortos cuidam uns dos outros por meio de trocas dinâmicas e pela vivência de papéis sociais; o sujeito falecido é venerado e interativo e, por meio de práticas rituais de troca, possui influência no futuro do grupo¹⁶.

Por outro lado, a cultura da memória assume a separação dos vivos para com os mortos, a partir do momento em que tudo que se pode fazer é lembrá-los com respeito e estima enquanto

¹⁵ WALTER, Tony. How the dead survive Ancestors, immortality, memory. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 19-39.

¹⁶ WALTER, Tony. How the dead survive Ancestors, immortality, memory. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 19-39.

uma-vez-membros do social. E a veneração ancestral é substituída pelo individualismo e secularização^{17 18}. Na visão do pesquisador, embora seja possível identificar, nos intervalos dessa divisão estanque, práticas paradoxais entre ambos os tipos culturais, a modernidade ocidental persiste com a marca de uma sociedade da memória, uma vez que não se dotaria o morto de grande agência na vida dos vivos, sendo possível escolher e selecionar quais mortos persistem. A partir disso a prática ritualística se perde, dando lugar a experiências pessoais e sentimentais, desconectadas do coletivo. O autor conclui, portanto, que as possibilidades de permanência do morto dependem das construções sociais desenvolvidas pelo mundo dos vivos¹⁹.

Destaca-se também o trabalho de Philippe Ariès que, por meio de análise histórica e antropológica, com estudo de fontes documentais, aborda quatro tipos de posturas diante da morte, a partir do desenvolvimento das *mentalités* (mentalidades), isso é, atitudes que caracterizam períodos de tempo²⁰.

Um primeiro modelo é o da “morte domada” (*tamed death*), mais apropriadamente relacionada com a antiguidade tardia e o período inicial da Idade Média, possibilitada pelas próprias condições materiais de existência da pessoa humana, que se configura na morte esperada e aceita, tendo em vista a familiaridade contextual com sua ocorrência, vulgarizada e demonstrada por meio de cerimônias públicas. E a mentalidade que predomina é a de comunitarização da morte, não interpretada a partir da subjetividade do próprio indivíduo a que se destina, mas anunciada e reconhecida pelo morto e pelos vivos²¹.

Em sequência, a partir do século XII, a morte deixa de ser familiar e passa a ser religiosa e individuada. A “minha morte” (*mine death*) aparece como o destino coletivo da

¹⁷ Uma outra dimensão de distinção entre essas culturas é o entendimento do fenômeno temporal e sua relação com a finalidade da vida. Nas sociedades de cuidado, o tempo é melhor entendido como cíclico, pelo que a identidade se encontra no grupo e não em si – que não se encerra com a morte. Já as sociedades de memória trabalham o tempo como linear, por meio da qual a identidade se dá com corpo e mente individuais, finitos com a morte do corpo. O tema da identidade pessoal retornará no capítulo 2 da dissertação. WALTER, Tony. How the dead survive Ancestors, immortality, memory. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 19-39. p. 31

¹⁸ “Memórias, em contraste, são construídas pelo indivíduo, em conversações compartilhadas nas famílias e nas práticas de todos os tipos de grupos; de forma que memória se torna a forma dominante de se engajar com o morto em uma sociedade secular, humanidade em vez de família ou comunidade religiosa constitui a população potencial dos mortos significativos” (tradução livre). No original: “*Memories, by contrast, are constructed by the individual, in shared conversation in families and in the practices of all manner of groups; in that memory becomes the dominant way to engage with the dead in a secular society, humankind rather than family or religious community constitutes the potential population of significant dead*”. WALTER, Tony. How the dead survive Ancestors, immortality, memory. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 19-39. p. 34

¹⁹ WALTER, Tony. How the dead survive Ancestors, immortality, memory. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 19-39. p. 33.

²⁰ ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

²¹ ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

espécie humana, assumindo caráter dramático a partir da preocupação com a particularidade dos indivíduos e de suas histórias biográficas no momento da morte e no momento de seu julgamento por uma instância última, pelo que se destaca o alto teor de religiosidade. Com isso, há uma mudança na relação da morte de cada indivíduo, à medida que toma consciência de que irá, a si mesmo, morrer, reconhecendo-se enquanto o próprio ser mortal. E com isso a identidade do defunto, e o significado religioso de sua vida e morte, tornam-se centros de preocupação, o que se demonstra pelas efígies, inscrições funerárias e representações visuais do julgamento do indivíduo²².

O movimento seguinte é o da “tua morte” (*thy death*) – que tem predominância nos séculos XVIII e XIX, mas que também apresenta manifestações esparsas no século XX –, em que a morte se romantiza e é vista como um ato de ruptura para com o outro, quebrando o paradigma da familiaridade e sendo demarcada pela lembrança e pela saudade. Assim, a própria ideia de morte comove o social e é excessiva e espontânea, tornando-se importante tanto o luto quanto o culto à presença e preservação além da morte; recordar é conferir imortalidade, estendendo o indivíduo à sociedade enquanto composta de vivos e de mortos²³.

Gradualmente, todavia, e notavelmente ao longo do século XVIII, há uma desaparecimento gradual da morte do mundo dos vivos, por meio do foco no corpo e no biológico. Com as ciências naturais, a morte se torna questão meramente orgânica²⁴, pelo qual o sentido de morrer se dá pela produção normativa da medicina. E na medida em que morrer é objeto das disciplinas do corpo individual, os rituais públicos e de cuidado coletivo com o morto dão lugar a manifestações solitárias, no campo do proibido. Uma certa era de morte secular no século XIX começa a surgir, impessoal, burocratizada e profissionalizante, com conceitos técnicos e operativos de funcionalidade, a ser tratada pela gestão pública e pela patologização da saúde²⁵.

Após tais modificações, inaugura-se a grande mentalidade do século XX, a “morte proibida” (*forbidden death*), configurada em um exponencial movimento de recusa da morte, apagada, desaparecida e interdita. Toma-se consciência sobre o caráter médico da mortalidade e esvazia-se a carga dramática, por meio da tentativa de evitar perturbação e emoção; não se

²² ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 49-64.

²³ ÀRIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 65-83.

²⁴ WOOD, William R.; WILLIAMSON, John B. Historical Changes in the Meaning of Death in the Western Tradition. In: BRYANT, Clifton D. *Handbook of death and dying*. V. 1. United States: Sage Publications, 2003. p. 14-23.

²⁵ WOOD, William R.; WILLIAMSON, John B. Historical Changes in the Meaning of Death in the Western Tradition. In: BRYANT, Clifton D. *Handbook of death and dying*. V. 1. United States: Sage Publications, 2003. p. 14-23

morre mais em casa, mas nas instituições médicas; não se tem a grande ação dramática de morrer, mas o apagamento gradual do sujeito²⁶.

A morte vira um tabu na esfera pública e o luto e demais manifestações de lembrança são patologizadas, na figura de um estado mórbido a ser rapidamente tratado e superado. E ao mesmo tempo que esse processo se inaugura, um movimento paradoxal é anunciado: a morte é suprimida e ao mesmo tempo comercializada, na medida em que se torna lucrativa, como demonstram as práticas de embalsamento e de publicização dos acontecimentos mortais.

Na estimativa de Ariès, apesar de cada atitude (ou melhor, coleção de atitudes) exibir uma postura distinta em relação à morte e ao morrer, essas mudanças também fazem parte de um gradual movimento no Ocidente, onde a morte tinha retrocedido dos públicos, visíveis e altamente estilizados rituais da antiguidade e da Baixa Idade Média em direção a um evento crescentemente privado, individuado e, em última análise, socialmente incipiente. Escondido da visão pública, e finalmente escondido do próprio morto, a morte acabou por se tornar incomunicável e incognoscível. Uma vez domada, o mundo moderno tinha, na estimativa de Ariès, tornado a morte selvagem²⁷. (tradução livre)

No século XX, a morte é proibida e evitada²⁸, configurada em um fenômeno do qual não se pode comentar e somente pode ser reconhecido e compreendido no campo privado e individual. E, se um novo relacionamento entre vivos e mortos começava a emergir, como evidenciavam as práticas de deslocamento da família para os cemitérios (antes localizados fora das cidades), o empoderamento das instituições tornou improvável a comunicação dos dois mundos, agora cuidadosamente separados.

No entanto, como William Wood e John Williamson reconhecem, experimenta-se nos últimos tempos um movimento de retorno à morte, que busca problematizar essa exclusão e distanciamento do fenômeno da morte²⁹. Dentro desse contexto, alguns pesquisadores trabalham com a noção da aparente presença contínua do falecido, mesmo que fisicamente ausente, e da continuidade do morto no centro de relações dos vivos.

²⁶ ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 84-97.

²⁷ No original: “*In Aries estimation, although each attitude (or rather loose collection of attitudes) exhibited a distinct posture toward death and dying, these shifts were also part of a larger gradual movement in the West, where death had receded from the public, visible, and highly stylized rituals of late antiquity and the early Middle Ages toward an increasingly private, individuated, and ultimately socially inchoate event.8 Hidden from public view, and finally even from the dying person him or herself, death had become ultimately unspeakable and unknowable. Once tame, the modern world had, in Aries’s estimation, rendered death wild.*” WOOD, William R.; WILLIAMSON, John B. Historical Changes in the Meaning of Death in the Western Tradition. In: BRYANT, Clifton D. *Handbook of death and dying*. V. 1. United States: Sage Publications, 2003. p. 14-23. p. 16.

²⁸ STEPHENSON, John S. *Death, Grief and Mourning: Individual and Social Realities*. New York: Free Press, 1985.

²⁹ WOOD, William R.; WILLIAMSON, John B. Historical Changes in the Meaning of Death in the Western Tradition. In: BRYANT, Clifton D. *Handbook of death and dying*. V. 1. United States: Sage Publications, 2003. p. 14-23. p. 22-23.

Avril Madrell trabalha com a relação dinâmica e condicional que pode ser estabelecida entre os termos “ausência” e “presença” quando atinente ao sujeito falecido. A experiência de ausência (estar ausente) é também tangível, podendo transmutar-se em presença, não apenas no sentido da consciência de que o falecido não mais se encontra, mas de continuidade presente a partir do trabalho feito entre a ausência física e a presença emocional, seja performativa ou material³⁰.

E nesse sentido, a morte é a ausência última, a que os vivos se esforçam para dar um sentido de presença continuada pelas relações sociais, materiais e topográficas. E o termo que melhor remete a essa compreensão e assunção do morto como morto, mas persistente nos relacionamentos e dia-a-dia dos vivos, é a de ausência-presença (*absence-presence*). Na medida em que as relações dinâmicas entre vivos e mortos dão agência e impacto ao falecido, este persiste nas qualidades representacionais (e mais que representacionais) de objetos materiais de memória e de espaços performativos de manifestação física³¹.

Em sentido semelhante, a teoria do enlutamento tem hoje privilegiado a noção de laços continuados (*continuing bonds*) como modo não patológico de lidar com o encerramento da vida de um ente querido. Continuar nas relações é dar um sentido narrativo concreto à presença do ausente, por meio da contínua integração entre memórias e narrativas biográficas de vida, persistentemente renegociadas para e pelos que permanecem, em um processo de reformação dos seus sentidos de autoidentidade³².

A ausência-presença e os laços continuados incorporam o sentimento de longevidade e permanência a que uma pessoa falecida pode ser dotado, o que pode se dar tanto pela prática material de associação de coisas e de locais à pessoa quanto pela performance de ainda-estar-presente, mesmo que em sentido diminuído. Resume a autora:

Contudo, aqui eu quero reforçar as fortes qualidades relacionais da ausência e da presença que podem ser experimentadas como resultado da morte de um outro significativo. Em vez de ser a consciência do que está ausente, é agora o morto ausente tendo continuidade de presença, sendo dada presença pela tensão relacional e experiencial entre a ausência física (não estar lá) e a presença emocional (um sentido de ainda estar lá), isto é, a ausência-presença é maior do que a soma de suas partes. [...] E não são apenas os marcadores representacionais materiais e textuais, mas também as performances e práticas em volta desses espaços marcados que dão sentido aos e expressam os laços continuados, e que dão um senso de relacionamento em progresso com o falecido; os padrões repetidos da prática, que evidenciam fluxos de

³⁰ MADRELL, Avril. Living with the deceased: absence, presence and absence-presence. In: *Cultural Geographies*, 20(4), p. 501–522. DOI: 10.1177/1474474013482806.

³¹ MADRELL, Avril. Living with the deceased: absence, presence and absence-presence. In: *Cultural Geographies*, 20(4), p. 501–522. DOI: 10.1177/1474474013482806.

³² MADRELL, Avril. Living with the deceased: absence, presence and absence-presence. In: *Cultural Geographies*, 20(4), p. 501–522. DOI: 10.1177/1474474013482806.

emoção e afetação que podem ser reconhecidos como indicativos de ocupar-se com o morto³³. (tradução livre)

Dentro dessa perspectiva, Annika Jonsson assevera que a ausência-presença é o processo de dar sentido a locais e objetos do falecido, por meio de recursos materiais e simbólicos. O morto é dotado de um determinado local de memória, construído pelos vivos, pela qual se internaliza o sujeito morto dentro do próprio *self*. Tais locais de memória são então vistos como constituintes da pessoa ausente e essenciais para sua perpetuação³⁴.

Todavia, isso não é feito em descompasso com a realidade: a experiência da presença pela memória é acompanhada da recordação sempre constante de que o sujeito não mais se encontra. Os processos de subjetivação dos locais de memória são formados tanto pelas atitudes das pessoas antes de morrer quanto pelos novos sentidos que lhe são atribuídos, após a morte, pelos vivos³⁵.

A morte no mundo contemporâneo é, então, um problema de sentido³⁶, a partir do momento em que a morte não é totalmente um tabu, mas continua sequestrada pela privatização e subjetivação de sua experiência, o que termina por ressaltar as crescentes considerações dos indivíduos pela sua própria morte e das demais pessoas próximas.

Trabalhando sobre um conceito originalmente pensado por Ruth Richardson, Tina Davey elucida a vivência contemporânea como marcada por uma certa cultura da morte (*death culture*), isso é, uma noção intuitiva e pré-reflexiva de que os mortos merecem ser tratados com respeito, como se pessoas ainda fossem, mesmo que não possuam mais existência física. Isso transparece, por exemplo, no tratamento do falecido como o ser que era em vida e não como o ser que agora é – um cadáver. E essa cultura da morte, por sua vez, recebe contribuições não só

³³ No original: “However, here I want to stress the stronger relational qualities of absence and presence that can be experienced as a result of a death of a significant other. Rather than being the consciousness of what is absent, it is the now absent deceased having continuity of presence, being given presence through the experiential and relational tension between the physical absence (not being there) and emotional presence (a sense of still being there), i.e. absence-presence is greater than the sum of the parts. [...] It is not only the material and textual – representational – markers, but also the performances and practices around these marked spaces that signify and express continuing bonds, and that give a sense of ongoing relationship with the deceased; the repeated patterns of practice, evidencing flows of emotion and affect that can be recognized as indicative of dwelling with the deceased”. MADRELL, Avril. Living with the deceased: absence, presence and absence-presence. In: *Cultural Geographies*, 20(4), p. 501–522. DOI: 10.1177/1474474013482806. p. 514.

³⁴ JONSSON, Annika. Materializing Loss and Facing the Absence-Presence of the Dead. In: HOLMBERG, Tora (Org.); JONSSON, Annika (Org.); PALM, Fredrik (Org.). *Death Matters: Cultural Sociology of Mortal Life*. Palgrave Macmillan, ISBN 978-3-030-11484-8, p. 25-44.

³⁵ JONSSON, Annika. Materializing Loss and Facing the Absence-Presence of the Dead. In: HOLMBERG, Tora (Org.); JONSSON, Annika (Org.); PALM, Fredrik (Org.). *Death Matters: Cultural Sociology of Mortal Life*. Palgrave Macmillan, ISBN 978-3-030-11484-8, p. 25-44.

³⁶ MELLOR, Phillip A. Death in high modernity: the contemporary presence and absence of death. In: *The Sociological Review*. Volume: 40 issue: 1, p. 11-30. Issue published: May 1, 1992.

das pessoas vivas, que ativamente participam em processos de rememoração, mas também das atitudes daqueles que não mais estão vivos³⁷.

Catherine Exley fornece, por meio de pesquisa empírica com pessoas em *hospices*, uma importante contribuição ao ressaltar como as pessoas que estão próximas da morte se investem em um processo de coautoria quanto aos capítulos finais de suas próprias vidas, buscando criar um ambiente para si após o fim. Com isso, não apenas os sobreviventes negociam identidades e lugares para os mortos – por meio de práticas para si, mas também com o meio social, por meio da comunicação –, como os próprios sujeitos assim o fazem³⁸.

E o que esse processo demonstra é que a vida social persiste, ou tem pretensões de persistir, mesmo após o fim da vida biológica³⁹. Morrer, assim, não é estar por todo ausente da preocupação atual dos atores sociais, permanecendo certos papéis sociais, funções na vida dos vivos, e identidades individuais afetadas pelo evento morte.

O que permanece após a morte não é uma página vazia sobre a qual os sobreviventes escrevem os “últimos capítulos” do falecido; em vez disso parece que o moribundo conscientemente deixa fragmentos de suas autoidentidades para que os outros os apreendam e os elaborem no processo de continuar construindo suas identidades póstumas. Contribuir dessa maneira à memória de alguém sugere uma esperança de que a “vida social” será mantida mesmo após a morte biológica. [...] Apesar de ser, em último lugar, os vivos que determinam a extensão pela qual o morto tem “vida social” após a morte, eu sugiro que os próprios moribundos consideram suas identidades póstumas. Eles ativamente se engajam e contribuem para o processo de formação de memória ao deixar pistas e sinais, na esperança que os vivos delas se apropriem à medida que continuam a negociar um local no futuro para o falecido. [...] Claramente a tarefa de finalizar e polir o último capítulo do indivíduo é responsabilidade dos enlutados. No entanto, eles não o escrevem em uma folha de papel em branco; o moribundo deixa para trás uma primeira versão a ser melhor elaborada para o futuro⁴⁰. (tradução livre)

³⁷ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

³⁸ EXLEY, Catherine. Testaments and memories: Negotiating after-death identities. In: *Mortality*. Vol. 4, Issue3, p. 249-267, DOI: 10.1080/713685981.

³⁹ EXLEY, Catherine. Testaments and memories: Negotiating after-death identities. In: *Mortality*. Vol. 4, Issue3, p. 249-267, DOI: 10.1080/713685981.

⁴⁰ No original: “*What remains after death is not an empty page upon which survivors write the deceased’s ‘last chapters’, rather it would seem that the dying consciously leave behind fragments of their self-identities which they hope others will pick up and elaborate on in order to continue the process of constructing their after-death identities. Contributing to one’s memory in this way suggests a hope that ‘social life’ will be maintained even after biological death. [...] Although it is ultimately the living who determine the extent to which the deceased has ‘social life’ after death, I suggest that dying individuals themselves envisage their own post-mortem identity. They actively engage in contributing to the process of memory making, by leaving behind prompts and cues which they hope survivors will draw upon as they continue to negotiate a place in the future for the deceased. [...] Clearly the tasks of finalizing and ‘polishing’ the individual’s last chapter are ultimately the responsibility of the bereaved. However, they do not begin to write the deceased’s last chapters on a blank sheet of paper; rather the dying themselves leave behind a draft version to be built upon in the future*”. EXLEY, Catherine. Testaments and memories: Negotiating after-death identities. In: *Mortality*. Vol. 4, Issue3, p. 249-267, DOI: 10.1080/713685981. p. 252-264.

Tais achados desafiam a noção da morte como fim da agência do sujeito e a identificação estanque entre identidade e corpo [biologicamente vivo], permitindo pensar-se em identidades desincorporadas (*disembodied*)⁴¹.

Tony Walter defende que a agência dos mortos vai além da potência dos vivos em coletivamente relembrá-los. Agência, aqui, não no sentido de intencionalidade, mas no de causalidade, na medida em que o ser morto ainda produz efeitos no mundo dos vivos. Com isso, produz-se um movimento dúplice de silenciamento e vocalização dos falecidos, visto que a modernidade ocidental, ao mesmo tempo em que silencia os mortos, também os tem como agentes com crescente presença social; é a tensão, portanto, do romantismo de permanência da tua morte de Ariès e o modernismo de deixar para trás e esquecer⁴².

Com os avanços nas tecnologias de comunicação, a linha que separa os polos se torna tênue, não sendo possível identificar movimentos de silêncio que em alguma medida não sejam compensados pelo escape das vozes, ainda que a sociedade ocidental tenha esforços no sentido de excluir a possibilidade de troca e reciprocidade entre vivos e mortos, deixando a memória como uma via de mão única de contato⁴³.

Embora não trabalhando sobre o paradigma da agência póstuma, Guy Brown discute as possibilidades de uma sobrevivência memética do sujeito – composta por unidades autônomas de herança cultural –, que consistiria na continuidade por meio da reprodutibilidade das memórias: o *self* seria composto de comportamentos, atitudes e ideias que, por si, podem ser transferidos e transmitidos culturalmente, de forma que certos componentes da mente podem ser vistos como sobrevivendo⁴⁴. Para o autor, sobreviver não é uma questão de fato [e de estrutura física], mas uma questão de cultura, que depende do que se considera que conta

⁴¹ EXLEY, Catherine. Testaments and memories: Negotiating after-death identities. In: *Mortality*. Vol. 4, Issue3, p. 249-267, DOI: 10.1080/713685981. p. 261.

⁴² WALTER, Tony. Voices and silences of the dead. In: PANAGIOTOPOULOS, Anastasios (Org.); ESPÍRITO SANTO, Diana (Org.). *Articulate Necrographies*. Comparative Perspectives on the Voices and Silences of the Dead. New York, Oxford: Berghahn, 2019. p. 17-39.

⁴³ “E da mesma forma que objetos inanimados podem ser agentes causais, assim também os efeitos das ações humanas podem sobreviver aos seus agentes, como os historiadores claramente reconhecem. [...] Assim pode haver mais na presença social dos mortos do que a (altamente potente) agência dos vivos em coletivamente relembrá-los, (re)construindo suas histórias, e mais cedo ou mais tarde esquecendo-os; em certas circunstâncias, até mesmo hoje, parece que os mortos podem exercer agência sobre os vivos” (tradução livre). No original: “*And just as inanimate objects can be causal agents, so the effects of human actions can outlive the agent, as historians clearly acknowledge [...] Thus there can be more to the dead’s social presence than the (highly potent) agency of the living in collectively remembering them, (re)constructing their history, and sooner or later forgetting them; in certain circumstances, even today, it seems that the dead too can exert agency on the living.*” WALTER, Tony. Voices and silences of the dead. In: PANAGIOTOPOULOS, Anastasios (Org.); ESPÍRITO SANTO, Diana (Org.). *Articulate Necrographies*. Comparative Perspectives on the Voices and Silences of the Dead. New York, Oxford: Berghahn, 2019. p. 17-39.

⁴⁴ BROWN, Guy. The future of death and the four pathways to immortality. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 40-56.

como uma entidade sobrevivente, o que por si possibilita modos de identificação com apenas partes de um ser já ausente⁴⁵.

Quanto à perpetuação de identidades, Catherine Exley descreve como os indivíduos em processo de morte tinham a capacidade de se ver como existindo fora do corpo, permitindo um sentido mínimo de continuidade⁴⁶. E com essa dissociação entre identidade pessoal e identidade corpórea, ao moribundo se abre a possibilidade de que sua história seja continuamente escrita por seus entes queridos após seu falecimento.

Elizabeth Hallam et. al questionam a necessariedade da relação entre *selves* e corpos, a partir do momento em que a morte desafia a continuidade biográfica e os sentidos de sua transformação enquanto identidade social presente daquelas pessoas que ainda possuem uma influência potente e vital na sociedade. A intercessão entre self e corpo não seria binária, e sim marcada pelas intercessões: socialmente e biologicamente vivo; socialmente e biologicamente morto; socialmente morto e biologicamente vivo; socialmente vivo e biologicamente morto⁴⁷.

O que isso demonstra é que não se diferencia com tanta facilidade e finalidade vida e morte no campo das práticas culturais, e por mais que seja esperado que o morto não seja mais um participante da comunidade – existindo apenas pelo período de lembrança –, a mistura entre as intercessões causa reações de desconforto e de não aceitação, de revolta, de patologização e de marginalização do morto⁴⁸. E os pares marginalizados “socialmente morto e biologicamente vivo; socialmente vivo e biologicamente morto” permitem explorar o caráter coletivo e intersubjetivo da identidade.

Sentidos sociais de agência e presença podem ser construídos para os entes que não possuem um corpo vivo, e mesmo assim apresentam uma influente presença social,

⁴⁵ “Todavia, se nós acreditamos que o *self* é composto de comportamentos aprendidos, crenças, ideias etc., que se modificam no transcorrer da vida, então podemos estar abertos à ideia de que partes de nosso *self* são transferidas ou se reproduzem via transmissão cultural. [...] Então a questão se sobreviver por meio de nossos corpos ou mentes ou genes ou memes conta como “realmente” sobreviver depende de nós “realmente” pensarmos que essas entidades sobreviventes são nossas, e se nós “realmente” sentimos que isso conta como sobrevivência, e não se “na realidade” nós sobrevivemos por esses meios” (tradução livre). No original: “*However, if we believe that the self is composed of learnt behaviours, beliefs, ideas, etc., that change throughout life, then we may be open to the idea that parts of the self are transferred or reproduced via cultural transmission. [...] So whether surviving via our bodies or minds or genes or memes counts as ‘really’ surviving depends on whether we ‘really’ think of those surviving entities as ours, and whether we ‘really’ feel that it counts as survival, not whether ‘in reality’ we survive by these means.*” BROWN, Guy. The future of death and the four pathways to immortality. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 40-56. p. 55.

⁴⁶ EXLEY, Catherine. Testaments and memories: Negotiating after-death identities. In: *Mortality*. Vol. 4, Issue3, p. 249-267, DOI: 10.1080/713685981. p. 262.

⁴⁷ HALLAM, Elizabeth et al. *Beyond the Body: Death and social identity*. United States: Routledge, 1999.

⁴⁸ HALLAM, Elizabeth et al. *Beyond the Body: Death and social identity*. United States: Routledge, 1999.

demonstrando um aspecto de socialidade que foge à estrita corporalidade nas práticas dos membros de determinadas comunidades e localidades:

Biografias diacronicamente desdobradas colapsam e se condensam em reconciliações, eulogias, reminiscências, relacionamentos com túmulos e na juntada e subsequente dispersão de anedotas, roupas e memorabilia. Holisticamente e sincronicamente, fragmentos da identidade pessoal podem ser juntados, peneirados e recompostos. Aquilo que é deixado não dito ou não expressado, aquelas identidades inteiras que se provam irrecuperáveis, constituem silêncios perturbadores que ressoam poderosamente em uma sociedade na qual a continuidade biográfica do indivíduo é de grande prioridade. [...] Uma vez que o relacionamento entre corpo e autoidentidade se torna radicalmente desestabilizado, como os dados presentes aqui mostram, podemos engajar com uma socialidade mais profunda que vai além do corpo. E, ao fazer isso, privilegiar a morte biológica como ponto final que os membros da sociedade não podem se desviar, torna-se questionável. [...] Para indivíduos enlutados, para diretores funerários, embalsamadores, legistas, advogados e o clero, o corpo, o túmulo, o testamento e a cadeira vazia podem formar poderosas invocações de pessoas de corpo completo, ainda que ausentes⁴⁹. (tradução livre)

Em estudos anteriores⁵⁰, as mesmas autoras trabalham como os recursos culturais usados para regenerar e gerar memórias dos falecidos, integrados no cotidiano, são notáveis em sua materialidade, por processos de ritualização que criam *links* entre tempos, espaços e pessoas distintas. A dimensão da memória e da lembrança é o que permite situar fora da imediatidade e evoca continuidade; fazer memória é evocar ausência, perceber as lacunas que restam nas práticas para reconfiguração das conexões sociais que existiam, tornando o passado presente, de forma transformada e intensificada. E nisso consiste a prática de agência póstuma – a memória do morto que age sobre os vivos.

Ritualização, conforme empregado pelas autoras, não se confina a rituais públicos e institucionalizados, mas perpassa condutas cotidianas da vida, fazendo referência às diferentes representações da morte pela multiplicidade de práticas. E a conformação dessas formas, mediadas pelo simbólico e por sistemas materiais de lembrança – como objetos e locais – permite reconfigurar as conexões sociais pré-existentes e mantê-las ao longo do tempo⁵¹. A

⁴⁹ No original: “*Diachronically unfolding biographies collapse and condense in parting reconciliations, eulogies, reminiscence, graveside relationships and the gathering and subsequent dispersal of anecdotes, clothing and memorabilia. Holistically and synchronically, fragments of personal identity may be gathered, sifted and recast. That which is left unsaid or unexpressed, those entire identities which prove irrecoverable, constitute disturbing silences which resonate powerfully within a society where the biographical continuity of the individual is afforded high priority. [...] Once the relationship between body and self-identity becomes radically destabilised, as in the data presented here, we can begin to engage with a deeper sociality which goes beyond the body. And in so doing, the privileging of biological death as an end point beyond which society’s members may not stray, becomes questionable. [...] For bereaved individuals, for funeral directors, embalmers, coroners, solicitors and the clergy, the corpse, the grave, the will and the empty armchair can form powerful evocations of full-bodied if absent persons*”. HALLAM, Elizabeth et al. *Beyond the Body: Death and social identity*. United States: Routledge, 1999

⁵⁰ HALLAM, Elizabeth; HOCKEY, Jenny. *Death, Memory and Material Culture*. New York: Berg, 2001.

⁵¹ “Lambek e Antze argumentam que relembrar é performar um ato – ‘de comemoração, de testemunho, de confissão, de acusação’ (1996: xxv) – e, como uma prática ou performance, tais atos localizam indivíduos tanto temporalmente quanto espacialmente em relação àquilo que de outra forma estaria apartada das imediatidades do

morte, portanto, instiga e demanda atos de memória que, ao mesmo tempo em que são difíceis de serem sustentados, são dinâmicos quanto à mutabilidade de seus sentidos, o que permite que a presença da pessoa possa ser experimentada como se estivesse em outro local, dotando a memória (e o morto) de grande grau de fisicalidade e existência contínua como centro de preocupação⁵².

Dessa forma, conforme Avril Madrell, outros mecanismos de preservação do sujeito podem ser dotados de sentidos de manifestação [até mesmo física] do falecido, na medida em que se tornam agentes por meio dos locais de memória formados⁵³. A ausência-presença do falecido é vivenciada nas manifestações dinâmicas pelas quais os vivos encontram uma maneira de viver sem-com o falecido, na combinação de representações espaciais, formas materiais e práticas performativas de continuidade afetiva.

Diante do contexto social apresentado, a compreensão habitual da morte sequestrada e proibida é repensada a partir de um processo de integração do morto na vida cotidiana. As atitudes, tanto coletivas quanto individuais, de representação do morto desafiam a sua separação da sociedade, formando um novo tipo de discurso quanto a sua presença.

Desponta-se, conforme aponta Tony Walter, uma quinta mentalidade, a dos “mortos perversivos”, que não substitui as anteriores, mas as suplementa. A partir de estudos antropológicos quanto ao fenômeno dos mortos, o autor defende que a secularização social e as *affordances* da *social media* permitiram que o morto perpassasse a sociedade, com as práticas

aqui e do agora. Práticas de memória forjam conexões e têm significantes repercussões sociais. Nisso estão os seus poderes, que constituem tanto um recurso quanto uma ameaça. [...] A construção de contínuo parentesco com o morto não pode ser relegado às margens das esferas ocupadas pelas ‘reais’ relações sociais, uma vez que uma se emenda na outra continuamente (Simpson 1998). [...] Aqui estão tentativas imaginadas de lembrar o morto, de manter sua presença social e de reintegrar suas memórias no fluxo da vida em andamento.” (tradução livre). No original: “*Lambek and Antze argue that to remember is to perform an act – ‘of commemoration, of testimony, of confession, of accusation’ (1996: xxv) – and as practice or performance, such acts locate individuals both temporally and spatially in relation to that which is otherwise set apart from the immediacies of here and now. Memory practices forge connections and have significant social repercussions. Therein lies their power, one that can constitute both a resource and a threat. [...] The construal of continuous kinship with the dead cannot be relegated to the margins of spheres occupied by ‘real’ social relationships in that the two splice into one another continually (Simpson 1998). [...] Here there are imaginative attempts to remember the deceased, to maintain their social presence and to reintegrate shifting memories of them into the flow of ongoing lives.*” HALLAM, Elizabeth; HOCKEY, Jenny. *Death, Memory and Material Culture*. New York: Berg, 2001. p. 181.

⁵² HALLAM, Elizabeth; HOCKEY, Jenny. *Death, Memory and Material Culture*. New York: Berg, 2001.

⁵³ “A morte é a última ‘ausência’, mas uma que os enlutados raramente podem totalmente compreender em suas ramificações, no termo imediato. De fato, muitos enlutados continuam a experimentar um forte sentido de presença do morto ausente em suas vidas, e trabalham para dar, marcar, e insistir na presença do falecido em relações sociais mais largas, no material topográfico de suas coisas e no ambiente social ampliado” (tradução livre). No original: “*Death is the ultimate ‘absence’, but one that the bereaved can rarely fully comprehend in all its ramifications, in the immediate term. Indeed, many bereaved people continue to experience a strong sense of the presence of the absent deceased in their lives, and work to give, mark, and insist on, the presence of the deceased in ongoing wider social relations, the material topography of the home and the wider environment.*” MADRELL, Avril. Living with the deceased: absence, presence and absence-presence. In: *Cultural Geographies*, 20(4), p. 501–522. DOI: 10.1177/1474474013482806. p. 505.

privadas sendo cada vez mais publicizadas. As tecnologias de comunicação permitem que o morto fisicamente distante esteja presente, não em sua fisicalidade, mas em sua ideia, pela ubiquidade das formas de memorialização⁵⁴.

Conclui-se, conforme o autor, que “[n]essa formação cultural, os humanos pós-modernos marcham em direção ao futuro conectados e enriquecidos pelos, e não desvencilhados de, seus (diversos) passados e seus mortos”⁵⁵. E os avanços tecnológicos que permitem a persistência do morto são objeto de análise da próxima seção.

1.2 O FALECIDO, O FENÔMENO DIGITAL E AS POSSIBILIDADES DE SUA PRESERVAÇÃO

Tony Walter, empregando método de investigação histórica a respeito da permanência da figura do morto em diversos contextos culturais, apresenta a conclusão de que a natureza e extensão da presença social das pessoas falecidas em dada sociedade dependem em grande medida das tecnologias informacionais e comunicativas que estão disponíveis para aquele contexto. Essas tecnologias não atuam como determinantes dessa presença continuada, mas elencam possibilidades concretas⁵⁶.

Não só isso, as tecnologias comunicacionais têm uma influência direta na legitimação e reconstrução que o grupo social, ou até mesmo a pessoa falecida, quando ainda viva, faz daquele ente em específico, criando interações e perpetuando relacionamentos pré-existentes, desde práticas orais até digitais.

A tecnologia, assim, pode ser entendida como possibilitadora de interações e comunicações entre os sujeitos, oferecendo oportunidades que não são existiriam em caso de sua ausência.

A investigação da tecnologia enquanto meio de interação e de posicionamento entre sujeitos ou entre sujeitos e tecnologias se comunica com o trabalho de Mikael Wiberg, na perspectiva do que denomina de Sociedade da Interação⁵⁷. Entende o autor que o momento atual do desenvolvimento das pesquisas alerta para uma transição de uma sociedade focada no

⁵⁴ WALTER, Tony. The Pervasive Dead. In: *Mortality*. Vol. 24, p. 389-404, 2019. doi: 10.1080/13576275.2017.1415317

⁵⁵ No original: “*In this cultural formation, postmodern humans march into the future connected to and enriched by, not detached from, their (diverse) pasts and their dead*”. WALTER, Tony. The Pervasive Dead. In: *Mortality*. Vol. 24, p. 389-404, 2019. doi: 10.1080/13576275.2017.1415317. p. 395.

⁵⁶ WALTER, Tony. Communication media and the dead: from the Stone Age to Facebook. In: *Mortality*. Vol. 20, n. 3, 2015, p. 215-232

⁵⁷ WIBERG, Mark. Introduction: the emerging interaction society. In: *The interaction society: practice, theories and supportive technologies*. London: Information Society, 2005, pp. 1-26

armazenamento e processamento de dados, transações e informações para uma preocupação com o fluxo natural de redes de conexão que sustentam a organização complexa da sociedade.

Em sua visão, uma nova camada digital emerge dentro da sociedade atual, suportando diversas atividades humanas que só são possibilitadas por avanços na capacidade tecnológica. Essas novas tecnologias habilitam a interação entre pessoas (por meio de tecnologias de comunicação – trocas de informações – e de colaboração – organização em torno de algo comum –) a se dar de novas maneiras, em razão da preocupação atual das tecnologias em permitir a manutenção do contato social das pessoas.

Nesse sentido, a percepção da sociedade da interação demonstra uma modificação geral em diversas áreas que são influenciadas pelas tecnologias desenvolvidas e que, por sua vez, influenciam no avanço de novas possibilidades. O foco nas tecnologias que permitem interações, comunicações e colaborações assume o papel de potencializar contextos sociais até então impossíveis de serem propostos.

E cada vez mais o contato com traços pessoais de pessoas falecidas se torna presente no contexto digital. As redes sociais são povoadas com perfis de pessoas falecidas, que continuam socialmente ativas⁵⁸. O Facebook, por exemplo, permite que a conta de um usuário seja gerenciada por um administrador, escolhido em vida pelo titular, tendo poderes para realizar novas postagens e adicionar novos amigos⁵⁹. Isso faz com que as pessoas continuem a ter contato social com as imagens da pessoa falecida, o que pode gerar a sensação de desconforto e inquietação quanto à permanente presença daquela identidade virtual ainda ativa.

A esses traços pessoais que permanecem após a morte, parte da literatura especializada tem denominada de restos digitais (*digital remains*), uma nomenclatura que busca evitar a preponderância dos aspectos jurídicos e intergeracionais de termos como *digital assets* (bens digitais) e *digital legacy* (herança digital)⁶⁰, ao mesmo tempo em que permite uma aproximação com a ideia de proteção do sujeito, por meio da metáfora da proteção de seus restos mortais,

⁵⁸ Em pesquisa realizada em 2012, foi estimado que 30 milhões de usuário da rede social Facebook já teriam morrido. AMBROSINO, Brandon. Como as redes sociais estão mudando nossa maneira de lidar com a morte. *BBC Brasil*. 21 mar. 2016. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_vert_fut_facebook_mortos_ml>. Acesso em 11 abr. 2020.

⁵⁹ HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020. p. 168. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523/350>. Acesso em 13 abr. 2020.

⁶⁰ MORSE, Tal; BIRNHACK, Michael. Digital Remains: the user's perspective. In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 107-126.

presentes no ambiental virtual⁶¹. E tais restos podem ser configurados das mais diversas formas, mas têm como padrão a característica de constituírem dados que representam o falecido [de quaisquer formas possíveis, tais como imagens, escritos, registros etc.] e que persistem no mundo digital mesmo após sua morte.

Nikolaus Lehner trabalha com a noção de que os avanços nas tecnologias de comunicação e informação permitem concluir por uma tentativa da sociedade em buscar a cessação do fenômeno morte por meios tecnológicos. O fenômeno do morrer perde um pouco de sua significância⁶²; tem-se, de uma certa maneira, a perpetuação da existência humana, em uma dimensão algorítmicamente programada, que dependerá das formas pelas quais os dados pessoais são apropriados pelos programas disponíveis na realidade digital⁶³.

Patrick Stokes também desenvolve essa perspectiva, dizendo que as tecnologias sempre auxiliaram no fenômeno da preservação da individualidade por muito tempo após a morte, e acrescenta que existe uma camada recente de *embodiment* e persistência do falecido no contexto social não antes experimentada, em especial com a permanência das atividades nas redes sociais⁶⁴.

De maneira semelhante, Alexandra Sherlock explora a noção de que o fascínio, presente em diversos contextos sociais, com a imagem das pessoas falecidas ganha novas dimensões com os avanços da tecnologia, que permitem entender pela maior permanência dessas pessoas como agentes sociais, seja por meio da indústria lucrativa que é formada pela exploração de relacionamentos para-sociais – relacionamentos que ocorrem quando alguém representado em uma mídia é entendido como um agente conversacional –, seja pela própria fascinação com as representações visuais do morto. Existiria um aspecto de perpetuação do indivíduo, que é alcançado pelo valor representacional das imagens⁶⁵.

⁶¹ 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>. p. 245.

⁶² “A realidade da morte e, mais importante, a realidade de nossa própria morte e de nossos entes queridos, estranhamente perde uma parte de seu significado nesse ambiente midiático. As imagens da morte sobrepõem a imaginação da morte” (tradução livre). No original: “*The reality of death and foremost, the reality of our own personal death and the death of our loved ones, strangely loses some of its significance because of this media environment. The images of death overwrite the imagination of death.*” LEHNER, Nikolaus. The work of the digital undead: digital capitalism and the suspension of communicative death. In: *Continuum*. Vol. 33, n. 4, p. 475–488, DOI: 10.1080/10304312.2019.1627289. p. 479.

⁶³ LEHNER, Nikolaus. The work of the digital undead: digital capitalism and the suspension of communicative death. In: *Continuum*. Vol. 33, n. 4, p. 475–488, DOI: 10.1080/10304312.2019.1627289.

⁶⁴ 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>

⁶⁵ SHERLOCK, Alexandra. Larger Than Life: Digital Resurrection and the Re-Enchantment of Society. In: *The Information Society: An International Journal*. Vol. 29, Issue 2, p. 164–176. DOI: 10.1080/01972243.2013.777302. p. 165–166, 174

Quanto a isso, tecnologias representacionais, em particular, oferecem uma vida após a morte, uma vida simbólica em que a representação pode atuar como substituto para a pessoa no evento de sua ausência física – uma imortalidade simbólica. [...] as cruas imagens de famosos mortos como fantoches podem não ser nada mais que cúmplices de corporações que existem para fazer dinheiro em sociedades capitalistas tardias. Embora essa observação seja factualmente verdadeira [...], sem a capacidade destas de prender a atenção do público, fascinar e, de fato, encantar, investimentos financeiros nesses processos tecnológicos seriam desperdiçados⁶⁶. (tradução livre)

As novas tecnologias assumem, com isso, um papel de agregação à importância da identidade pessoal em contextos *post mortem*, impactando a percepção do morto no contexto social e econômico e na maneira pela qual se constata a disseminação de sua personalidade com o objetivo de perpetuar sua existência.

O campo de estudo dessa permanência do morto na realidade social, em muito possibilitada pelas novas *affordances digitais*, apesar de bem recente, já vêm sendo extensivamente pesquisado, destacando-se nesse ponto as pesquisas que envolvem a imortalidade digital (*digital immortality*), que trabalha tanto na perspectiva dos falecidos (como estes sobrevivem), quanto dos vivos (relacionamentos que são desenvolvidos, receio de uma nova perda, possibilidades de exploração digital)⁶⁷.

Carl Öhman e Luciano Floridi problematizam a criação de uma indústria dos falecidos – “Indústria do Pós-Vida Digital” (*Digital Afterlife Industry*) –, que já movimentava expressivas cifras monetárias e se insere dentro de um contexto maior de comercialização industrial das pessoas mortas em contextos de internet e de redes sociais⁶⁸. A presença da imagem dessas pessoas é predominante em plataformas comerciais, que exploram as potencialidades econômicas que advêm de sua exposição, o que acaba por criar uma indústria em torno dessa exploração, coisificando aspectos da vida humana.

Essa Indústria do Pós-Vida abarca diversos tipos de serviços, buscando contemplar todos os aspectos interacionais que se pode adotar perante uma pessoa falecida. Há aqueles que ajudam o usuário a dar um destino póstumo adequado para seus bens digitais, disponibilizando

⁶⁶ No original: “*In this regard, representational technologies in particular offer a life after death, a symbolic life in which the representation can act as a substitute for the person in the event of their physical absence—a symbolic immortality. [...] the crude, puppet-like images of famous dead people may be nothing more than shills for corporations that exist to make money in late capitalist economies. While this observation is undoubtedly factually true [...], without their capacity to hold the public’s attention, to fascinate and indeed enchant, financial investment in these technological processes would be wasted*”. SHERLOCK, Alexandra. Larger Than Life: Digital Resurrection and the Re-Enchantment of Society. In: *The Information Society: An International Journal*. Vol. 29, Issue 2, p. 164-176. DOI: 10.1080/01972243.2013.777302. p. 165-166, 174.

⁶⁷ Para mais estudos acerca da noção de imortalidade digital, cf: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. United States: Routledge, 2017.

⁶⁸ ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry. In: *Minds and Machines*. Vol. 27, 2017, p. 639-662. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-017-9445-2>

uma forma de testar virtualmente (geralmente por modelos *start-up*, como das empresas *Everplans* ou *Passwordbox.com*). Há também modelos de negócios baseados em permitir o envio após a morte de mensagens para destinatários específicos, disparado pela falta de acesso da pessoa que configura o sistema (por exemplo, aquele que contratou o serviço não responde a um *e-mail* que objetivava confirmar se ainda estava vivo). Uma outra possibilidade diz respeito aos memoriais e serviços funerários *online*, em que se disponibiliza um espaço virtual para a prática da lembrança e do luto⁶⁹. Nesses locais, patrocinados por empresas que em sua maioria cobram para mantê-los no ar, “[u]suários (familiares ou amigos enlutados) muitas vezes fazem *upload* de fotos, vídeos e outras formas de entidades informacionais, que funcionam como uma espécie de cova digital”⁷⁰ (tradução livre).

Os serviços que exploram com maior ênfase a dimensão informacional do sujeito apostam na sua recriação pelo uso de seus dados pessoais. Acessando os rastros digitais da pessoa, os algoritmos desenvolvidos têm a pretensão de replicar o comportamento social do falecido, gerando com isso mensagens inéditas. É o caso, por exemplo, da empresa *Eter9*, que usa inteligência artificial para criar um duplo do usuário⁷¹.

Patrick Stokes apresenta outro programa em desenvolvimento no mesmo sentido:

A ideia é, bem explicitamente, permitir que os consumidores deixem uma versão digital de si mesmos para que seus sobreviventes, e até mesmo descendentes ainda não nascidos, possam interagir. Parte da aparência física e da personalidade do usuário são preservados (em sentido fraco) de forma a criar um simulacro de responsividade. No presente a tecnologia ainda está em sua infância, mas se puder ser mais desenvolvida poderá um dia gerar uma experiência aceitável e próxima de conversar com a pessoa que você sabe que já morreu. Com efeito, nós iríamos interagir com este avatar como se a pessoa morta continuasse a existir, uma conversação cujas respostas do avatar são baseadas, em grande medida, nos inputs que o falecido originalmente gerou⁷². (tradução livre)

⁶⁹ ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry. In: *Minds and Machines*. Vol. 27, 2017, p. 639-662. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-017-9445-2>.

⁷⁰ No original: “Users (bereaved friends and family) often upload photos, videos and other forms of informational entities, which functions as a form of digital grave”. ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry. In: *Minds and Machines*. Vol. 27, 2017, p. 639-662. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-017-9445-2>. p. 647.

⁷¹ ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry. In: *Minds and Machines*. Vol. 27, 2017, p. 639-662. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-017-9445-2>.

⁷² No original: “The idea is, quite explicitly, to enable customers to leave a digital version of themselves that their survivors, and even as-yet-unborn descendants, will be able to interact with. Part of the user’s physical appearance and personality are preserved (albeit weakly) in a way that creates a simulacrum of responsiveness. At present the technology is in its infancy, but if it could be developed further it might one day yield an acceptable experiential approximation to talking with a person who you nonetheless know to be dead. In effect, we would interact with this avatar as if the dead person continued to exist, in a conversation in which the avatar’s responses are largely based on the deceased’s original inputs”. STOKES, Patrick. 2012. Ghosts in the Machine: Do the Dead Live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Springer-Verlag, 2012. p. 363-379. p. 9-10. Nesse sentido, apresenta

Esses humanos virtuais (*virtual humans*) podem se utilizar das feições pessoais e buscam desenvolver habilidades conversacionais consistentes com a de um humano existente, baseando suas respostas nos *inputs* e interações que a pessoa, enquanto em vida, fornece à máquina. Com isso, espera-se que o programa seja capaz de responder e agir como uma pessoa dentro do ambiente virtual, deixando, com isso, representações digitais específicas do ser para a posteridade.

Sua criação já vem sendo explorada com a finalidade de provocar fortes emoções e desempenhar função terapêutica⁷³, tanto para o indivíduo que se encontra nos períodos finais de sua vida, quanto para os parentes e pessoas próximas que tem que lidar com a sensação de ausência de modo contínuo. Outra ênfase no estudo dos humanos virtuais é a possibilidade de que os dados digitais do próprio falecido e as interações que ele forneceu ao programa sirvam para melhorar o *software* e aprimorar as personas, que aprendem com as informações que lhes são fornecidas.

Vê-se que novas tecnologias estão sendo desenvolvidas com o objetivo de auxiliar no processamento do luto na era contemporânea, permitindo uma interação maior com aspectos da identidade do falecido, tendo a sua imagem um fator primordial.

A empresa americana *Cremation Solutions*, por exemplo, utiliza uma impressora 3D para fazer uma urna com o formato da cabeça do falecido⁷⁴, e o aplicativo de celular *With me* recria a aparência de uma pessoa falecida para uma foto⁷⁵.

em outro texto: “O que é relativamente novo aqui, contudo, é a ideia de avatares que são autônomos (pelo menos na extensão que a inteligência artificial pode ser) e que representam uma pessoa real. [...] O tipo de *bots* que estamos falando aqui são, no entanto, de um tipo distinto: não desenhados para enganar ou para gerar caos – pelo menos não ainda –, mas para continuar a apresentar o distintivo jeito-de-ser de uma pessoa real. [...] Mas, como é o caso de serviços tais como *Virtual Eternity*, o próprio fato de que a ideia de reanimação digital do morto estar sendo tratada como uma realidade viável, séria e comercializável, já fala muito por si só” (tradução livre). No original: “*What is relatively new, however, is the idea of avatars that are both autonomous (at least to the extent that artificial intelligence can be) and represent an actual person. [...] The sort of bots we’re talking about here however are of a different sort: not designed to deceive or to sow chaos – at least not yet – but to continue to present the distinctive way-of-being of an actual person. [...] But as with services like Virtual Eternity, the very fact that the idea of digitally reanimating dead was being treated as a serious, commercially viable reality, is telling in and of itself.*” STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 126-129.

⁷³ MASSIMI, Michael. Matters of Life and Death: Locating the End of Life in Lifespan-Oriented HCI Research. In: *Proceedings of the International Conference on Human Factors in Computing Systems*. CHI 2011, Vancouver, BC, Canada, May 7-12, 2011. p. 09. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/221514335_Matters_of_life_and_death_Locating_the_end_of_life_in_lifespan-oriented_HCI_research. Acesso em 14 abr. 2020.

⁷⁴ NANSEN, Bjorn et al. The Restless Dead in the Digital Cemetery. In: LEWIS, Moreman (Eds.). *Digital Death: Mortality and Beyond in the Online Age*. p. 10-11. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/280932623_The_Restless_Dead_in_the_Digital_Cemetery. Acesso em 13 abr. 2020

⁷⁵ LIBERATORE, Stacy. The app that lets you snap a selfie and chat with DEAD friends: 'With me' app uses 3D scans to create AI avatars that 'live forever'. *Daily Mail Online*. 02 Mar. 2017. Disponível em

Uma reportagem de 2020 do jornal britânico *The Telegraph* mostrou o uso de uma experiência em realidade virtual (*virtual reality – vr*)⁷⁶ que permitiu a uma mãe enlutada se encontrar com uma recriação digital de sua filha, falecida em 2016⁷⁷. A iniciativa foi coordenada por um programa televisivo coreano denominado *Meeting You*, que objetiva dar a chance para que parentes possam se despedir do membro falecido no espaço digital proporcionado.

Utilizando um acessório de realidade virtual, a Senhora Jang foi capaz de ouvir uma versão digital da voz da criança e até mesmo experimentar a sensação de toque usando luvas de realidade virtual. Mãe e filha se encontraram em um parque virtual. Elas interagiram antes de a criança ir dormir, dizendo que não “está mais doendo”. A Senhora Jang disse: “Talvez seja um paraíso real. Eu encontrei Nayeon, que me chamou com um sorriso, por um breve momento, mas é um momento muito feliz. Acho que consegui o sonho que sempre quis⁷⁸. (tradução livre)

É de grande repercussão, também, o método de projeção bidimensional de representação de pessoas falecidas em eventos artísticos, como é o caso do show de Tupac Shakur no *2012 Coachella Valley Music & Arts Festival*⁷⁹. Dentre outros apresentadores mortos que foram reproduzidos em eventos culturais, pode-se citar a performance de Michael Jackson

<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4275822/The-app-lets-snap-selfie-DEAD-friends.html>. Acesso em 19 fev. 2020.

⁷⁶ Embora seja constante a discussão sobre o conceito adequado de *virtual reality*, pode-se resumir referida tecnologia como uma maneira, por meio de periféricos, de gerar uma espécie de presença sensorial em um ambiente digital. “Com a realidade virtual, sua perspectiva está agora no centro de um mundo artificial; realidade virtual te leva além do quadro e dentro do próprio mundo. [...] Quando o *vr* está funcionando bem, seus sentidos físicos dizem ao seu cérebro que você está realmente experimentando a coisa que você está virtualmente experimentado, e seu cérebro comanda seu corpo a responder dessa forma” (tradução livre). No original: “*With VR, your perspective is now at the center of an artificial world; virtual reality takes you through that frame and into the world itself. [...] When VR is working well, your physical senses tell your brain that you’re really experiencing the thing you’re virtually experiencing, and your brain prompts your body to respond in kind.*” RUBIN, Peter. *Future presence*. How virtual reality is changing human connection, intimacy, and the limits of ordinary life. Harper Collins, 2018. ISBN 978-0-06-256672-0.

⁷⁷ FIELD, Matthew. Virtual reality used to ‘reunite’ grieving mother with avatar of dead child. *The Telegraph*. 11 Fev. 2020. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/technology/2020/02/11/virtual-reality-used-reunite-grieving-mother-avatar-dead-child/>. Acesso em 19 fev. 2020

⁷⁸ No original: “*Wearing a virtual reality headset, Ms Jang was able to hear a digital version of the child’s voice and even experience a sense of touch using virtual reality gloves. The pair met in a virtual park. They interacted before the child went to sleep saying she is not ‘hurting anymore’.* Ms Jang said: ‘*Maybe it’s a real paradise. I met Nayeon, who called me with a smile, for a very short time, but it’s a very happy time. I think I’ve had the dream I’ve always wanted.*’” FIELD, Matthew. Virtual reality used to ‘reunite’ grieving mother with avatar of dead child. *The Telegraph*. 11 Fev. 2020. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/technology/2020/02/11/virtual-reality-used-reunite-grieving-mother-avatar-dead-child/>. Acesso em 19 fev. 2020.

⁷⁹ DODSON, Aaron. The strange legacy of Tupac’s ‘hologram’ lives on five years after its historic Coachella debut. *The Undeclared*. Apr. 14, 2017. Disponível em <https://theundefeated.com/features/the-strange-legacy-of-tupacs-hologram-after-coachella/>. Acesso em 17 mai. 2020.

no *2014 Billboard Music Awards*⁸⁰ e a turnê do astro de metal Dio⁸¹. Em exemplo nacional, destaca-se a apresentação de Renato Russo em 2013 e de Cazuza, no mesmo ano⁸².

Destaca-se, também, o uso de tecnologia *deepfake*⁸³ na exibição *Dalí Lives*, do *Dalí Museum*, na Flórida, em que os frequentadores da exposição são recepcionados por uma recriação fidedigna do pintor espanhol⁸⁴.

Na visão de Carl Öhman e Luciano Floridi, a exploração dos restos digitais é utilizada no processo de criação de valor, de forma que o morto é explorado para que continue sendo produtivo e fonte de capital. A imagem dessa pessoa vira produto, com o objetivo de ser reproduzida em sua forma mais consumível e lucrativa, sem real preocupação com a fidedignidade com a pessoa que subjaz⁸⁵.

Em sentido semelhante, James Meese et al. aborda que é importante para os agentes da economia das redes sociais que os usuários sejam mantidos em sua rede de dados, de forma que, atualmente, as práticas de lembrança e da preservação da identidade póstuma nos meios digitais são movidas por motivos comerciais e compreendidos dentro de uma economia emergente dessas práticas⁸⁶.

⁸⁰ ROTHMAN, Jennifer. *The Right of Publicity: Privacy Reimagined for a Public World*. London: Harvard University, 2018. p. 176.

⁸¹ KROVATIN, Chris. The Dio Hologram is awful and it needs to stop. *Kerrang!* Apr. 19, 2017. Disponível em <https://www.kerrang.com/features/the-dio-hologram-is-awful-and-it-needs-stop/>. Acesso em 17 mai. 2020.

⁸² A técnica usada no show de Renato Russo é a mesma utilizada na apresentação de Tupac: posiciona-se um vidro transparente inclinado para o chão no palco, enquanto a imagem do cantor é projetada em uma superfície reflexiva que é, depois, refletida pelo vidro. Não se trata de um holograma, propriamente, que consistiria em raio *laser* que produz uma imagem tridimensional, mas em uma imagem 2D reproduzida em grande superfície de vidro. VENTURA, Felipe. Como Renato Russo, da Legião Urbana, voltou em forma de “holograma” para cantar mais uma vez. In: *Gizmodo Brasil*. Brasil, 30 jun. 2013. Disponível em <https://gizmodo.uol.com.br/renato-russo-holograma/>. Acesso em 08 jun. 2020; ANTUNES, Pedro. Cazuza “ressuscita” como holograma diante de 30 mil pessoas em São Paulo. *Rolling Stone*. 12 jan. 2013. Disponível em <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/cazuza-ressuscita-como-holograma-diante-de-30-mil-pessoas-em-sao-paulo/>. Acesso em 17 mai. 2020.

⁸³ O termo *deepfake* é uma reunião das expressões *deep learning* e *fake*; a primeira faz referência ao processo de aprendizagem pelo qual processadores permitem a utilização da técnica, enquanto a segunda se refere ao fato de que é possível fabricar vídeos e imagens de pessoas fazendo coisas que nunca ocorreram de fato. É possível produzir vídeos hiper realísticos em que, por meio de análise massiva de dados, o rosto de uma pessoa é substituído pelo de outra, sendo possível copiar expressões faciais, maneirismos e outras características distintas. WESTERLUND, Mika. The Emergence of Deepfake Technology: A Review. *Technology Innovation Management Review*. Vol. 9, Issue 11, November 2019, p. 39-52.

⁸⁴ LEE, Dami. Deepfake Salvador Dalí takes selfies with museum visitors. *The Verge*. Disponível em <https://www.theverge.com/2019/5/10/18540953/salvador-dali-lives-deepfake-museum>. Acesso 28 mai. 2020. A exibição traz novos sentidos a uma frase de Dalí, proferida durante uma entrevista para a televisão em 1958: “Eu mesmo não acredito em minha morte. Eu acredito na morte em geral, mas na morte de Dalí, absolutamente não.” (tradução livre). No original: “*I myself do not believe in my death. I believe in general in death, but in the death of Dalí, absolutely not*”.

⁸⁵ ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry. In: *Minds and Machines*. Vol. 27, 2017, p. 639-662. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-017-9445-2>.

⁸⁶ MEESE, James et al. Posthumous personhood and the affordances of digital media. In: *Mortality*. Vol. 20, Issue 4, 2015. p. 408-420. DOI: 10.1080/13576275.2015.1083724. p. 417.

Debra J. Bassett discute os resultados de diversas pesquisas científicas que demonstram como “encontros inesperados” com um conhecido morto, nas redes sociais, podem ser estressantes para diversas pessoas, especialmente aqueles que se encontram em processo de luto. Quanto a esses perfis sociais, que permanecem ativos mesmo com a morte do titular e interagem com os demais usuários, a autora cunha o termo zumbis digitais (*digital zombies*), em referência à postura ativa desses “mortos” na internet, reanimados (ou ressuscitados), não decorrentes de falhas no monitoramento de sistemas de comunicação (como seria o caso do recebimento, por engano, de mensagem de voz de uma pessoa que já faleceu)⁸⁷.

A presença do falecido no contexto digital é, portanto, fenômeno complexo, que demanda a análise por diferentes frentes e disciplinas. Carl Öhman argumenta que a morte no *online* e as possibilidades de um pós-vida digital comportam três dimensões distintas de estudo, em nível microscópico, macroscópico e conceitual⁸⁸.

No nível microscópico, a morte digital afeta as experiências do próprio indivíduo e de suas interações com as demais pessoas. No período anterior à morte, o sujeito é dotado de maior agência para antecipar e planejar o rumo de sua personalidade após o fim, por meio da possibilidade de perpetuar suas condutas pela automação dos algoritmos, que possibilitam postagens contínuas, bem como pela determinação antecipada do destino de suas contas e postagens nas redes sociais. No período de ocorrência de sua morte, a vivência permite a digitalização de rituais de luto e da recontagem da história do morto, o que indica uma espécie de rito *online* de passagem, simbolizado pelos obituários digitais e pela presença de conteúdos digitais em lápides funerárias. E, no período posterior à morte, os restos digitais persistem – em oposição aos restos físicos humanos –, gerando diversas condutas que dizem respeito ao engajamento com tais facetas da personalidade, permitindo um grau maior de memorialização no interior das plataformas digitais⁸⁹.

No nível macroscópico, fenômenos sociais, econômicos e políticos são radicalmente afetados. O morto permanece ativo na sociedade, por meio de seus restos informacionais, gerenciados por agentes econômicos, de forma que o controle sobre tais dados acaba consistindo em um controle sobre a própria história dos indivíduos. O impacto social da

⁸⁷ BASSETT, Debra J. Who Wants to Live Forever? Living, Dying and Grieving in Our Digital Society. In: *Social Science*. Vol. 04, 2015, p. 1127-1139, doi:10.3390/socsci4041127. p. 1133-1135.

⁸⁸ ÖHMAN, Carl. From Bones to Bytes: A New Chapter in the History of Death. In: ÖHMAN, Carl (Org.); WATSON, David (Org.). *The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Oxford: Springer, 2019. p. 167-182. p. 170

⁸⁹ ÖHMAN, Carl. From Bones to Bytes: A New Chapter in the History of Death. In: ÖHMAN, Carl (Org.); WATSON, David (Org.). *The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Oxford: Springer, 2019. p. 167-182. p. 171-174.

generalização do acesso a métodos de preservação é tanto de uma política econômica de não apagamento, de monetização das vidas capturadas pelo digital, de constante necessidade de atualização e de interação com seres já falecidos; quanto de poder e controle sobre a memória e sobre os componentes simbólicos e materiais da identidade do morto⁹⁰.

Como explica o autor:

Contudo, a informação pessoal de uma pessoa que sobrevive ao fim de seu corpo biológico tem tradicionalmente sido um direito garantido apenas a um grupo limitado de pessoas, como líderes religiosos e políticos. Hoje em dia, esse direito é, em vez disso, radicalmente democratizado [...] Mais relevantemente para esse capítulo, nós também compartilhamos esse mundo com as gerações passadas e futuras, no sentido de que o que fazemos importa para todos os tipos de existência, para aqueles que vivem, aqueles que já viveram, e aqueles que irão viver. [...] Seguindo a quarta revolução no entendimento humano, tecnologias digitais nos compelem a reconsiderar pessoas não-vivas como atores e interessados em nossas instituições sociais, econômicas e políticas. Eles permanecem em nossas comunidades online e em nossas redes sociais, o que em troca abre margem para monetização contínua e comercialização de seus dados⁹¹. (tradução livre)

Por fim, no nível conceitual, os mortos digitais levantam questionamentos éticos e jurídicos, uma vez que é necessário pensar sobre os direitos que os protegem de possíveis lesões e, até mesmo, se é possível pensar em danos – como, por exemplo, danos decorrentes do apagamento de perfis ou dados pessoais – em um cenário em que o agente não se encontra biologicamente vivo. Ademais, a própria definição acerca da continuidade de identidade do sujeito, por meio de seus traços digitais, resta a ser demonstrada, dependendo do status a que se dotam os componentes informacionais do *self*⁹². Nesse campo, o pesquisador acredita coerente a interpretação de que os restos formam uma espécie de corpo eletrônico ou informacional, o que indicaria a possibilidade de sofrerem danos e a necessidade de serem tratados com dignidade, isto é, vistos como possuindo um valor inerente e não podendo ser apropriados para outros fins.

⁹⁰ ÖHMAN, Carl. From Bones to Bytes: A New Chapter in the History of Death. In: ÖHMAN, Carl (Org.); WATSON, David (Org.). *The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Oxford: Springer, 2019. p. 167-182. p.

⁹¹ No original: “However, having one’s personal information survive the demise of one’s biological body has traditionally been a right granted only to a very limited group of people such as religious or political leaders. Today, this right is instead radically democratized – in information society, everyone is becoming a celebrity within their own network. [...] Most relevantly to this chapter, we also share this world with past and future generations, in the sense that what we do matters for all kinds of existences, for those who live, those who have lived, and for those who will. [...] Following the fourth revolution in human self-understanding, digital technologies compel us to reconsider non-living persons as actors and stakeholders in our social, economic, and political institutions. They remain in our online communities and social networks, which in turn opens up for continued monetisation and commercialisation of their data”. ÖHMAN, Carl. From Bones to Bytes: A New Chapter in the History of Death. In: ÖHMAN, Carl (Org.); WATSON, David (Org.). *The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Oxford: Springer, 2019. p. 167-182. p. 174-177.

⁹² ÖHMAN, Carl. From Bones to Bytes: A New Chapter in the History of Death. In: ÖHMAN, Carl (Org.); WATSON, David (Org.). *The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Oxford: Springer, 2019. p. 167-182. p. 177-179.

Também trabalhando sob a ótica dos aspectos conceituais, John Reader, partindo da obra de Derrida e Deleuze, problematiza os modos pelos quais a tecnologia altera a forma de ser e de trabalhar no mundo⁹³. Nessa dimensão, ocorre uma estabilização da personalidade do falecido a partir dos traços digitais que deixa para trás, fechando as demais possibilidades e criando um humano não representativo, inadequado e reducionista quanto à pessoa que foi ainda em vida. O problema da preservação digital seria justamente o problema da versão da pessoa que é moldada pelos traços digitais⁹⁴, uma pessoa estática a que não se correspondem as diversas vivências, agências e identidades que lhe eram abertas enquanto em vida. Com isso, o enfrentamento do digital perpassa pelas perspectivas que permitam aos traços flexibilidade – inerente às relações humanas e à própria noção de identidade, um fluxo de constantes mutações e revisões – em grau suficiente.

Considerando o ambiente digital apresentado e os avanços tecnológicos levados à cabo pela modernidade, novas formas de lesões à pessoa e à sua identidade e novas formas de se preocupar com a sua proteção *post mortem* tem despontado.

Em 2013, o ator chinês Bruce Lee foi alvo de recriação digital por um comercial de bebidas alcóolicas da marca Johnnie Walker. Utilizando falas que o popularizaram enquanto mestre de artes marciais, e tecnologia de reconstrução facial, o comercial representa a ideia de que os ideais de vida do autor estão em sintonia com os ideais da marca a que está propagando. O comercial, no entanto, foi recebido com diversas críticas negativas: inicialmente pela reprodução incorreta de sua língua (o ator utiliza o dialeto Putonghua, enquanto este falava, em vida, Cantonês), mas principalmente porque o ator, enquanto vivo, tinha como postura de vida não ingerir e ser contrário a qualquer bebida alcóolica. Não apenas isso, tal atitude também teria sido motivada por problemas pessoais com o álcool, que teriam causado um período de afastamento de seus familiares. Apesar de tais considerações, a equipe de produção teve

⁹³ READER, John. Philosophical Investigations into Digital Afterlife. In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 161-172.

⁹⁴ A noção de traço é desenvolvida por Derrida; o traço faz referência a algo que lhe é anterior, mas sempre há uma perda no processo de tradução de sentido entre o traço e seu original. E, com isso, começa-se a pensar que existe um sentido autêntico ou profundo do qual o traço é um sinal, de forma que os sentidos de interpretação se tornam estabilizados em uma visão única. O traço, tal como o digital, nos levaria a pensar que é possível encontrar uma interpretação determinada e assentada da pessoa por ele representada. READER, John. Philosophical Investigations into Digital Afterlife. In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 161-172. p. 164-165.

autorização da filha do ator para exibição do material, que teria visto a propaganda como “uma maneira inovativa de disseminar as ideias de meu pai”⁹⁵.

Lilian Edwards e Edina Harbinja desenvolveram interessantes casos hipotéticos a respeito da temática, por meio de modificações de eventos realmente ocorridos e noticiados. Em um primeiro exemplo, a partir de fatos que envolveram uma família de brasileiros, uma garota adolescente veio a óbito durante uma festa em virtude de uma overdose, tendo sua página de Facebook posteriormente transformada em memorial, com amigos postando fotos e memórias de suas vivências com a falecida⁹⁶. Após os pais descobrirem tais circunstâncias, investigaram a página da filha e se sentiram afetados ao perceberem que alguns dos *posts* relatavam o uso de bebidas alcóolicas e drogas, bem como encontraram fotos de seu corpo inconsciente, durante a festa, na rede social. Outro interessante caso construído pelas autoras é o do marinheiro estado-unidense que morreu enquanto servia no Iraque. A viúva e seus herdeiros pediram acesso à sua conta de e-mail, pelo qual descobriram que o falecido mantinha um relacionamento com um soldado de seu batalhão; a descoberta de tal informação teria sido sensível aos familiares, que se sentiram angustiados. No teor dos e-mails, havia explicitamente a vontade do marinheiro de nunca revelar o caso amoroso para sua família⁹⁷.

Nota-se disso que as *affordances* digitais influenciam a forma pela qual a memória da pessoa falecida perdura no ambiente social. As inovações tecnológicas contemporâneas permitem uma interação permanente com a pessoa (ou com uma reconstrução da pessoa) em níveis anteriormente desconhecidos. O ambiente social e digital contemporâneo implica em novas formas de transgressão à memória e identidade do falecido, prejudicando a eventual longevidade e concretude do projeto de vida que planejava perpetuar.

Assim, o que a bibliografia selecionada e os exemplos práticos demonstram é que o fenômeno da morte contemporânea, impactada pelo digital, envolve novas formas e forças de interatividade entre os mortos e os vivos, seja pelos traços materiais [e digitais] que são deixados para trás, seja pelo esforço de reconstrução e proteção de certa presença póstuma dotada de significado constante.

⁹⁵ ABAD-SANTOS, Alexander. Johnnie Walker Offends by Using Bruce Lee in Chinese Ad. *The Atlantic*. July 12, 2013. Disponível em <https://www.theatlantic.com/business/archive/2013/07/heres-reason-fans-dont-johnnie-walker-using-bruce-lee-its-latest-ad/313391/>. Acesso em 07 jan. 2022.

⁹⁶ EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World (November 10, 2013). In: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267388> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2267388>

⁹⁷ EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World (November 10, 2013). In: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267388> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2267388>.

E esse esforço se dá notavelmente no campo da memória e da lembrança, pelo que o morto se relaciona com os vivos a partir do momento em que narrativas e versões da vida que viveu são apresentadas e retrabalhadas pelos demais integrantes de uma comunidade, impactando os sentidos de identidade pessoal de ambos os polos da interação.

Nesse sentido aponta a pesquisadora Mórna O’Connor, que busca entender como se dá a tensão entre a capacidade de narrativização póstuma criativa por parte dos vivos e uma aparente fidedignidade dos detalhados registros digitais do morto, que o apresentariam "como de fato era"⁹⁸. Assim, o objetivo de um trabalho de pesquisa nesse campo é a compreensão de como os restos digitais permitem e funcionalizam a capacidade dos falecidos de “permanecer vivos” (*to live on*), a partir das considerações feitas pelos vivos em dados contextos socioculturais.

A autora apresenta em primeira análise que a continuação das relações pessoais depende das representações do morto que os vivos realizam. E para isso é importante a realização de uma biografia conjunta do morto, que explicasse quem era, o que fazia e qual o significado de sua vida; todavia, essa representação não teria pretensões de veracidade e precisão – como se se colocasse no lugar da pessoa como realmente era –, sendo necessária apenas para propósitos práticos⁹⁹.

Sendo assim, essas biografias são fluidas e dizem sobre o morto tanto quanto sobre o vivo; forjadas com base em convenções e expectativas culturais e diálogos sobre o que constitui uma boa vida, bem como das necessidades e valores das pessoas presentemente vivas, essas narrativas persistem, visto que as representações póstumas são pertinentes, e de fato construídas, pela vida presente das pessoas vivas¹⁰⁰.

O argumento central desse capítulo é que, para este sobrevivente, as potências técnicas dos traços digitais de seu eu-morto de “permanecer vivo” só são realizadas na extensão em que esse material é tecido em um relato póstumo que cerca a vida e as experiências contínuas dos enlutados. É esta narração criativa deste material digital em um relato póstumo vivo, que mistura a história do morto com a história em andamento dos vivos, que fornece continuidade, relevância e vitalidade; e o potencial de “permanecer vivo”. [...] [S]ão atos fluídos e criativos de contar estórias, pelos quais enlutados continuamente narram seus mortos e seus relacionamentos com eles em luz de suas experiências que vão se desdobrando. Unindo biografia e autobiografia, verdade e testemunho, esses “atos criativos de composição da narrativa” e de

⁹⁸ O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56.

⁹⁹ O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56.

¹⁰⁰ O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56.

“caracterização” (Árnason, 2000, p. 189) são tanto sobre o narrador quanto sobre o narrado, no sentido em que “ao construir uma biografia do falecido o enlutado simultaneamente cria uma estória sobre si mesmo e sobre seu relacionamento com o morto¹⁰¹. (tradução livre)

E, para isso, objetos materiais [digitais] são de grande importância, funcionando como locais de formulações póstumas sobre as biografias e identidades dos indivíduos falecidos. Ainda que os potenciais de armazenamento da internet possam afetar os relacionamentos e as representações póstumas por parte dos enlutados, tendo em vista que seriam dotados de maior fidedignidade – são fatos, condutas e registros diretamente realizados pelo sujeito enquanto em vida –, o que se percebe é certa relação de criatividade com o valor veritativo dos materiais *online*, o que permite a reformação dos relacionamentos e do próprio significado que é dado à narrativa, dependendo do enfoque¹⁰².

Os vivos, portanto, empregam os materiais digitais para "criar" uma versão dos seus mortos, a partir de sua própria experiência presente, permitindo uma sobrevida do morto no corpo identitário social¹⁰³. E as possibilidades técnicas por si só não modificam as práticas de enlutamento, reconstrução narrativa e permanência do morto; na realidade, é a prática de contar a história do morto que transforma as *affordances* digitais; a memória é central nos costumes e condutas póstumas, e não o aspecto tecnológico em si.

Com isso, os restos digitais não são protegidos por "ser" o morto [em uma espécie de preservação precária] e nem por o representarem; o mais adequado seria entender que as vivências digitais são recepcionadas pelos vivos, que por sua vez preservam o falecido a partir das práticas de memória, que consistem, precipuamente, em contar quem foram, para que

¹⁰¹ No original: “*The central argument of this chapter is that, for this survivor, the technical potential for digital traces of her dead to ‘live on’ is only realised to the extent that this material is woven into a posthumous account crafted around the griever’s ongoing life and experiences. It is this survivor’s creative narration of this digital material into a living posthumous account, blending the history of the dead with the ongoing story of the bereaved, which accords it continuing currency, relevance and vitality; and the potential to ‘live on’.* [...] [T]hey are fluid, creative acts of storytelling, wherein griever’s ongoingly narrate their deceased and their relationship to them in light of their unfolding experience. Binding biography and autobiography, truth and testimony, these ‘creative achievements of ‘emplotment’ and ‘characterization’ (Árnason, 2000, p. 189) are as much about narrator as narrated, such that ‘in constructing a biography of the deceased the bereaved simultaneously create a story of themselves and their relationship with the deceased’”. O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56. p. 40-41.

¹⁰² O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56.

¹⁰³ O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56.

viveram e como continuam vivos na sociedade atual¹⁰⁴. Conforme conclui a autora, entender os traços digitais como uma experiência unitária, coerente e singular de pós-vida nega as possibilidades discursivas das vivências múltiplas que a pessoa teve em vida e das reconfigurações que seus entes queridos fazem, no esforço de proteção e preservação de suas particularidades e identidades ainda em disputa¹⁰⁵. O entendimento de quem a pessoa foi não está fechado e é objeto de contínua construção pelos vivos, no esforço de dar concretude a sua permanência social.

E análise da questão da(s) identidade(s) (ainda em configuração) do morto, em contato com os atos narrativos de memória que são realizados pelos vivos, é o objeto do próximo capítulo.

¹⁰⁴ “Em virtude dessa ilustração, eu sugiro que é o desdobramento criativo deste material digital do sobrevivente em um relato mutável de seus mortos – contado a partir do prisma de suas próprias experiências contínuas, dinâmicas e situadas – que lhe dá vida. O entrelaçamento que esse sobrevivente faz do material digital em uma narrativa póstuma que mistura a história do morto com a história em andamento do enlutado é que lhe fornece relevância, vitalidade e, portanto, a capacidade de ‘permanecer vivo’. [...] De fato, as características mesmas dos materiais que parecem desafiar a criação narrativa da estória (por exemplo, seus detalhes sobre o relacionamento morto-enlutado) são elas mesmas recrutadas para dentro da narrativa [...] Nesse sentido, a prática criativa de estórias póstumas pelos sobreviventes socioculturalmente situados permanece, mas com materiais digitais que dizem respeito aos mortos representando outro elemento pelo qual a estória é forjada, e que apresenta novas oportunidades para a criação narrativas dos enlutados. [...] Os materiais e suas características são modificados no curso de serem apropriados para dentro da narrativa – para servir e refletir o fenômeno social incorporado – de forma que tal uso na prática social modifica as funcionalidades imaginadas da mídia.” (tradução livre). No original: “*Rather, in light of this illustration, I suggest that it is this survivor’s creative deployment of this digital material in a shifting account of her dead—told through the prism of her own continuing, dynamic, and situated experiences—that breathes continued life into it. This survivor’s deft interweaving of digital material into a posthumous narrative that blends history of the dead with ongoing story of the bereaved is what accords it continuing relevance, vitality, and meaning for her and therefore, the capacity to ‘live on’.* [...] *Indeed, the very characteristics of the material that would seem to challenge creative storying (e.g., its detail about deceased-bereaved relationships), are themselves recruited into the narrative (i.e., not needing this detail is testament to our bond). In this sense, the practice of creative posthumous storying by socio-culturally situated survivors remains, but with digital material relating to the dead representing another element out of which story is wrought, and which presents novel opportunities for creative narration by the bereaved.* [...] *The material and its characteristics are modified in the course of being harnessed into the narrative—to serve and reflect the embedded social phenomenon—such that use in social practice mutates the imagined functionalities of the media*”. O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56. p. 52-53.

¹⁰⁵ O’CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It ‘Live On’ in Survivors’ Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56. p. 53.

2 A PESSOA FALECIDA E O PROBLEMA DA IDENTIDADE

Do capítulo 1, depreende-se a possibilidade de considerar a pessoa falecida como um ente dotado de permanência prática-social na comunidade, pelo que persiste no campo de preocupação presente das pessoas vivas.

E a questão da permanência de um ser no tempo e no espaço perpassa uma dimensão de identidade pessoal, na medida em que essa pode ser entendida como a qualidade, ou característica, que permite identificar algo em momentos distintos. Assim, para corroborar tais achados, este capítulo investiga algumas teorias da identidade e suas aplicações às pessoas falecidas, de forma a identificar qual a noção adequada de identidade que possa explicitar a consistência dessa permanência.

2.1 O FIM DA IDENTIDADE E A TESE DA TERMINAÇÃO

Pensar a identidade de um sujeito é entender as maneiras pelas quais um mesmo ser persiste no tempo e no espaço e pode ser diferenciado dos outros com os quais interage ao longo de sua existência. E, essa identidade, quando pensada no contexto pessoal – isso é, identidade de uma determinada pessoa x –, é influenciada pelas diversas percepções que o sujeito tem de si mesmo, em diálogo com as interpretações que os membros de sua comunidade fazem de sua vivência. Como explica Nara Pereira Carvalho, a identidade pessoal engloba o “conjunto de fatos e/ou estados sobre uma determinada pessoa (x), que a faz única e diferente dos outros. [...] essas características são modificáveis, permanecendo, não obstante, a mesma pessoa, embora diferente. Não há contradição.”¹⁰⁶.

O estudo da identidade pessoal depende da escolha de critérios pelos quais se pode medir a capacidade de permanência do sujeito que, apesar de modificações, persiste como sendo “o mesmo”, uma qualidade relacional que demanda construções de sentido quanto ao tipo identitário que se pretende afirmar¹⁰⁷. E as diversas abordagens disponíveis para o enfrentamento de tal questão culminam em resultados divergentes e até mesmo contraditórios entre si, por privilegiarem determinado aspecto sobre todos os demais.

¹⁰⁶ CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 20. A autora completa: “A fim de viabilizar um melhor tratamento a respeito da identidade, uma série de abordagens foi criada [...] Todas elas, porém, remetem a duas interpretações centrais, que se conectam: ‘mesmidade’ em meio à diferença e unicidade através do tempo” CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 106.

¹⁰⁷ CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 123.

A identidade, nesse sentido, pode ser trabalhada a partir da distinção entre identidade numérica e qualitativa, por meio da qual se equaciona a relação entre ser o mesmo e ser diferente¹⁰⁸. A numérica diz respeito à igualdade absoluta de um ser consigo, no sentido de que apenas a própria coisa pode ser idêntica a ela. A qualitativa, por sua vez, comporta gradações, trabalhando não com a noção de igualdade, mas de semelhança; é possível, em uma relação, compartilhar certas propriedades consideradas relevantes sem que todos os aspectos sejam absolutamente iguais.

Pode, também, ser analisada a partir da ótica da permanência no espaço-tempo, gerando as abordagens sincrônicas e diacrônicas¹⁰⁹. No caso da identidade sincrônica, o enfoque é um instante específico e paralisado, por meio da qual se verifica a identidade numérica e a individuação de algo dos demais; não se admitem mudanças; essas são apenas objetos de análise pela identidade diacrônica, que enfrenta a situação da permanência do ser no espaço-tempo, não tendo atenção a um momento específico e singularizado. Com isso, aceita-se que as mudanças e diferenças das propriedades não negam, em si, a própria possibilidade de identidade¹¹⁰.

Verifica-se, de plano, que a questão da identidade do morto deve ser enfrentada levando em consideração suas possibilidades qualitativas e diacrônicas, tendo em vista que o interesse não é individuar um ser morto dos demais, mas entender se ele ainda existe e quais são as condições pelas quais sua identidade pode permanecer mesmo após a morte.

É nesse contexto que se identificam as teorias continuístas da identidade qualitativa diacrônica; continuístas porque demandam que determinada qualidade do ser continue a vigor para que possa lhe ser atribuído o *status* de “o mesmo” em relação a um momento anterior. Tais visões buscam perquirir as condições necessárias e suficientes para manutenção de identidade de um indivíduo, não negando que outras propriedades podem também integrá-la¹¹¹. E os dois

¹⁰⁸ CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 110-113.

¹⁰⁹ CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 114-118.

¹¹⁰ “Frise-se, porém, que mudança não consiste em um movimento de tempo (o próprio transcurso temporal), mas em coisas tendo propriedades diferentes em momentos diferentes. A pergunta central na identidade diacrônica não é mais se há identidade da coisa em meio à mudança (já que se assume essa possibilidade), mas se qualquer mudança ou qual mudança é compatível com a manutenção da identidade diacrônica. [...] [C]oisas são tratadas como únicas e as mesmas, embora modificadas. É um conceito prático, de melhor descrição da realidade, que segue como referência, mesmo que irrefletida, na atuação (inter)pessoal” CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 117-122.

¹¹¹ CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 129.

principais critérios continuístas de tratamento da identidade são o da continuidade psicológica e da continuidade física. Explica Nara Carvalho Pereira:

Acerca dos critérios reducionistas de identidade pessoal, continuidade física e continuidade psicológica, ambos contribuem para uma melhor compreensão da identidade pessoal e acabam, em última análise, complementando-se, mas sob ênfases diferentes. Enquanto a continuidade psicológica prescinde de uma matéria organizada (corpo biológico vivo ou aparato mecânico), que viabilize o desenvolvimento mental – cerne do critério; a continuidade física enfatiza o corpo (biológico e/ou mecânico) da pessoa, o que acaba implicando a existência da mente (na medida em que a pessoa não é deslindada de processos mentais)¹¹².

Um dos principais representantes da visão continuísta psicológica é John Locke, para quem a identidade corresponde a certa ideia dependente do ser em enfoque. Assim, a identidade da pessoa é diferente da identidade do homem, visto que para este importa a igualdade do mesmo corpo, visualizada em um único instante, enquanto para aquele a massa de partículas organizada é condição necessária, mas não suficiente para sua manutenção¹¹³.

O corpo não importa porque a matéria naturalmente se altera, constituindo em uma coesão e unidade por meio da constante reorganização das partículas. A pessoa, na realidade, seria composta pela consciência atuante de seus atos. E a consciência, no sentido lockeano, é ser capaz de apreender aquilo que ocorre de maneira subjetiva na experiência, isso é, o caráter de primeira pessoa do próprio ser; a consciência se dá no presente, na perspectiva da percepção e do pensamento (perceber que percebe)¹¹⁴.

E na medida em que estar consciente é apreender as coisas pelo presente, a consciência do passado é uma de suas aplicações, unindo ações da e na mesma pessoa, na ideia de repetição da ação passada com a mesma consciência que originalmente se tinha dela. A isso se dota a natureza forense do termo (e da própria noção de identidade), posto dizer respeito à associação de qualidades – méritos e deméritos, benefícios e punições – a si pelos atos do passado, conectados pela consciência¹¹⁵.

¹¹² CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 185

¹¹³ LOCKE. *The Clarendon Edition of the Works of John Locke: An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford University Press, 2015. p. 328-348.

¹¹⁴ A definição adotada diretamente pelo autor: “Consciência é a percepção do que se passa na mente do próprio Homem. Pode outro Homem perceber que eu sou consciente de qualquer coisa quando eu percebo não eu mesmo? Nenhum Conhecimento do Homem aqui pode ir além de sua própria Experiência” (tradução livre). No original: “*Consciousness is the perception of what passes in a Man's own mind. Can another Man perceive, that I am conscious of any thing when I perceive it not my self? No Man's Knowledge here, can go beyond his Experience.*” LOCKE. *The Clarendon Edition of the Works of John Locke: An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford University Press, 2015. p. 115.

¹¹⁵ O termo forense, aplicado nesse contexto filosófico, diz respeito aos julgamentos e adscrições que se podem fazer a um indivíduo acerca dos atos que realiza. “Existem duas maneiras distintas pelas quais podemos pensar identidade pessoal em termos forenses. Uma é colocar os limites de uma única pessoa como os limites nos quais questões sobre responsabilidade e interesse próprio são apropriadamente levantadas. Aqui a pessoa é considerada

Nada senão a consciência pode unir existências remotas na mesma Pessoa, a Identidade de Substância não fará isso. Pois, seja qual for a Substância que exista, de qualquer forma em que moldada, sem consciência, não há pessoa: ou um Cadáver pode ser uma Pessoa, assim como qualquer tipo de substância sem consciência¹¹⁶. (tradução livre)

Consciência, nesse sentido, é diferente da memória, pois não se tem sempre a percepção presente de todo o fluxo de consciência de todos os momentos anteriores. Integrar a identidade pela consciência seria, na realidade, indagar se o sujeito que pensa reconhece a ação passada como sendo sua. O sujeito deve ter a consciência e o reconhecimento da personalidade de seus atos, apropriando-as de uma maneira que não é acessível pelos demais (caráter de primeira pessoa). É, com isso, forense, na medida em que ao tomar consciência do que se fez, a ele se vincula e se apropria, podendo tê-lo como próprio; sem a consciência, faltaria ao ato a própria qualidade de ter sido realizado por determinada pessoa que, sem a capacidade de imputação a si da conduta, não poderia por ela responder.

A versão continuísta de Locke sofre adaptações dependendo do autor que a aborda, acrescentando ou modificando certos termos de sua equação. Derek Parfit aborda a noção sob o viés de que podem existir graus de continuidade psicológica, sendo necessário definir o que se pode contar como conexão suficiente entre uma mesma pessoa em momentos distintos. E a versão adaptada de Locke seria a adoção de uma continuidade de memórias, isso é, uma cadeia de memórias diretas e sobrepostas, pela qual a pessoa possa sucessivamente se identificar pela sobreposição de memórias sobre uma mesma vida¹¹⁷. Assim, mesmo que um indivíduo não se

uma ‘unidade forense’ – um alvo apropriado sobre as quais questões forenses particulares podem ser levantadas e julgamentos podem ser feitos. A outra maneira de pensar a pessoa em termos forenses é ver os limites de uma única pessoa como estabelecidos pelas próprias ações e experiências para os quais ela é, de fato, corretamente tida como responsável (*accountable*) – aqueles eventos em que questões de responsabilidade são respondidas no afirmativo” (tradução livre). No original: “*There are two different ways in which we can think of personal identity in forensic terms. One is to set the limits of a single person as the limits within which questions about responsibility and self-interest are appropriately raised. Here the person is considered as a “forensic unit”—a suitable target about which particular forensic questions can be raised and judgments made. The other way to think of a person in forensic terms is to see the limits of a single person as set by the very actions and experiences for which she is in fact held rightly accountable—those events in which questions of accountability are answered in the affirmative.*” SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 14.

¹¹⁶ No original: “*Nothing but consciousness can unite remote Existences into the same Person, the Identity of Substance will not do it. For whatever Substance there is, however framed, without consciousness, there is no Person: And a Carcase may be a Person, as well as any sort of Substance be so without consciousness.*” LOCKE. *The Clarendon Edition of the Works of John Locke: An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford University Press, 2015. p. 344

¹¹⁷ Para Parfit, exemplos de perda de memória, como a amnésia, não inviabilizariam por si a revisão da formulação lockeana. Isso porque indivíduos com tais características perderiam memórias de experiências (*experience memories*) – memórias sobre experiências de seu passado –, que é o critério adotado pelo próprio Locke. As memórias de experiências podem se perder sem que a cadeia sobreposta seja desfeita. PARFIT, Derek. *Reasons and persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984. P. 205. Para mais sobre tal visão, cf CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 173.

lembre de tudo o que aconteceu há muito tempo, existe uma certa conectividade, em razão da cadeia contínua que é formada dia após dia.

Abordagens revisionistas como a de Parfit são por vezes denominadas de neolockeanas, na medida em que sempre priorizam as conexões e continuidades entre estados psicológicos em um grau mínimo suficiente¹¹⁸.

Pelo critério psicológico, a identidade de uma pessoa humana não poderia persistir após sua morte, uma vez que, após a sua ocorrência, não haveria qualquer espécie de continuidade do ser quanto aos seus estados de pensamento, seja de consciência (enquanto experiência em primeira pessoa), seja de cadeias de memórias sobrepostas (lembrar-se de certos eventos em cadeia). Haveria a completa ausência de subjetividade, que por si só seria suficiente para impedir a permanência do sujeito no tempo e no espaço.

Se identidade pessoal é constituída por continuidade de (usualmente entendidas como conexões apropriadas, ou ancestralidade de conexões, entre) estados psicológicos temporalmente separados, não podem existir pessoas mortas a não ser que a consciência continue postumamente, em uma forma que é apropriadamente conectada ou contínua com a consciência *premortem* da pessoa. Se nossas condições de persistência são psicológicas, e se estados psicológicos não podem persistir além da morte biológica, então quando morremos, deixamos de existir. Pessoas neolockeanas não deixam para trás restos para turvar as águas. Nós não enterramos estados psicológicos, nem cremamos memórias¹¹⁹. (tradução livre)

A continuidade física, por outro prisma, prioriza os aspectos materiais de persistência de um mesmo corpo organizado que, ainda que sofra alterações físicas, permanece no tempo, sendo constantemente ressignificado. Por este critério corporal, o que importa não é a matéria que o compõe (que pode ser orgânica ou artificial), mas a manutenção da própria ideia de um corpo unitário, entendido como *locus* da pessoa, por meio da qual interage com o mundo exterior¹²⁰.

¹¹⁸ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402

¹¹⁹ No original: “If personal identity is constituted by continuity of (usually understood as appropriate connection, or the ancestral of connection, between) temporally separated psychological states, there can be no dead persons unless consciousness continues postmortem, in a form that is appropriately connected to or continuous with the premortem consciousness of a person. If our persistence conditions are psychological, and if psychological states can’t persist beyond biological death, then when we die, we go out of existence. Neo-Lockean persons don’t leave behind ‘remains’ to muddy the waters. We don’t have to bury psychological states, or cremate memories.” STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 15.

¹²⁰ Nara Pereira Carvalho pontua que a continuidade física pode ser vista também a partir das condições necessárias e suficientes presentes no próprio corpo, sendo o caso de selecionar qual a sua parte relevante que conta para fins de manutenção da identidade. E o critério mais comumente adotado é o da continuidade do cérebro (ou de parte suficiente dele), por permitir memória, caráter e personalidade. CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 160-162.

O próprio corpo sustentaria a noção de tempo e possibilitaria a autoconsciência. Embora seja alvo de diversas modificações, há ainda compatibilidade com uma unidade identitária, por ser possível identificar uma trajetória de presença de um mesmo centro corpóreo, sem implicar em rupturas de sentido entre este e a própria pessoa¹²¹.

Na visão da continuidade corpórea, esse corpo seria sempre necessário para permanecer em interação, tendo em vista que a vivência situada e contínua sustentaria a noção de tempo e de localização para fins identitários: no corpo se presentificaria a identidade e se apresentaria a personalidade perante os demais. O corpo se faz elemento constitutivo da identidade pessoal na medida em que a matéria precisa estar organizada [e em funcionamento] de tal forma a permitir a experiência da autonomia e da alteridade¹²². E, sem esse corpo, não seria possível entender que há identidade – no sentido de um ser que persiste individuado em relação aos demais.

A continuidade corporal leva em conta certos fatores tidos por cruciais, tais como certas expectativas de capacidades comumente associadas às pessoas, um nível de funcionamento orgânico que é situado em um espaço fisicamente incorporado (*embodied*) como *locus* de interação interpessoal e com o restante do mundo¹²³.

Uma ramificação das teorias continuísta físicas são as versões animalistas ou biológicas, pelas quais cada pessoa equivale a um indivíduo humano que só persiste na medida em que as funções orgânicas daquele determinado humano [animal] também permanecem em um grau mínimo¹²⁴.

Na continuidade física também não há persistência de identidade após a morte, pois mesmo que o cadáver humano persista por determinado tempo *x*, é certo que ocorrerá sua decomposição, faltando o substrato físico inerente ao critério. Não só isso, faltaria certa organização funcional que permitiria antever a continuidade do ser, na medida em que o corpo morto não mais possui as capacidades do corpo vivo. A morte do corpo significa, assim, a morte da identidade¹²⁵.

¹²¹ CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. p. 152-154.

¹²² CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

¹²³ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402

¹²⁴ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402.

¹²⁵ Resume Shelly Kagan: “Porque quando meu corpo morre, ele começa a se decompor. Decompõe-se, converte-se em moléculas que são absorvidas no solo, ou qualquer coisa assim. [...] [L]ogo depois da morte do meu corpo, meu corpo não mais existe. E então como eu poderia sobreviver à morte do meu corpo, se para eu sobreviver tem que haver alguém que sou eu, e ser eu mesmo requer ter o mesmo corpo? Para eu sobreviver à morte do meu corpo,

Para os animalistas, cada um de nós é idêntico a, e não meramente composto por ou coincidente a, um animal humano. Esse animal é apenas contingentemente uma pessoa no sentido lockeano de autoconsciente, e apenas por uma parte de sua vida. Não nasceu uma pessoa, dado o tempo que se gasta para se tornar autoconsciente, e por meio de doenças ou lesões pode deixar de ser uma pessoa e ainda assim existir. Porém, animais não são apenas corpos, mas corpos caracterizados pelo funcionamento orgânico contínuo. Isso parece implicar que, na morte, o animal deixa de existir [...] ¹²⁶ (tradução livre)

Ainda que concessões sejam feitas a ambos os critérios, a percepção que se retira é que a identidade não sobrevive à morte da pessoa, pelo menos quanto àquilo que importa para fins de vivência relacional. Assim, a adoção de tais visões como adequadas parece corresponder a uma intuição moral de que a identidade [e a pessoa] não sobrevive à sua morte, isso é, à morte de seu corpo, que não tem continuidade de estados psicológicos em certo funcionamento organizado ¹²⁷.

Referido entendimento é resumido pela *termination thesis* (tese da terminação), formulado pela tradição da filosofia analítica, que, segundo Fred Feldman, consiste em uma resposta à pergunta se é possível que a pessoa continue existindo após sua morte ¹²⁸. A tese postula, de forma direta, que a morte causa a cessação da personalidade, de forma que as pessoas deixam de existir com a morte. Conforme apresenta Feldman:

[A tese da terminação das pessoas] não é a tese de que, quando uma pessoa morre, ele ou ela deixa de existir como pessoa. É a tese em que, quando a pessoa morre, ela

meu corpo precisaria ainda estar por aqui. Mas não está! Então não posso sobreviver” (tradução livre). No original: “*Because when my body dies, it begins to decay. It decomposes, turns into molecules which get absorbed into the soil, or what have you. [...] [P]retty soon after the death of my body, my body no longer exists. And so how could I survive the death of my body, if for me to survive there’s got to be somebody who’s me, where being me requires having the same body? For me to survive the death of my body, my body would have to still be around. But it’s not! So I can’t survive.*” KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 119.

¹²⁶ No original: “*For animalists, each of us is identical with, not merely composed by or coincident with, a human animal. That animal is only contingently a person in the Lockean sense of a self-conscious, self-aware agent, and only for part of its life. It was not born a person, given how long it takes to become self-aware, and through illness or injury it may cease to be a person without ceasing to exist. Yet animals are not just bodies, but bodies characterized by ongoing organic functioning. This seems to entail that at death, the animal ceases to exist [...]*”. STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402 p. 15.

¹²⁷ “Então, do jeito que eu vejo, não há boas razões para acreditar que eu ainda terei o que importa após a morte do meu corpo. [...] Eu não acho que depois da minha morte meu corpo vai ser ressuscitado, ou minha personalidade transplantada. Pelo contrário, eu acho que a morte realmente vai ser o fim. O meu fim, o fim da minha personalidade. A morte é o fim.” (tradução livre). No original: “*And so, as far as I can see, there is no good reason to believe that I will still have what matters after the death of my body. [...] I do not think that after my death my body will be resurrected, or my personality transplanted. On the contrary, I think that death really will be the end. The end of me, and the end of my personality. [...] Death will be the end.*” KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 169.

¹²⁸ A respeito da Tese da Terminação, cf: FELDMAN, Fred. *Confrontations with the reaper*. A philosophical study of the nature and value of death. Oxford: Oxford University Press, 1992; FELDMAN, Fred. The termination thesis. *Midwest Studies in Philosophy*, XXIV (2000). p. 98-115; FRANCESCOTTI, Robert. Surviving death: how to refute termination theses. In *Inquiry*, 2017. DOI: 10.1080/0020174X.2017.1321498; GILMORE, Cody. When do Things Die. In BRADLEY, Ben et al. (Eds.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 5-59.

simplesmente deixa de existir. A pessoa sai da existência; subsequentemente, não existe nada mais como aquela pessoa. A nenhum objeto que existe depois disso pode ser atribuída a frase ‘isso anteriormente era uma pessoa viva’. Terminadores acreditam nisso. Sobreviventistas a negam¹²⁹ ¹³⁰. (tradução livre)

Feldman entende que a tese da terminação possui duas versões, baseadas nos conceitos de personalidade psicológica e personalidade biológica. A versão psicológica diz respeito às capacidades e funcionalidades associadas à experiência subjetiva e autoconsciente, que possibilitam um rico perfil psicológico e a capacidade de engajamento ativo, enquanto a versão biológica trata o ser humano como um membro biológico da espécie *homo sapiens*. Em ambas, quando a pessoa [psicológica ou biológica] morre, ela deixa de existir enquanto uma pessoa [psicológica ou biológica]; como essas características a definem enquanto um ser psicológico ou biológico, a própria morte resulta na ausência completa de existência¹³¹. E mesmo que o autor não aceite nenhuma versão da tese, destaca que ela seria capaz de demonstrar que nenhuma parte que interessa às pessoas continua a existir após a morte, pelo que a suposta sobrevivência – e a manutenção da identidade após a morte – seria sem valor.

Eu devo reconhecer que concordo que, quando uma coisa viva morre, ela deixa de existir como uma coisa viva; quando uma pessoa psicológica morre, ele ou ela deixa de existir como uma pessoa psicológica. Mas como eu penso que coisas vivas (incluindo pessoas psicológicas) são certamente objetos materiais, e penso que esses objetos materiais geralmente persistem (como cadáveres) pelo menos por um tempo após suas mortes, não estou preparado para aceitar qualquer versão interessante da tese da terminação. [...] A notícia boa é que a maioria de nós vai sobreviver à morte. A maioria de nós vai continuar a existir após morrermos. A notícia ruim é que, apesar de sobrevivermos à morte, e continuarmos a existir depois que morrermos, cada um de nós estará morto. Nós não teremos mais experiências psicológicas. Seremos apenas cadáveres. Tal sobrevivência pode ser de pouquíssimo valor¹³². (tradução livre)

¹²⁹ No original: “*TT* is not the thesis that when a person dies, he or she ceases existing as a person. It is the thesis that when a person dies, he or she simply ceases to exist. The person goes out of existence; subsequently, there is no such thing as that person. No object that exists afterward is such that we could correctly say of it, ‘this formerly was a living person.’ Terminators believe this. Survivalists deny it.” FELDMAN, Fred. *Confrontations with the reaper*. A philosophical study of the nature and value of death. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 91

¹³⁰ Cody Gilmore a apresenta nos seguintes termos: “A Tese da Terminação (TT) é a visão que: TT para qualquer x e em qualquer instante t , se x morre em t , então x deixa de estar presente em t . Aqueles que endossam TT – Terminadores – vão dizer que quando Lenin morreu, ele deixou de estar presente e, portanto, presumivelmente não está contido no seu display na Praça Vermelha agora”. (tradução livre) No original: “*The Termination Thesis (TT)* is the view that: *TT* for any x and any instant t , if x dies at t , then x ceases to be present at t . Those who endorse *TT*—Terminators—will say that when Lenin died, he ceased to be present and, hence, is presumably not contained in his display case in Red Square now”. GILMORE, Cody. When do Things Die. In BRADLEY, Ben et al. (Eds.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*. New York: Oxford University Press, 2012. p.5-59. p.7

¹³¹ FELDMAN, Fred. *Confrontations with the reaper*. A philosophical study of the nature and value of death. Oxford: Oxford University Press, 1992.

¹³² No original: “*I should acknowledge that I agree that when a living thing dies, it ceases to exist as a living thing; when a psychological person dies, he or she ceases to exist as a psychological person. But since I think that living things (including psychological persons) are certain material objects, and I think that these material objects generally persist (as corpses) for at least a little while past their deaths, I am not prepared to accept any interesting version of the termination thesis. [...] The good news is that most of us will survive death. Most of us will continue to exist after we die. The bad news is that though we will survive death, and will continue to exist after we die,*

A tese da terminação, ao postular o fim da existência da pessoa, implica por consequência que o morto também não possui identidade pessoal, corroborando os critérios continuístas. Jay Rosenberg defende expressamente tal visão, argumentando no sentido de não ser possível afirmar a continuidade da história de uma pessoa após sua morte¹³³. Para o autor, a permanência da pessoa, mesmo que diga respeito apenas às histórias que se conta após sua morte, demanda uma maneira de identificá-la com referência ao organismo funcional e situado no espaço-tempo, o que não é possível no caso dos falecidos.

Apesar de existir uma prática cotidiana de se referir aos falecidos como “pessoas mortas” – como se essas persistissem após a morte –, isso por si só não tem o condão de permitir a sua manutenção, gerando apenas aparências linguísticas desvinculadas das necessidades lógicas do raciocínio. A morte gera, portanto, uma transformação de tipo, uma vez que a pessoa se torna um cadáver, entidade distinta, com o término da história do sujeito¹³⁴. A não existência do sujeito autoconsciente, vinculado a um corpo físico, seria suficiente para negar qualquer tipo de existência do ser em questão.

A tese da terminação, portanto, resume a interpretação de que a identidade de uma pessoa não pode persistir após sua morte, seja pela impossibilidade de sobrevivência pelos critérios continuístas de identidade, ou apenas pela ausência daquilo que importa para as próprias pessoas, como a presença de experiências subjetivas ou um nível mínimo de funcionamento orgânico. No entanto, tais interpretações do conceito de identidade têm sofrido diversas críticas que ressaltam a abrangência do conceito, permitindo formas distintas de permanência e sobrevivência, o que constitui o tema da próxima seção.

each of us will then be dead. We will have no psychological experiences. We will just be corpses. Such survival may be of very little value”. FELDMAN, Fred. *Confrontations with the reaper. A philosophical study of the nature and value of death*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 105

¹³³ ROSENBERG, Jay F. *Thinking clearly about death*. US: Prentice-Hall, 1983. p. 97.

¹³⁴ ROSENBERG, Jay F. *Thinking clearly about death*. US: Prentice-Hall, 1983. A respeito dessa visão, Fred Feldman entende ser contra intuitiva em relação à experiência da linguagem, que não pode ser negada. A conclusão da tese de Rosenberg seria que cadáveres nunca existiram como pessoas, o que vai em contramão de toda a vivência no mundo. “Nós com frequência pensamos e falamos sobre coisas mortas de um jeito que revela que nós as pensamos como anteriormente vivas; que os corpos mortos que encontramos uma vez andaram ou nadaram com plena vitalidade. De fato, se você perguntar a uma pessoa não afetada pela filosofia para definir ‘morto’, ela provavelmente dirá ‘antigamente vivo, mas não mais’. Claramente, contudo, se qualquer versão da tese da terminação for correta, isso é uma maneira inaceitável de definir ‘morto’. Pois se a TTP é verdadeira, então nenhuma real pessoa atualmente morta viveu anteriormente [...] No melhor dos casos, objetos mortos de alguma forma descendem dos vivos” (tradução livre). No original: “*We often think and speak about dead things in a way that reveals that we think that dead things formerly lived; that the dead bodies we encounter once walked or swam with full vitality. Indeed, if you ask a person unperverted by philosophy to define “dead,” he will probably say “formerly living, but no longer.” Clearly, however, if any version of the termination thesis is correct, this is an unacceptable way to define ‘dead’. For if TTP is true, then no actually existing dead person formerly lived [...]* At best, dead objects are somehow descended from living things.” FELDMAN, Fred. *Confrontations with the reaper. A philosophical study of the nature and value of death*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 95.

2.2 A PERSISTÊNCIA DA IDENTIDADE POR MODOS DISTINTOS

A busca por critérios necessários e suficientes pelas quais possam ser encontradas as condições de permanência da identidade pessoal depende da tentativa de definir um critério superior a todos os demais. Assim, para fins de obtenção da forma correta de formular julgamentos e responsabilidades, autores que partilham dessas visões muitas vezes se utilizam de métodos hipotéticos, por meio dos quais exemplos são criados para a conceituação analítica da identidade.

No entanto, a dificuldade de gerar uma teoria unitária e coerente vem da pervasividade de julgamentos sobre identidades, que dependem sempre dos contextos práticos e performativos, das diferentes considerações em vista das demandas práticas distintas.

Nesse sentido, uma autora que busca se contrapor ao método tradicional e hipotético de definição da identidade pessoal é Marya Schetchman¹³⁵. A partir da consideração de que outras pessoas integram as vidas dos membros da comunidade, em situações distintas, de forma que os propósitos identitários também se tornam distintos, a autora percebe que existe uma multiplicidade de concepções de identidade, conectadas com os diversos contextos em que ocorre a prática de realização de julgamentos forenses¹³⁶. Diferentes ângulos podem ser adotados para entender a identidade da pessoa¹³⁷:

[N]ós inevitavelmente vamos terminar com uma variedade de candidatos para o nosso critério de identidade pessoal, surgindo das diferentes questões práticas que nós considerarmos. Cada um desses critérios propostos terá alguma legitimidade, já que irá capturar uma das concepções de personalidade e identidade pessoal que empregamos. Mas também será possível desenvolver contraexemplos convincentes envolvendo julgamentos de identidade em que esse critério particular não se aplica. Se buscarmos definir os limites de uma pessoa pela determinação dos limites da aplicabilidade de julgamentos práticos particulares, como o método tradicional faz, o

¹³⁵ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014.

¹³⁶ Acerca dos julgamentos forenses, conferir nota 101.

¹³⁷ A palavra pessoa, que compõe termo central na identificação da identidade pessoal, é em si mesma mutável e cambiável de sentido. “No dia a dia nós usamos a palavra ‘pessoa’ de várias maneiras. Às vezes queremos dizer ‘animal humano’, às vezes ‘agente moral’, às vezes ‘sujeito racional e autoconsciente, às vezes ‘detentor de direitos particulares, às vezes ‘ser com uma personalidade ou caráter definidos’, e existem vários outros sentidos. Cada uma dessas concepções de pessoa tem o seu próprio critério correspondente de identidade pessoal, e não existe razão para assumir que podemos encontrar uma relação única que sublinha nossos julgamentos sobre a identidade de uma ‘pessoa’ em todos os contextos” (tradução livre). No original: “*In everyday life we use the word ‘person’ in many different ways. Sometimes it means ‘human animal,’ sometimes ‘moral agent,’ sometimes ‘rational, self-conscious subject,’ sometimes ‘possessor of particular rights,’ sometimes ‘being with a defined personality or character,’ and there are many other senses as well. Each of these conceptions of person has its own corresponding criterion of personal identity, and there is no reason to assume that we can find some single relation which underlies our judgments about the identity of a “person” in every context.*” SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 2

fato de que existem diferentes tipos de julgamentos práticos associados aos fatos sobre identidade pessoal parece apresentar um obstáculo insuperável¹³⁸. (tradução livre)

Mesmo em vista dessa dificuldade, ainda existiria certo sentido de unidade na vida de um sujeito pelo qual se torna significativo responder se a pessoa que se encontra aqui e agora é a mesma que se encontrava antes, isso é, uma pergunta sobre a forma pela qual indivíduos podem continuar a existir¹³⁹. Deve-se encontrar uma maneira de definir a pessoa como singular, alvo de questões práticas associadas à identidade pessoal, cujas relações identitárias formadas possuem significância por si mesmas.

A primeira versão de uma interpretação desse tipo é denominada de *narrative self-constitution view* (visão da narrativa autoconstituente – NSCV)¹⁴⁰, que visualiza as pessoas como “locais individuais de interações práticas, para os quais toda uma série de interesses práticos e preocupações associados à personalidade são apropriadamente direcionados”¹⁴¹ (tradução livre). A partir desse raciocínio, as pessoas não são compostas por relações entre momentos individuais no tempo, mas a partir de uma estrutura de desenvolvimento que se desdobra, holisticamente unindo personalidade e identidade pessoal¹⁴², permitindo que um mesmo ser, que persiste e se modifica no tempo, seja tido como um local das mesmas preocupações práticas ao longo da vida.

A NSCV tem natureza lockeana, na medida em que focaliza a pessoa em termos forenses, porém busca retrabalhar as premissas da continuidade psicológica. Enquanto a continuidade clássica se dá no sentido psicológico de sobreposição de conexões – relação entre momentos distintos e focalizados um a um descrevendo a vida como momentos que são unidos –, a NSCV vê continuidade em termos de uma autonarrativa que constitui a forma pela qual se

¹³⁸ No original: “[W]e will inevitably end up with a variety of different candidates for our criterion of personal identity arising from the different practical questions we consider. Each of these proposed criteria will have some legitimacy, since it will capture one of the conceptions of personhood and personal identity we employ. But it will also be possible to develop compelling counterexamples to each proposed criterion by considering other practical contexts involving judgments of identity in which this particular criterion does not apply. If we seek to define the limits of a person by determining the limits of the applicability of particular practical judgments, as the standard method does, the fact that there are so many different kinds of practical judgments associated with facts about personal identity appears to present an insurmountable obstacle”. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 2-3.

¹³⁹ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 5

¹⁴⁰ SCHECHTMAN, Marya. Stories, Lives and Basic Survival: A Refinement and Defense of the Narrative View. In: *Royal Institute of Philosophy Supplement*. Vol. 60, p. 155-178. doi:10.1017/S1358246107000082; SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 99-109.

¹⁴¹ No original: “individual loci of practical interaction to which the whole set of practical interests and concerns associated with personhood are appropriately directed”. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 7.

¹⁴² SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 7.

opera no mundo. O movimento não é de reidentificação – o modo pelo qual um mesmo ser pode ser reidentificado ao longo do tempo por meio das relações entre momentos anteriores –, mas de caracterização, pelo qual a pessoa, portanto, constitui-se como uma personagem, a qual ações e experiências são atribuíveis¹⁴³.

Com isso, enquanto a continuidade psicológica entende a pessoa como partes que devem ser temporalmente unidas, a NSCV vê a vida como uma narrativa totalizante no qual momentos podem ser singularizados. E ter uma autobiografia narrada não implica na narração contínua, pelo próprio sujeito, de sua história para os demais, mas demonstra como as pessoas têm um conhecimento implícito do curso de suas próprias vidas, unindo passado, presente e futuro nas suas preocupações práticas¹⁴⁴.

A partir disso, a NSCV poderia superar os limites de uma interpretação lockeana focada na experiência subjetiva e de primeira-pessoa (que não concede *status* de pessoa a seres não autoconscientes) e manter sua natureza forense, pois na medida em que o sujeito é uma unidade inerentemente diacrônica, o todo de sua vida não se dá em termos de relações entre momentos individuais, e sim na estruturação narrativa na qual esses momentos desempenham papéis específicos¹⁴⁵.

O que faz alguém o tipo certo de coisa para ser tida como responsável por pelo menos uma parte de suas ações passadas e para ter preocupações prudenciais com pelo uma parte de suas experiências futuras não é simplesmente algum atributo que ela possui no momento (por exemplo, autoconsciência ou racionalidade), mas o fato de que eventos passados e futuros são ativamente incorporados na experiência presente. É o jeito pela qual a experiência é estruturada ao longo do tempo que gera conexões profundas entre diferentes momentos de uma vida que faz a pessoa um alvo apropriado para julgamentos forenses, [...] como algo que inerentemente se aplica sobre um período estendido de tempo, durante o qual a estrutura da experiência gera um local unificado diacronicamente e sincronicamente. [...] Uma narrativa não é meramente certos tipos de conexões entre um evento e o próximo; é uma estruturação inteira que dá unidade aos eventos que a compõem, em virtude do fato de que, juntos, instanciam tal estrutura¹⁴⁶. (tradução livre)

¹⁴³ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 99-101.

¹⁴⁴ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 99-101.

¹⁴⁵ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 102-103.

¹⁴⁶ No original: “*What makes someone the right kind of thing to be held responsible for at least some of her past actions and to have prudential concern for at least some of her future experiences is not simply some attribute that she possesses at the moment (e.g., self-consciousness or rationality), but the fact that past and future events are actively incorporated into present experience. It is the way in which experience is structured over time that generates the deep connections among different moments of a life that make a person a strongly appropriate target of forensic judgments, [...] as something that inherently applies over a stretch of time during which the structure of experience generates a diachronically as well as synchronically unified locus.[...] A narrative is not merely certain kinds of connections between one event and the next; it is a structural whole that gives unity to the events*

E a inclusão de sujeitos que não possuem a capacidade de se autonarrar se dá a partir da possibilidade de serem identitariamente criados pela narrativa alheia. Assim, junta-se a unidade proporcionada pela narrativa com o papel que os outros têm na construção da vida de uma pessoa, que não se dá em separado dos demais integrantes do meio. A vida é narrada pelo sujeito em conjunto com outras pessoas, permitindo o início ou a continuação da vida de um indivíduo impossibilitado de, em termos de primeira-pessoa, testemunhar o desenrolar de sua própria história¹⁴⁷.

Apesar de tais vantagens, Schetchman destaca que a NSCV ainda se prende a uma noção de desenvolvimento organizado e de estruturas características. Uma proposta que permita aplicabilidade à questão do morto somente poderia ser obtida a partir do momento em que a identidade seja definida pela unidade da vida de uma pessoa, entendida em termos não [exclusivamente] biológicos. Isso porque a atenção aos trajetos das narrativas, conforme desenvolvida por Schetchman, visualizaria um encerramento da narrativa, que é feita em atenção às fases da vida da pessoa (início, desenvolvimento e fim)¹⁴⁸.

within it in virtue of the fact that they together instantiate that structure.” SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life.* Oxford: Oxford, 2014. p. 102-103.

¹⁴⁷ “O que eu proponho é que pensemos nas narrativas constituintes de identidade não apenas como narrativas que criamos para nós mesmo, mas as narrativas de nossas vidas que são criadas em conjunção com outras pessoas. Bebês e pessoas com demência não podem se autonarrar, mas outras pessoas podem e formam concepções narrativas deles. De acordo com os propósitos do trabalho, a alegação não é sobre a forma pela qual os outros podem formar concepções narrativas sobre como são as crianças e as pessoas com demência (apesar de ser óbvio que podem fazer isso), mas sim sobre a forma pela qual podem começar ou continuar uma narrativa individual de vida que antecipa ou relembra o desdobramento da vida individual, trazendo o passado e o futuro para o presente, como se fosse, em nome da pessoa que não pode fazer isso por ela mesma. [...] No outro extremo da vida, o tratamento de pacientes com demência reconhece suas circunstâncias atuais como continuações de uma narrativa particular. Amigos próximos e familiares que tinham relacionamentos com a pessoa usualmente continuam esses relacionamentos com o paciente, mesmo quando este não mais os reconhece” (tradução livre). No original: “*What I propose is that we think of identity-constituting narratives not just as the narratives we create for ourselves, but the narratives of our lives that are created in conjunction with other people. Infants and the demented cannot self-narrate, but other people can and do form narrative conceptions of them. In keeping with present aims, the claim is not about the way in which others can form narrative conceptions of what infants and the demented are like (although of course they can do that as well) but rather about the way in which they can begin or continue an individual life narrative that anticipates or recalls the unfolding of that individual life, bringing past and future into the present, as it were, on behalf of the person who cannot do it herself. [...] At the other end of life, the treatment of dementia patients acknowledges their current circumstances as the continuation of a particular narrative. Close friends and family who had relationships with the person usually continue their relationship with the patient even when he can no longer recognize them.*” SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life.* Oxford: Oxford, 2014. p. 104-105.

¹⁴⁸ “Nós podemos com isso dizer que uma pessoa madura é a mesma pessoa que o bebê ou (em casos infortuitos) o paciente com demência porque existe um único curso de vida que começa (aproximadamente) com a infância, desenvolve-se com a maturidade, e se transfigura (possivelmente) na demência. A pessoa é definida pelo desenrolar do padrão na qual todos esses estágios desenvolvem seus papéis. [...] [A] natureza forense de um adulto maduro está intrinsecamente ligada a eventos da infância e entra em declínio pela estrutura da vida de uma pessoa” (tradução livre). No original: “*We can thus say that the mature person is the same person as the infant or (in unlucky cases) dementia patient because there is a single life course that starts (roughly) with infancy, develops into maturity, and devolves (possibly) into dementia. The person is defined by the unfolding of the pattern in which these stages all play their part. [...] [T]he forensic nature of the mature adult is inherently linked to the events of*

A visão aplicável à questão do morto pode ser extraída das considerações desenvolvidas em sequência pela autora¹⁴⁹ que, partindo da NSCV, entende pela necessidade de substituir a definição de “narrativa” em favor de uma estrutura unitária da vida de uma pessoa, não sendo instanciada por um único humano [animal]^{150 151}.

Essa abordagem, que vê a identidade de uma pessoa com base nas características unitárias de um tipo específico de vida, é denominada de *person-life view* (visão da vida-de-pessoa – PLV), que postula que “[s]er uma pessoa é viver uma ‘vida de pessoa’; pessoas são individuadas pela individuação de vidas de pessoas; e a duração de uma única pessoa é determinada pela duração da vida de uma pessoa única”¹⁵² (tradução livre).

A PLV é um esforço de definição quanto à estrutura básica da vida de uma pessoa, que a distingue dos outros tipos de vida, e que permite a individuação do sujeito e lhe dá unidade e permanência no tempo. Nesse sentido, a caracterização de um tipo de vida vivida por uma pessoa começa pelos casos paradigmáticos, que estabelecem uma estrutura geral que pode ser remoldada para vidas que não seguem esse mesmo padrão. Assim, Schetchman começa por estabelecer que uma *person life* (vida de pessoa) começa com um período de dependência social, a partir do qual as capacidades psicológicas se desenvolvem em um agente autoconsciente no sentido da NSCV, com tais funcionalidades sendo [possivelmente] atenuadas no período final da vida; a todo momento é marcada por interações com outras pessoas no campo da moral, da cultura e das normas pessoais¹⁵³. Uma vida de pessoa (ou forma de vida de pessoa) é aquela representada pela vida paradigmática de um humano enculturado e com uma curva de desenvolvimento convencional, pela qual todas as outras vidas (e desvios do paradigma) são medidas e julgadas.

infancy and decline by the structure of a person’s life.” SCHETCHMAN, Marya. Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 107-108.

¹⁴⁹ Destaca-se que Schetchman, em sua obra, não aborda diretamente a aplicabilidade de sua teoria às pessoas falecidas, pelo que se busca uma maneira de extrapolar os limites extraíveis diretamente do texto por ela desenvolvido.

¹⁵⁰ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life.* Oxford: Oxford, 2014. p. 107-109.

¹⁵¹ Schetchman entende que a ideia de narrativa pode ser útil se entendida no sentido da unidade estruturada e diacrônica, e não propriamente do seu caráter de estória. No entanto, o papel do ambiente social não fica claro nessa expressão, uma vez que a ideia de narrativa parece trazer um viés artístico, pelo que é adequado sua superação para fins de evitar mal compreendidos. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life.* Oxford: Oxford, 2014. p. 108.

¹⁵² No original: “*To be a person is to live a ‘person life’, persons are individuated by individuating person lives; and the duration of a single person is determined by the duration of a single person life*”. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life.* Oxford: Oxford, 2014. p. 110.

¹⁵³ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life.* Oxford: Oxford, 2014. p. 110-112.

Tal vida pode ser didaticamente distribuída em três componentes codependentes: atributos do indivíduo, interações típicas da vida cotidiana, e a infraestrutura da personalidade¹⁵⁴. Quanto ao primeiro, diz respeito às capacidades e funcionalidades físicas e psicológicas que uma pessoa desenvolve e possui; o segundo trata das atividades gerais da vida de um humano, que demonstram como ele é tratado e interage com os demais nos termos de uma forma de vida. O terceiro, por outro lado, é composto pela infraestrutura social e cultural das atividades, práticas e instituições que permitem a formulação da forma de vida¹⁵⁵, possibilitada pelas pessoas que, tipicamente, possuem capacidades forenses e engajam em certos tipos de práticas uns com os outros.

Essa infraestrutura explica certo tipo de postura culturalmente intrincada que é adotada automaticamente pelos membros da comunidade, sujeitos a certos tipos de atitudes em relação aos demais. Determina-se com isso o que denomina de *person-space* (espaço de pessoa), que são os parâmetros sociais e culturais por meio dos quais as interações são possíveis, realizam-se e permitem entender quais seres possuem a forma de vida compatível com a de uma pessoa¹⁵⁶. E ser pessoa é ter lugar no *person-space*.

A ideia é que, para realmente entender a vida-de-pessoa nós precisamos olhar não só para as interações sociais individuais e atividades práticas, mas para as estruturas estáveis de fundo que tornam isso possível. A vida-de-pessoa tradicional é, já disse, o tipo de vida vivida por um humano enculturado, e esse tipo de vida requer normas e práticas de fundo pelas quais indivíduos operam e definem os parâmetros de suas interações. Essa infraestrutura vai conter, dentre outras coisas, pressuposições sobre o quê (quem) é trazido para a forma de vida que é a personalidade¹⁵⁷. (tradução livre)

A noção de *person-space* é auto perpetuante, pois seres como os recém nascidos ou até ainda não nascidos – sem os atributos do indivíduo – são nela inseridos, possuindo os tipos

¹⁵⁴ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 112-114.

¹⁵⁵ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014.p. 114

¹⁵⁶ A definição da autora: “a infraestrutura social e cultural dentro da qual pessoas interagem e que dá sustentação à personalidade; [...] [É] algo que está presente sempre que há uma série de instituições e práticas que governam interações entre seres que tipicamente possuem capacidade psicológicas que apoiam atividades forenses (por exemplo, autoconsciência e racionalidade)”. (tradução livre). No original: “*the social and cultural infrastructure within which persons interact and which supports personhood. [...] [it’s] something that is present wherever there is a set of institutions and practices governing interactions among beings who typically possess the psychological capacities that stand behind forensic activities (i.e., self-consciousness and rationality).*” SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 115-128.

¹⁵⁷ No original: “*The idea is that to truly understand a person life we need to look not only at individual social interactions and practical activities but at the stable background structures that make these possible. The standard person life is, I have said, the kind of life lived by an enculturated human, and this kind of life requires background norms and practices within which individuals operate and which set the parameters of their interactions. This infrastructure will contain, among other things, presuppositions about what (who) gets brought into the form of life that is personhood*”. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 113.

de interação e de atividades típicas da forma de vida de pessoa. Ao desenvolver aqueles que nele se localizam, o *person-space* e a PLV demandam apenas que a noção de pessoa que se sustenta diga respeito a uma inscrição, na instituição, por parte daqueles que possuem tipicamente capacidades funcionais, por pelo menos parte de suas vidas, de forma suficiente a manter a estrutura em funcionamento (ao mesmo tempo em que a estrutura permite a formação dos atributos humanos)¹⁵⁸.

Schetchman explica a partir desses elementos que a definição de pessoa é, simplesmente, viver a forma de vida de pessoa – composta pelos tipos de interações que são peculiares às pessoas –, com um local no *person-space* – ser um local de interesses práticos aplicáveis a pessoas¹⁵⁹. Com isso, a pessoa mantém seu caráter forense e não é definida por certos atributos que detém, mas pela estrutura composta e constringida por fatos sobre o mundo e sobre os indivíduos^{160 161}. E a vida não paradigmática que algumas pessoas vivem – pela ausência de atributos funcionais – não impede sua inserção no *person-space*, pois não alteram o fato de que vivem dentro da forma de vida de pessoas.

Mesmo que certas pessoas não se desenvolvam ou não apresentem certos níveis de funcionalidade, continuam sendo o tipo certo de ser – com a forma de vida de pessoa – e, por isso, julgamentos sobre elas são realizados em conformidade com a estrutura social que circunda os membros da comunidade e com os locais apropriados de preocupação para com uma vida.

O ponto importante para os propósitos presentes, no entanto, é que a suposição implícita que um humano é uma pessoa não primariamente pela suposição específica de que aquele indivíduo vai desenvolver capacidades forenses, mas sim de que aquele indivíduo é “um de nós”, adequado a viver o tipo de vida que vivemos e a se engajar no tipo de interações que nós nos engajamos¹⁶². (tradução livre)

¹⁵⁸ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 114-118.

¹⁵⁹ “O que é necessário para ser uma pessoa nessa visão é viver uma vida-de-pessoa, o que significa engajar com os outros tipos específicos a pessoas, codificados na infraestrutura social, e tomar um lugar no espaço-pessoa.” (tradução livre). No original: “*What is necessary to being a person on this view is that one live a person life, which means engaging with others in person-specific ways codified in the social infrastructure, and taking a place in person-space.*” SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 131.

¹⁶⁰ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 119.

¹⁶¹ Isso impede considerações convencionalistas quanto à PLV. Schetchman explica, por exemplo, que tal caráter não possibilita que animais se tornem pessoas, pois reconhecer outros seres como pessoas não é contingente, mas depende de definições que carregam sentido e são baseadas em fatos sobre a natureza e a forma de vida das pessoas. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014.p. 121

¹⁶² No original: “*The important point for present purposes, however, is that the implicit assumption that a human is a person is not primarily an assumption specifically that this individual will develop the forensic capacities, but rather that this individual is ‘one of us’, suited to living the kind of life we lead and being engaged in the kinds of*

O que importa é que a inserção no *person-space* se dá a partir do momento que algo é visto como uma pessoa e incorpora as características da vida de pessoa, mesmo que de forma diminuída ou prejudicada¹⁶³. As características mais salientes das pessoas são suas capacidades forenses, ao desenvolverem a infraestrutura necessária pela qual demais entes são inseridos no centro de preocupação social.

No entanto, a estrutura social do *person-space* permite que certos humanos sejam vistos como pessoas de forma automática e não acidental, sem questionamento quanto às suas capacidades forenses e de desempenho de atividades específicas¹⁶⁴. Mesmo aqueles que não conseguem engajar em um mesmo nível de socialidade – desenvolvido por pessoas com uma trajetória típica de desenvolvimento – ainda participam dos rituais/práticas e são ativamente inseridos no contexto da forma de vida de pessoa¹⁶⁵.

Tais considerações auxiliam na construção de uma explicação sobre identidade pessoal em que a vida se torna o critério pelo qual se identificam os organismos dentro das suas condições de persistência. A composição física não marca as exigências para fixar identidade; é necessária apenas a capacidade de perceber uma série de atividades que formam um conjunto classificado como vida: a identificação e individuação de locais de interação por eventos e por formas de vida, e não por substratos materiais¹⁶⁶.

E a vida pode servir como mecanismo de (re)identificação e de continuação pela adoção de um modelo *cluster*, isso é, por características que por si não são necessárias nem suficientes para a manutenção de uma vida, mas que se reforçam e contribuem para o estar vivo¹⁶⁷.

A vida das pessoas implica tipicamente em funções biológicas, psicológicas e sociais. Todos esses componentes constituem o que define a identidade pessoal. A ideia de forma de vida de pessoa, e de identidade, inclui mais que as atividades e funções que marcam o

interactions we engage in". SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 124.

¹⁶³ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014.

¹⁶⁴ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 136

¹⁶⁵ O *standard* pelo qual suas vidas são vistas ainda é o de uma pessoa que possui todos os atributos do indivíduo – cognição sofisticada, agência concreta e, pode-se acrescentar, uma corporalidade funcional – e interage no meio social; isso não nega por si a inserção dos entes sem possibilidade de engajamento no contorno estrutural, mas define suas possibilidades e constrições factuais. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 130

¹⁶⁶ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 140-142; 194-198.

¹⁶⁷ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 145.

organismo humano, permitindo sua continuidade mesmo na perda ou comprometimento de uma dessas funções; o foco são as interações entre as diferentes dimensões, pela qual se é capaz de perceber o impacto da perda dessas funções em relação à continuidade da vida¹⁶⁸.

Na abordagem tradicional o fato de que continuidades biológicas, psicológicas e sociais estão entrelaçadas é visto como uma complicação que torna difícil a determinação de quais relações constituem continuação. No modelo *cluster* de propriedades, o funcionamento integrado é a verdadeira natureza das relações que constituem continuação. A existência dos tipos individuais de continuidade em suas formas “puras” é, na verdade, um caso degenerado da relação mais básica que contém todos os três. Se na abordagem tradicional, seríamos encorajados a determinar quais das continuidades comuns na vida de uma pessoa é a relação que define identidade, no modelo *cluster* da vida de pessoa somos encorajados a considerar como esses tipos diferentes de continuidade apoiam um ao outro e trabalham juntos para sustentar o funcionamento de uma pessoa como pessoa e, do outro, a olhar para os jeitos pelos quais diferentes tipos de descontinuidade comprometem tal integridade¹⁶⁹. (tradução livre)

O modelo *cluster* permite suportar uma dimensão de continuidade [prejudicada] da vida da pessoa, seriamente impactada pela perda das funções descritas. Como explica Schetchman, a pessoa continua se a vida da pessoa continua, e isso ocorre a partir do momento em que se trata e se reconhece alguém como o mesmo local unificado de preocupações práticas que anteriormente¹⁷⁰.

A autora aplica tal entendimento para demonstrar a continuidade da pessoa e de sua identidade nos casos de pacientes em *permanent vegetative state* (estado vegetativo permanente). Ainda que a perda das funções psicológicas seja total, e as funções biológicas sejam mantidas em condições subótimas, o sujeito continua sendo tratado pelos demais como uma pessoa e continua sendo alvo de preocupações práticas, tomando um lugar no *person-space*¹⁷¹.

¹⁶⁸ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 149-150.

¹⁶⁹ No original: “On the standard approach the fact that biological, psychological, and social continuities are intertwined is seen as a complication which makes it difficult to determine which relation constitutes continuation. On the property cluster model the integrated functioning is the true nature of the relation that constitutes the conditions of our continuation. The existence of the individual types of continuity in their “pure” form is in fact a degenerate case of the more basic relation that contains all three. Where the standard approach would thus encourage us to determine which of the standard continuities in a person’s life is the relation that defines identity, the property cluster model of a person life encourages us to consider how these different types of continuity support one another and work together to sustain the integrated functioning of the person as a person and, on the flip side, to look at the ways in which different types of discontinuity compromise that integrity”. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 150.

¹⁷⁰ SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 151

¹⁷¹ “A característica mais saliente, no caso de pessoas do mundo real em PVS [estado vegetativo permanente], que são vistas como continuando a vida de uma pessoa, é que elas não são pessoas típicas, mas pessoas em circunstâncias marginais e não usuais. Eu argumentei que vidas-de-pessoas continuam no PVS, mas sempre foi parte desse argumento que essas vidas são atenuadas e mínimas. Ninguém está sob a ilusão de que a vida-de-pessoa de alguém com PVS continua no mesmo modo que a vida de uma pessoa típica. PVS é um caso degenerado

A sobrevivência de sua vida e identidade certamente é diminuta em relação a momentos anteriores, sobretudo tendo em vista que uma corporalidade ativa continua sendo central para a organização estruturada da vida nas instituições e práticas. No entanto, a visão da continuidade dessa pessoa por meio de uma forma de vida prejudicada ou debilitada pode ser aplicada aos casos das pessoas mortas.

Tal movimento é realizado por Patrick Stokes, que visualiza a PLV como uma alternativa genuína que dá conta de explicar a experiência fenomenal dos mortos como pacientes morais persistentes¹⁷². Se a pessoa consiste em um local de união de interesses e práticas que envolvem interações com outras pessoas, e emerge do conjunto dos três fatores (físicos, subjetivos e intersubjetivos), sem depender da força de um só critério, as próprias noções de personalidade e identidade são dotadas de certa resiliência em casos desviantes da trajetória convencional, mas que continuam em harmonia com a prática cotidiana social.

PLV concorda com o neolockeanismo que ‘a mais saliente e distintiva característica das pessoas são suas capacidades forenses e tudo que segue delas’ (2014, 131). Mas o modo pelo qual essas capacidades forenses cruzam com nossos relacionamentos com outros e com a infraestrutura social da personalidade significa que a posse dessas capacidades não precisa ser uma condição necessária para que algo conte como pessoa. PLV expande o processo de autoconstituição narrativa para incluir narrativas contadas por outras pessoas, guiadas e responsivas às (derrotáveis e evolutivas) normas e convenções da infraestrutura social da personalidade¹⁷³. (tradução livre)

Certas entidades podem ser recipientes de atenções específicas às pessoas mesmo sem capacidade de reciprocidade, pois aqueles com capacidades forenses podem iniciar os tipos

de personalidade na melhor das circunstâncias. [...] Uma pessoa, nessa visão, não é uma série de características ou capacidades; é um local de interação, e um local que pode transcender a vida de um único organismo [...]” (tradução livre). No original: “*The salient feature is that the individual who is counted as continuing the person life in the case of real-world PVS is not a typical person, but a person in marginal and unusual circumstances. I argued that person lives continue in PVS, but it was always a part of this argument that these lives are attenuated and minimal. No one is under the illusion that the person life of someone with PVS continues in just the same way as a typical person life. PVS is a degenerate case of personhood in the best of circumstances. [...] A person on this view is not a set of characteristics or capacities; it is a locus of interaction, and a locus that can transcend the life of a single organism [...]*”. SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014. p. 156-171

¹⁷² STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402.

¹⁷³ No original: “*PLV agrees with neo-Lockeanism that ‘the most salient and distinguishing characteristic of persons is their forensic capacities and all that follows from them’ (2014, 131). But the way in which those forensic capacities intersect with both our relations with others and with the social infrastructure of personhood means that possession of those forensic capacities needn’t be a necessary condition for something’s counting as a person. PLV expands the process of narrative self-constitution to include narratives told by other persons, guided by and responsive to the (defeasible and evolving) norms and conventions of the social infrastructure of personhood.*” STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 4-5.

adequados de práticas e interações apropriadas ao *person-space*, isso é, reconhecimento como pessoa por outras pessoas, moldando o espaço da personalidade em si¹⁷⁴.

Da mesma maneira que os pacientes em estado vegetativo permanente continuam no *person-space* pelo tratamento dos demais, tipos semelhantes de cuidados, preocupações e reconhecimentos são dados aos mortos¹⁷⁵, o que possibilita que continuem sendo pessoas, via interações de mão única dos vivos, mesmo que de forma ainda mais degradada.

Nós mantemos (e nos sentimos presos a) promessas feitas aos mortos da mesma forma que faríamos com pacientes em PVS [estado vegetativo permanente]; semelhantemente, nós podemos sentir luto por pacientes PVS de forma muito semelhante à que sentimos pelos mortos. Nós tomamos profanações a túmulos, e coisas parecidas, como atos que desonram os mortos, e não meramente que causam ultraje aos vivos. Nós também temos uma infraestrutura social construída em volta do morto, que o preserva como objeto de preocupação moral e prática. Temos leis testamentárias e sucessórias, regras sobre como dispor de cadáveres e contra profanação de tumbas, inclusive normas sensitivas para a curadoria e exposição de restos humanos em museus, e recursos materiais e ritualísticos para comemorar os mortos, desde livros de condolências a memoriais de soldados desconhecidos. Toda essa infraestrutura ética e social serve para manter pelo menos algo da identidade social e da posição que o morto tinha antes de seu fim. [...] Os mesmos mecanismos da infraestrutura social da personalidade que distribuem culpas forenses também, de tempo em tempo, exoneram postumamente, por exemplo – um ato que apresenta a si mesmo como servindo a um interesse do morto, e não simplesmente dos vivos¹⁷⁶. (tradução livre)

Os mortos algum dia foram alvos dos tipos apropriados de expectativas forenses e sociais, como no estado vegetativo permanente, e embora a PLV aparentemente demande algum tipo de corporalidade física/material, isso não implica que pessoas não possam estar constituídas de formas distintas¹⁷⁷. Os mortos também são espacialmente [e temporalmente] localizáveis, com um *embodiment* estendido e difuso, na dimensão informacional e constitutiva

¹⁷⁴ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 5

¹⁷⁵ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 7.

¹⁷⁶ No original: “We keep (and feel bound by) promises to the dead just as we might with PVS patients; conversely, we may well grieve for PVS patients in much the same way as we do the dead. We take grave desecrations and the like to dishonor the dead, not merely to outrage the living. We also have social infrastructure built around the dead that preserves them as objects of practical and moral regard. We have testamentary and probate laws, rules about disposing of remains and disturbing old burial plots, increasingly sensitive norms for the curation and display of human remains in museums, and material and ritual resources for commemorating the dead, from online condolence books to tombs of unknown soldiers. All of this ethical and social infrastructure serves to maintain at least something of the social identity and standing that the dead had before their demise. [...] The same mechanisms of the social infrastructure of personhood that assign forensic guilt also, from time to time, posthumously exonerate, for instance – an act which presents itself as serving an interest of the dead rather than simply those of the living”. STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 7-12

¹⁷⁷ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 9

do ser, “na qual o realizador substantivo do morto no espaço-pessoa é a variedade de artefatos – físicos e mentais – que ele deixa para trás”¹⁷⁸(tradução livre).

Para rebater alegações que desembocariam em um fisicalismo, Stokes argumenta que os vivos também têm uma identidade difusa, cuja presença é difícil de localizar de forma única; pelas mídias e redes sociais é possível estar junto da/na vida alheia de forma cotidiana. Da mesma forma, a corporificação dos mortos se dá fenomenalmente nas formas pelas quais viveram, em que se incluem fotografias, vídeos e memórias, possibilitando encontros mediatos¹⁷⁹.

Para Stokes, essa visão explica um aspecto que a tese da terminação é incapaz de aceitar e de levar em consideração em sua análise, que é a intuição de que os mortos persistem como pacientes morais, fato esse demonstrado pelas práticas *person-directed* da sociedade¹⁸⁰.

O autor, conclui, portanto, que a PLV é capaz de negar a tese da terminação, reconhecendo que as práticas pervasivas e persistentes de tratamento do morto como um *locus* adequado de performances sociais o acomoda enquanto pessoa dotada de identidade pessoal, em grau distinto dos demais indivíduos. E com isso, consegue reconhecer as maneiras pelas quais essa persistência é distinta daquela experimentada pelos vivos, sobretudo pela ausência de preocupação subjetiva e pela necessidade constante de que aqueles que ficam mantenham o falecido dentro de suas expectativas e capacidades de memória¹⁸¹.

Os mortos ainda detêm lugar no *person-space*, e são julgados com base na forma de vida de pessoa, a qual se encontra gravemente impactada. O impacto é justamente pelo diálogo com a vida paradigmática, que não mais existe; no entanto, os vivos ainda tratam o morto como um integrante de sua forma de vida e reconhecem tais limitações: a expectativa forense que se tem do morto é, assim, compatível com os contornos de sua (não) atuação no ambiente social. E, justamente por ter vivido, possuiu certo nível de interatividade pela qual se pode antever sua permanência na infraestrutura da personalidade.

¹⁷⁸ No original: “*in which the substantial realizer of the dead in person-space is the range of artefacts – physical and mental – that they leave behind*”. STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 10.

¹⁷⁹ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 10-11.

¹⁸⁰ A tese da terminação seria capaz de perceber a dimensão de perda que advém da morte, presente na linguagem do morto como aquele que “se foi”, “não está mais aqui”; no entanto, a experiência tradicional demonstra que um ser não para de existir no instante mesmo de sua morte: persiste como um *ser morto*, o que por si só traz implicações éticas. STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 14.

¹⁸¹ STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402. p. 17-18.

Persistir toma a forma de uma experiência em terceira-pessoa, o que se torna mais evidente na análise da identidade no digital: essencialmente intersubjetiva, apoiada no *offline* e restrita às performances identitárias apropriadas. No entanto, apesar desse ancoramento físico, a identidade pode se manter após a morte biológica, explicando a fenomenalidade na manutenção dos deveres de lembrança e memória¹⁸².

Há nisso uma dimensão de divisão entre o *self* e a pessoa (*self/person split*). O *self* estaria presente nesse local momentâneo da experiência presente, que se apropria do passado e do futuro, em perspectiva subjetiva de “aqui e agora” (*here and now*) e “de frente” (*front-on*); e a pessoa, por sua vez, é um ser diacrônico e distendido, constituído narrativamente¹⁸³. A identificação de um encerramento completo pelo evento morte, com a perda da identidade, só assim seria na medida em que é um problema do *self*, em que a dimensão da presença subjetiva não existiria mais: para o *self*, a pergunta da sobrevivência no tempo só pode ser respondida como tudo ou nada, a partir da perspectiva em primeira pessoa do sujeito pensante¹⁸⁴.

Se a identidade é pensada na dimensão do social, dando origem à pessoa, o problema da morte (e da tese da terminação) pode ser pensado em termos de graus de manutenção. Com isso, enquanto a persistência da identidade não se dá de maneira forte (e não preserva “o que realmente importa” para o sujeito, isso é, a capacidade de permanecer experiencialmente presente)¹⁸⁵, é inegável que as pessoas continuam e são, com isso, objeto de preocupações e de julgamentos, em uma dimensão de relevância e de significado social constante¹⁸⁶.

¹⁸² Stokes entende que essa dimensão da identidade digital não representa uma falsidade quanto à “pessoa genuína”, e nem é menos verdadeira pela ausência de corporalidade estrita. Em sua visão, todas as identidades, independente do meio empregado, possuem uma dimensão limitada de compartilhamento, que implica distorções, na medida em que é (inter)reflexiva e aspiracional, levando em conta as múltiplas histórias que estão em jogo e a maneira pela qual as pessoas se percebem. STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 365-366; STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 49.

¹⁸³ STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 373-375.

¹⁸⁴ STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 375-378.

¹⁸⁵ Para Stokes, a dimensão de não subjetividade é constitutiva para o morto, e a impossibilidade do diálogo, paradoxalmente, permite a manutenção de um certo sentimento de presença e continuidade. A ausência de comunicação para com os vivos faz com que esses encarem o falecido como era enquanto ainda detinha consciência, e não como é hoje (um ser que não está mais presente). STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 138.

¹⁸⁶ “Existe uma assimetria crucial aqui: enquanto viver via meu perfil de Facebook não conta como eu-sobrevivendo para mim, para outros, pode ajudá-los a fazer contar como um tipo de eu-sobrevivendo em algum grau diminuto. [...] por que todas as demais pessoas sobrevivem às suas mortes e eu não? A resposta é que pessoas podem, em alguma dimensão identitária, sobreviver à própria morte por modos que os *selves* não podem. [...] Uma pessoa só pode sobreviver à própria morte na segunda ou na terceira pessoas [...]” (tradução livre). No original: “*There's a crucial asymmetry here: while living on via my Facebook profile does not count as me-surviving for me, for others it may assist in what counts as me-surviving to at least some small degree. [...] why can everyone else survive their death but I can't? The answer is that persons can, in some dimensions of their identity, survive their deaths in ways that selves cannot. [...] One can only survive one's death second- or third-personally [...].*”

Quando eu olho para o perfil de Facebook de um amigo morto, sua pessoa persiste na forma de sua fenomenalidade estendida, de forma essencialmente atemporal: eles existiam antes de morrer e, nessa forma muito mais fina e ainda assim fenomenalmente significativa, continuarão a existir amanhã. [...] Essas identidades digitais não representam, eu acho, uma forma totalmente nova de identidade, mas estendem nossas identidades existentes de modos convincentes, e consideravelmente melhoram nossa fenomenalidade póstuma na mente dos demais. Então, em um sentido importante, eles genuinamente ajudam os mortos a habitar dentre os vivos um pouco mais do que talvez fosse possível. Porém, fazem isso de uma maneira que torna a separação entre extinção da primeira-pessoa e persistência da terceira-pessoa ainda mais pungente¹⁸⁷. (tradução livre)

O autor entende que a experiência digital, com os correspondentes restos digitais, reconhece a distinção *self*/pessoa e pode fenomenalmente melhorar a experiência de lembrar do morto, não apenas na dimensão de sua memória, mas também de preservação de seu próprio ser. A dimensão da vivência permite a presença de certa contraditoriedade¹⁸⁸: enquanto os mortos são, de fato, ausentes, ainda assim permanecem como objeto de deveres, não indiretos aos vivos, mas devidos diretamente aos falecidos¹⁸⁹.

A presença de tais deveres [de lembrança e de memória] leva à conclusão de que existe sobrevivência moral após a morte biológica, proporcionada pelos vivos que recordam os mortos pelos meios adequados¹⁹⁰, valorizando-os pela vida que viveram e pelos atos que os faziam pessoas que merecem permanecer:

Os mortos continuam a nos reivindicar moralmente, porque por meio de nossa atividade de lembrança, nós os damos a mesma fenomenalidade continuada que

STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 372-377. Em outra oportunidade, Stokes pontua que pessoas são seres distintos dependendo do enfoque: o que uma pessoa é para si e o que é para os outros não coincide. STOKES, Patrick. Death and survival online. In CHOLBI, Michael (Ed.); TIMMERMAN, Travid (Ed.). *Exploring the Philosophy of death and dying*. Classical and Contemporary Perspectives. New York: Routledge, 2021. p. 200-209. p. 204.

¹⁸⁷ No original: “When I look at the Facebook profile of a dead friend, their person persists in the form of their extended phenomenality, in an essentially timeless way: they existed before they died and, in this much thinner but still phenomenally significant form, they’ll continue to exist tomorrow. [...] These online identities do not, I think, represent a truly new form of identity, but they do extend our existing identities in compelling ways, and considerably enhance our posthumous phenomenality in the minds of others. So in an important sense, they genuinely do help the dead dwell among the living a little longer than they perhaps might have done. Yet they do so in a way that actually makes the separation between our first-personal extinction and our third-personal persistence all the more poignant.” STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 378

¹⁸⁸ Há também certa ambiguidade: os mortos não mais existem e, ainda assim, os vivos conseguem se comunicar, ou, pelo menos, entendem que conseguem se comunicar, com eles. STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 79.

¹⁸⁹ STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 373-375. p. 364-368.

¹⁹⁰ Stokes entende que a própria divisão entre *self* e pessoa é o que possibilita a presença de interesses e danos póstumos. Isso porque o *self* cessa todos os seus interesses com a morte, mas a pessoa pode ser lesada em sua constituição intersubjetiva e em sua identidade social. 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>. A questão acerca do conteúdo que pode ser dado aos interesses que persistem do morto, e dos tipos de deveres que podem ser preservados, será melhor analisado no capítulo 4 deste trabalho.

permitem a eles nos reivindicar – circular, mas não, eu acho, de forma viciada. Os mortos dependem de nós para lhes dar, de novo, a independência. Isso absolutamente não é negar que, na memória, os mortos vivem em uma forma radicalmente diminuída; do contrário nossa própria dimensão de perda radical não teria sentido. Particularmente, a perda da reciprocidade e da comunicação é um componente essencial do sentido de perda dessa pessoa que é lembrada, do sentido de estar para sempre fora de nosso alcance. Mas ainda existe um sentido fenomenológico no qual, para nós – ainda que não para os próprios mortos, suas identidades morais estendem para além dos limites de suas vidas biológicas¹⁹¹. (tradução livre)

E, na fenomenologia contemporânea da lembrança, os restos [digitais] são as formas pelas quais os mortos aparecem¹⁹² e são dotados da importância moral que detinham quando vivos, na medida em que são aspectos informacionais constitutivos da pessoa¹⁹³. E, para Stokes, essa dimensão informacional é um dos aspectos que permitem antever a continuidade da identidade, pois o próprio ser se encontra distribuído e disperso, em uma dimensão de presença mediada¹⁹⁴, não necessitando de um local único como a experiência corporificada.

A pessoa existe não simplesmente em seu corpo, mas em tudo aquilo que a instância e que levanta aspectos de sua personalidade; esses componentes, por sua vez, persistem mesmo após a morte do corpo e são distribuídos, de forma visível, pelas demais pessoas¹⁹⁵, gerando uma preocupação contínua com a memória que se é perpetuada.

Animais humanos morrem, corpos se desintegram, *selves* deixam de existir, mas a pessoa, entendida como uma identidade constituída de forma prática e intersubjetiva, pode persistir de vários modos subótimos, incorporada de forma distinta em coisas diferentes. [...] Esses modos de persistência são, por óbvio, gravemente deficientes em relação à completa existência que o falecido tinha enquanto em vida, e, fenomenalmente, os mortos ocupam uma posição de ambiguidade ontológica: tanto completamente perdidos, e ainda assim presentes conosco, fenomenalmente presentes em nossas vidas (embora de um modo radicalmente diminuído) e ainda apresentando a si mesmos como objetos de atenção amorosa e respeito moral. [...] Os realizadores substanciais dessa identidade prática e intersubjetiva não são redutíveis ao meu corpo, ou ao meu organismo: eu, enquanto pessoa, também existo nas mentes dos outros, em

¹⁹¹ No original: “*The dead continue to claim us morally because through our activity of remembrance, we give them the very continued phenomenality that allows them to so claim us—circular, but not, I think, viciously so. The dead are dependent on us to give them back their independence. This is absolutely not to deny that in memory the dead live on in a radically diminished way; otherwise our very sense of radical loss would make no sense. In particular, the loss of reciprocity and communication is an essential component of what it is for this remembered person to be lost, to be forever beyond our reach. But there is still a phenomenal sense in which, for us if not for the dead themselves, their moral identity extends beyond the boundaries of their biological lives*”. STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012. p. 369; STOKES, Patrick. Duties to the Dead. In STOKES, Patrick (Eds.); BUBEN, Adam (Eds.) *Kierkegaard and Death*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 2011. p.253-73

¹⁹² STOKES, Patrick. The decay of digital personhood Towards new norms of disposal and preservation. In KOHN, Tamara et al. (Eds). *Residues of Death*. Disposal Reconfigured. London and New York: Routledge, 2019. p. 80-90. p. 83.

¹⁹³ 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>.

¹⁹⁴ STOKES, Patrick. Death and survival online. In CHOLBI, Michael (Ed.); TIMMERMAN, Travid (Ed.). *Exploring the Philosophy of death and dying*. Classical and Contemporary Perspectives. New York: Routledge, 2021. p. 200-209. p. 201.

¹⁹⁵ STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 67-68.

papeis em documentos legais eletrônicos, e nos vários perfis das mídias sociais em que me faço presente na vida dos outros e vice versa¹⁹⁶. (tradução livre)

Mesmo que a identidade persista de forma fenomenalmente resistente, e que possam ser atribuídos certos deveres morais à prática de lembrança, Stokes entende que estes devem ser sopesados em vista das razões que se tem para proteger tanto os vivos quanto os mortos¹⁹⁷.

Assim, a preocupação identitária implica que certas limitações sejam feitas, tais como a necessidade de preservação da “obra final” de vida do falecido, em uma espécie de curadoria da comunicação do morto, fiel a quem era enquanto vivo, para evitar o risco de ser sobrescrito e apagado pelo contínuo trabalho dos vivos sobre quem ele era¹⁹⁸. Da mesma forma, os que ficam para trás possuiriam interesses em práticas que preservem sua própria privacidade e que forneçam acesso fácil e completo à história que é contada sobre suas vidas ainda em andamento.

Uma distinção precisaria ser feita entre lembrança/recordação (*remembrance*) e substituição (*replacement*): lembrar seria preservar a identidade do falecido enquanto o ser distintivo que era, em si mesmo; substituir, por sua vez, constituiria reconstrução completa, à mercê dos interesses das pessoas vivas. Em vez de consistir em uma valorização de suas

¹⁹⁶ “No original: “*Human animals die, bodies disintegrate, selves cease to exist, but the person, understood as a practical and intersubjectively constituted identity, can persist in various suboptimal ways, embodied more or less distinctively in different things. [...] These means of persistence are clearly gravely deficient relative to the full sort of existence the deceased had when they lived, and phenomenally, dead persons occupy a position of ontological ambiguity: both wholly gone, and yet still very much with us, still phenomenally present in our lives (though in a radically diminished way) and still presenting themselves to us as objects of loving attention and moral regard. [...] The substantial realisers of that practical, intersubjective identity are not reducible to my body, or my organism: I qua person also exist in the brains of others, in paper and electronic legal documents, and in my various social media profiles through which I make myself present in the lives of others and vice versa*”. 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>. p. 242-244.

¹⁹⁷ STOKES, Patrick. The decay of digital personhood Towards new norms of disposal and preservation. In KOHN, Tamara et al. (Eds). *Residues of Death*. Disposal Reconfigured. London and New York: Routledge, 2019. p. 80-90; 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>. p. 246-247; STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 112-114.

¹⁹⁸ “A remediação dos conteúdos das redes sociais por outros usuários, e suas próprias contribuições para os perfis na forma de comentários, posts e coisas do gênero, tem o efeito de gradualmente sobrescrever e diluir o perfil na forma em que deixado pelo usuário. Essa vulnerabilidade sugere que a forma pela qual um artefato como o perfil de uma rede social é deixado deveria minimizar essa sobrescrita, balanceada em vista da necessidade de facilitar práticas de luto e de endereçamento direto que também são integrais em permitir que o falecido persiste no mundo” (tradução livre). No original: “*The remediation of social media content by other users, and their own contributions to profiles in the form of comments, posts and so forth have the effect of gradually overwriting and diluting the profile in the form in which the user left it. This vulnerability suggests that the form in which an artefact such as a social media profile is left should be such as to minimise such overwrite, balanced against the need to facilitate practices of mourning and direct address that are also integral to allowing the deceased to persist in the lifeworld*.” STOKES, Patrick. The decay of digital personhood Towards new norms of disposal and preservation. In KOHN, Tamara et al. (Eds). *Residues of Death*. Disposal Reconfigured. London and New York: Routledge, 2019. p. 80-90. p. 88.

existências, para Stokes, o falecido seria nessa perspectiva nada mais que uma peça substituível, a serviço dos papéis que a sociedade assim desejar que exerça^{199 200}.

Ainda que a sobrevivência que se pode obter *post mortem* não seja dotada dos mesmos caracteres da existência de um sujeito enquanto em vida, ainda assim conta como sobrevivência. E esse aspecto de permanência do ser é que torna o morto fenomenalmente importante no mundo após sua morte e é a fonte dos deveres de memória que os vivos têm que carregar em suas vidas²⁰¹.

Sobreviver, aqui, é sobreviver para e pelos outros, que contam a história do morto e retêm suas diversas faces na vida contemporânea²⁰². Embora consista em uma vivência ambígua, distinta e reduzida, não deixa de atrair a importância e o sentido de proteção quanto às pessoas que um dia foram e para com aqueles que ainda ficam.

[E]xiste ainda um sentido fenomenal em que, para nós, ainda que não para os próprios mortos, suas identidades morais se estendem além dos limites de suas vidas biológicas. [...] Sua face, suas palavras, sua voz, tudo isso permanece, tornando mais fácil para as pessoas te lembrarem e com isso te manterem vivo enquanto você mesmo, como um ser distinto e amável, na experiência dos vivos. É no melhor dos casos uma sobrevivência paradoxal, pois você tanto persiste quanto está completamente perdido, tudo no mesmo tempo. E ainda assim – você persiste. [...] De forma mais precisa, você sobrevive como uma pessoa morta, na memória e na experiência dos vivos, o que você faz em um sem número de lugares, que incluem sua cova, seu corpo, seus trabalhos (de qualquer tipo) e sua presença online. [...] Isso significa que os mortos dependem de nós para lhes dar de volta suas existências²⁰³. (tradução livre)

¹⁹⁹ Stokes identifica que o próprio caráter conjunto da identidade intersubjetiva permite que o ser morto perca sua identidade. “[A]s identidades que construímos online, como nossa vida mesmo, são sempre escritas em coautoria com outras pessoas. E, é claro, uma vez que morreremos, só existem essas outras pessoas para contar a nossa história por nós. [...] Como peregrinos tocando ou beijando uma relíquia ou estátua, bem gradualmente gastando-a pelo seu contato gentil e amável, toda interação com o perfil online do morto pode, imperceptivelmente, contribuir para a destruição daquilo a que se busca homenagear” (tradução livre). No original: “[T]he identities we build online, like our life itself, is always co-authored with other people. And of course, once we’re dead, there’s only other people left to tell our story for us [...]. Like pilgrims touching or kissing a relic or statue, very gradually wearing it away through their gentle, loving contact, every interaction with an online profile of the dead may imperceptibly contribute to destroying what it pays tribute to.” STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 100.

²⁰⁰ O movimento de recordação consegue preservar o caráter ambíguo do falecido, que está presente e ausente ao mesmo tempo; a substituição, por outro lado, esquece a dimensão da ausência e foca exclusivamente na presença, apagando o aspecto da perda insubstituível de um ente querido. A métrica pela qual se mediriam os abusos seria a preservação dos aspectos que tornavam a pessoa um ser valoroso e digno; os usos que o tratassem como um bem que serve exclusivamente ao interesse alheio deveriam ser repensados. A singularidade do morto somente é respeitada, na dimensão da fidelidade, ao recordar do morto enquanto morto, ao mesmo tempo perdido e presente. Deve-se lembrar que o falecido morreu, o que se torna cada vez mais difícil com os avanços da memória digital. STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 141-145.

²⁰¹ STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021.

²⁰² STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 92

²⁰³ No original: “[T]here is still a phenomenal sense in which, for us if not for the dead themselves, their moral identity extends beyond the boundaries of their biological lives. [...] Your face, your words, your voice all linger, all making it easier for people to remember you and thereby keep you alive as you, as a distinct, loveable being, in the experience of the living. It’s at best a paradoxical survival, for you both persist and are completely gone all at once. And yet – you persist. [...] More accurately, you survive as a dead person in the memory and experience

Esse tipo de identidade dispersa, realçada pela morte, é, portanto, uma forma distinta pela qual o falecido aparece no mundo como um ser [morto] que merece ser valorizado e protegido. A dimensão que persiste de si mesmo é aquela que fica retida na memória dos vivos, perpetuada pelos objetos de lembrança que são deixados e pelos atos de recordação das demais pessoas, tornando presente a pessoa ausente por meios compatíveis com a dimensão da perda e da insubstituibilidade provocada pelo evento morte²⁰⁴.

E a prática da memória, pelas pessoas vivas, impacta, por certo, a construção da vida do morto e a maneira pela qual sua permanência é mantida. Essa interação entre a história de vida do morto e a história contada pelos vivos é o objeto da próxima seção.

2.3 OS ENCERRAMENTOS E CONTINUAÇÕES DA IDENTIDADE NARRATIVA

Contar a história de vida de um sujeito significa inserir a pessoa em uma dimensão narrativa do existir, uma forma pela qual se permite tecer a vida como um conjunto inteligível de acontecimentos e vivências, que se encontra cultural e temporalmente situada. Entender a identidade pessoal enquanto um aspecto a ser narrado é, portanto, identificar na linguagem uma forma adequada de transmitir e conhecer o significado da existência de uma pessoa.

Um autor que empreende uma investigação nesse sentido é Paul Ricoeur. Em sua obra *Tempo e Narrativa*, dividida em três volumes, o autor busca interpretar as relações que podem ser firmadas entre a experiência humana, o tempo e a narrativa²⁰⁵, ao entender que o tempo somente aparece e tem extensão no ato de narrar, ao criar-se um entrelaçamento entre o que foi e o que virá.

[E]xiste entre a atividade de narrar uma história e o caráter temporal da experiência humana, uma correlação que não é puramente acidental, mas apresenta uma forma de necessidade transcultural. Ou, para dizê-lo de outra maneira: o tempo torna-se tempo humano na medida em que está articulado de modo narrativo, e a narrativa alcança sua significação plenária quando se torna uma condição da existência temporal²⁰⁶.

of the living, which you do in a number of places including your grave, your body, your works (of whatever sort) and your online presence. [...] This means that the dead depend upon us to give them back their existence". STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 87-105.

²⁰⁴ Stokes chama atenção que os atos de memória praticados pelas pessoas são diferentes dos registros materiais e das interpretações que desses podem ser feitos, pois a própria performance da lembrança altera a memória em questão. Ao manter os falecidos presentes na lembrança, há uma dimensão constitutiva de sobrescrita, que deve ser reconhecida. STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 101.

²⁰⁵ “A questão mais grave que este livro pode formular é saber até que ponto uma reflexão filosófica sobre a narratividade e o tempo pode ajudar a pensar juntas eternidade e morte”. RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 147.

²⁰⁶ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 93.

E é nesses termos que identifica a possibilidade de criar pontes entre o tempo fenomenológico (aquele que é sentido pelo sujeito) e o tempo cosmológico (fora do campo dos sentidos), entre as narrativas históricas e as narrativas fictícias, e entre a condição humana e a condição da temporalidade, encontrando na identidade narrativa uma resposta para essas aporias²⁰⁷, repousando em uma “estrutura temporal conforme ao modelo de identidade dinâmica oriunda de uma composição poética de um texto narrativo”²⁰⁸.

No volume 1 de “Tempo e Narrativa”, Ricoeur inicia o trajeto da investigação a partir de duas perspectivas pelas quais o caráter temporal da experiência humana se evidencia, permitindo entender a importância da narrativa para a configuração de um sujeito²⁰⁹ – a teoria do tempo encontrada nas Confissões de Santo Agostinho e a teoria da intriga na Poética de Aristóteles. Em Santo Agostinho, Ricoeur extrai uma inquisição quanto à natureza do tempo, que destaca a discordância que existe nos anseios de concordância da alma. A Poética, por sua vez, é uma forma de compreender a composição da intriga dramática, desvinculada do elemento temporal, na qual a concordância prepondera sobre a discordância²¹⁰.

Para Santo Agostinho, o tempo não existe enquanto realidade objetiva, mas na mente subjetiva do sujeito que o experimenta²¹¹. E o que explica a capacidade do ser humano de sentir o tempo é a intenção da sua alma (*intensio animi*), a forma psíquica de captar o tempo como um fluxo, promovendo a passagem do futuro para o passado, e a distensão da sua alma (*distensio animi*), a ampliação do tempo presente em passado e futuro pela faculdade da

²⁰⁷ GENTIL, Hélio Salles. Introdução. In RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. XI-XXII. p. XIX.

²⁰⁸ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 419

²⁰⁹ “[O] tempo se torna tempo humano na medida em que está articulado de maneira narrativa; em contraposição, a narrativa é significativa na medida em que desenha as características da experiência temporal.” RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 9.

²¹⁰ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 10.

²¹¹ GALUPPO, Marcelo Campos. A mulher de mais ou menos trinta anos: as idades da constituição. In *Anamorphosis*. Revista Internacional de Direito e Literatura v. 7, n. 1, janeiro--junho 2021. doi: 10.21119/anamps.71.65-83. p. 78-79. Santo Agostinho apresenta suas inquietações para com o tempo no seguinte sentido: “O que é o tempo, então? Se ninguém me perguntar, eu sei; mas, se quiser explicar a alguém que me pergunte, não sei: mas é com segurança que afirmo saber que, se nada passasse, não haveria tempo passado; se nada sobreviesse, não haveria tempo futuro; e, se nada fosse, não haveria tempo presente. Logo, aqueles dois tempos, passado e futuro, em que sentido eles são, se o passado não é mais, e o futuro ainda não é? Mas o presente, se fosse sempre presente e não se tornasse passado, não seria presente, e sim eternidade. Logo, se o presente, para que seja tempo, há de se tornar passado, como podemos dizer, a respeito dele também, que é, se a razão de sua existência é deixar de ser? De maneira que não afirmamos com verdade que o tempo é, senão porque ele tende a não ser”. AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Trad. Lorenzo Mammi. São Paulo: Penguin, 2017. p. 249.

percepção. O tempo seria essa forma de experimentar a mudança²¹², desdobrando-se na memória presente do passado, na visão presente do presente, e na expectativa presente do futuro²¹³. Esse caráter intensivo-distensivo seria discordante, na medida em que o espírito tenderia nas três direções e nunca coincidiria.

O caráter narrativo aparece com maior ênfase a partir das contribuições aristotélicas, que conjugam os conceitos de *mythos* e *mimesis* para superar a experiência discordante do tempo e permitir o referenciamento mútuo da ficção e da história²¹⁴. O *mythos* consistiria na composição da intriga (ou enredo), no agenciamento teleológico dos fatos que compõem uma trama; a *mimesis*, por sua vez, seria a atividade artística de criativamente imitar e representar o fazer humano, dinamicamente compondo as representações da ação e as transpondo em uma obra única, descrevendo de modo narrativo e dramático aquilo que ocorreu²¹⁵. O caráter poético de qualquer obra viria da construção e produção que é provocada por esse par: a arte de compor intrigas e, com isso, de imitar a experiência do tempo^{216 217}.

Por meio da *mimesis*, cria-se uma intriga ou trama que é representação criadora da ação (poética) e, nessa produção, há um agenciamento ordenado dos fatos, que não é puramente cópia da realidade, mas um fazer criativo. A ação é, com isso, a atividade mimética de agenciar fatos realizada por aqueles que representam personagens em ação²¹⁸.

²¹² GALUPPO, Marcelo Campos. A mulher de mais ou menos trinta anos: as idades da constituição. In *Anamorphosis*. Revista Internacional de Direito e Literatura v. 7, n. 1, janeiro-junho 2021. doi: 10.21119/anamps.71.65-83. p. 79.

²¹³ AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Trad. Lorenzo Mammi. São Paulo: Penguin, 2017. p. 252-254.

²¹⁴ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 56-92.

²¹⁵ Ricoeur explica que o *mythos* é o “o quê” da *mimesis*. A imitação criativa mimética, ao abrir um corte na ação representada, abre espaço para a criação e para a expressão de novos sentidos do fazer humano. RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 63.

²¹⁶ Daniel Vieira Sarapu resume a conjugação desse par e sua importância para teoria de Ricoeur, não sendo limitada ao discurso literário: “O discurso narrativo se caracterizaria a partir de um par conjugado de dois elementos: a *mimese*, que é a propriedade de representação ou imitação de uma ação do mundo real; e o *muthos*, que consiste na capacidade poética de agenciamento dos fatos em uma sequência ordenada. O par *mimese/muthos* originaria a figura da constituição da trama ou tessitura da intriga. Esta seria a atividade - isto é, o fazer humano - de narrar uma composição capaz de produzir uma estória capaz de tornar inteligível uma sequência episódica de acontecimentos que se sucedem temporalmente. Ricoeur (1994, p. 63) chama atenção para o fato de que o discurso narrativo não se caracterizaria pelo recurso à forma da narrativa literária como a que se verifica em um romance, por exemplo - ou, em termos técnicos, que assume a forma da composição diegética. Desde que o par *mimese/muthos* acima descrito possa ser apreendido a partir do conjunto ou do espírito da obra produzida, é possível se falar na existência do discurso narrativo [...]” SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

²¹⁷ Aristóteles explica que a trama dos fatos é a parte mais importante de um fazer poético, na medida em que ela mimetiza ações e não homens e nem a vida. A ação sempre tem prevalência sobre a personagem, na medida em que só pode existir unidade na ação. ARISTÓTELES. *Poética*. 2ª Ed. Trad. Paulo Pinheiro. São Paulo: Editora 34, 2017. p. 75-83.

²¹⁸ ARISTÓTELES. *Poética*. 2ª Ed. Trad. Paulo Pinheiro. São Paulo: Editora 34, 2017. p. 71-77; RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 58-67.

A poética fornece uma solução para o paradoxo do tempo estipulado pela *distensio animi* agostiniana, na medida em que enfatiza, pelo próprio caráter de agenciamento de fatos e de reprodução criativa da ação, o elemento da concordância que se insere dentro das discordâncias narrativas²¹⁹.

A concordância de uma obra tem atenção à noção de intriga, um conjunto de representações da ação que é completo, total e de extensão apropriada. A narrativa liga-se por questões de lógica e não de cronologia: a necessidade que se observa é a do verossímil ou do necessário, dispensando a presença de todos os elementos que poderiam fazer parte da composição²²⁰. Da mesma forma, a história é composta de começo, meio e fim, que não provêm da experiência, mas são efeitos diretos do ordenamento do poema. Não há acaso na escolha de fatos a serem contados, pois há uma sucessão necessária e provável, de onde se retira a própria noção de agenciamento ordenado²²¹. E, em razão dessas características, a unidade em torno da qual se formula a narrativa é dramática e não temporal: conecta-se com base naquilo que permite que uma mesma ação tenha começo, meio e fim^{222 223}.

A atividade de fazer criativo encontra na composição da intriga o caráter de coerência, pois, na imitação da ação, tem-se uma universalidade que permite antever cada evento como causado em razão do outro e não apenas depois do outro. Essa sucessão composta pela *mimesis* cria um modelo de concordância discordante, na medida em que a intriga consegue lidar com os incidentes discordantes nela inseridos e os transformam em verossímeis e necessários²²⁴. A concordância assim estruturada parte da construção criativa do fazer poético em direção ao

²¹⁹ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 68-74.

²²⁰ O verossímil deve ser persuasivo, submetido às exigências lógicas da coerência e as qualificações éticas do real. Com isso, o fazer criativo não é ilimitado, mas constricto pelo seu ambiente. RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²²¹ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²²² O *mythos* é dotado de um fio condutor, uma vez que a visão global dos acontecimentos só é possível a partir da perspectiva narrativa. A narrativa é um modo próprio de conhecimento, que se apresenta na sua configuração totalizante e autoexplicativa. SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 270-272.

²²³ “Na construção da intriga, a estrutura narrativa se impõe aos acontecimentos. Os eventos são organizados e agrupados entre si de modo a estabelecerem uma coerência narrativa interna entre eles. Para tanto, o historiador-narrador operaria uma seleção dos episódios relevantes para a história, enquanto relegaria ao esquecimento aqueles considerados impertinentes [...] Um componente crucial do princípio estrutural da narrativa é o fato de que a narrativa organiza os eventos a fim de torna-los inteligíveis no curso de uma estória, isto é, de um texto narrativo.” SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 259-261.

²²⁴ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 73-81.

público da obra, na dimensão de exercício da persuasão artística²²⁵. Com isso, Ricoeur busca indicar que aquilo que é experimentado pelo leitor deve ser construída no texto, sendo a inteligibilidade da concordância um produto comum deste e do público.

A atividade mimética exerce uma função de mediação, que é conduzir o mundo existente antes do texto àquele depois do texto; e a estruturação narrativa se inicia no autor e só termina no leitor. Há, com isso, uma junção entre o interior e o exterior da obra, presentes na finalidade interna de compor o texto e na finalidade externa de ser recepcionado²²⁶.

A essa operação realizada pela *mimesis* correspondem três operações miméticas. Na Mimesis I, Ricoeur identifica que a intriga, por ser imitação da ação, está enraizada numa pré-compreensão do mundo na qual a ação se insere, articulada em termos de signos, regras, relações interpessoais e toda uma rede simbólica que fornece um contexto de descrição para ações particulares. Assim, o primeiro momento da ação mimética é a ordenação da prática cotidiana de atuar com o outro que induz ao narrar, e tem como função pré-compreender o agir humano comum ao poeta e ao leitor²²⁷.

A Mimesis II, por sua vez, age como corte inteligível que permite a presença de um antes e um depois do texto, configurando o texto entre a pré-figuração do campo prático e a refiguração da recepção da obra. A partir dela, os acontecimentos (incidentes individuais) se tornam estória, organizados numa totalidade temática pelo ato configurante. Nesse segundo momento, a intriga compõe os fatos heterogêneos, como as personagens, os motivos, os caracteres, em um todo coerentemente incoerente, pela qual das ações particulares se configura uma unidade²²⁸.

O arranjo configurante transforma a sucessão dos eventos em totalidade significativa, reunida na capacidade da história narrada de ser acompanhada pelos ouvintes (*followability*). Assim, a intriga é conduzida a partir de um ponto de vista pelo qual a história forma um todo, encaminhada a uma conclusão previsível e aceitável pela reunião dos episódios²²⁹. E, pela

²²⁵ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 81-92.

²²⁶ A essa característica, Ricoeur dá o nome de prazer do texto, a penetração do verossímil e persuasivo, construído na obra, no mundo do espectador. RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 87-89.

²²⁷ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 96-111.

²²⁸ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 112-121.

²²⁹ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 116-119.

followability da história, não seria mais adequado em falar de distenção-intenção, mas de acompanhamento pela expectativa que leva a uma conclusão²³⁰.

Embora a configuração da intriga determine um sentimento de ponto final na história, essa aí não se encerra, pois é necessário considerar que a *followability* é seguida de uma capacidade da história de ser recontada. E o novo acompanhamento da trama é regido pelo modo que anteriormente terminou. Em vista disso surge a Mimesis III, que identifica o percurso da atividade criativa que somente se encerra no leitor, ao alcançar o sentido da obra no seu próprio tempo²³¹. Essa *mimesis*, construída na obra e efetuada fora da obra, é o encontro do mundo configurado pelo poema e o mundo no qual o poema é encontrado, pelo que a ação futura se desdobra em uma realidade apropriada pelo leitor. Assim “a obra se destaca do fundo opaco do viver, do agir e do sofrer, para ser dada por um autor a um leitor que a recebe e assim muda seu agir”²³².

Acerca das três operações miméticas, resume Marcelo Campos Galuppo:

Ricoeur entende que a inteligibilidade de um texto se assenta em uma tríplice atividade mimética, que ele chama de pré-figuração, configuração e refiguração. Primeiro, como condição de sentido de qualquer texto, antes mesmo de a ação ocorrer, existe uma estrutura narrativa inerente à própria vida, uma estrutura que, graças à temporalidade, torna o mundo inteligível: a inteligibilidade dos eventos depende do fato de que eles se inserem em uma estrutura temporal. Em um segundo momento mimético, esses eventos precisam ser configurados pelo autor através de uma série de mediações para que sejam transformados em uma tessitura através de um ato ordenador da razão. Finalmente, ocorre um terceiro momento da mimesis, em que o leitor decodifica o texto e seus mistérios, refigurando-o em sua mente, completando a obra iniciada pelo autor através da fusão de seu horizonte interpretativo com o horizonte do próprio autor: “Por meio do autor, o tempo passado da estrutura pré-narrativa se prolonga no presente. Por meio do leitor, o tempo passado da estrutura pré-narrativa e o tempo presente da narração se prolongam no futuro” (Ricoeur, 1994, p. 110)²³³.

Com as Mimesis I, II, III, de uma experiência humana mediatizada encontra-se uma ação em busca de narrativa e uma vida humana em termos de história a ser contada. E os

²³⁰ Acerca da *followability*, o encadeamento de eventos na história deve permitir que a sua conclusão seja vista como consequência natural, dotada de aceitabilidade. Para isso, a história seguível deve ter uma direção, na qual as expectativas de desenvolvimento se concretizam com o avançar da história; um caráter de autossuficiência e um *telos* para com a conclusão que, dentre todas as possíveis, é a mais coerente com a configuração das ações narradas. SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 262-263.

²³¹ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 122-156.

²³² RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 94. RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 91.

²³³ GALUPPO, Marcelo Campos. A mulher de mais ou menos trinta anos: as idades da constituição. In *Anamorphosis*. Revista Internacional de Direito e Literatura v. 7, n. 1, janeiro–junho 2021. doi: 10.21119/anamps.71.65-83. p. 80-81.

diversos eventos desconexos [e discordantes] nada mais seriam que histórias ainda não contadas, que pedem para ser contadas e que fornecem pontos de apoio para a narrativa²³⁴.

Ricoeur entende que a história de uma vida procede de histórias não contadas na direção de histórias efetivas que o sujeito poderia assumir para si e ter como identidade pessoal. E é a busca da identidade que garante a continuidade entre a história potencial e história que é expressa pela obra. Essa história descoberta pela Mimesis I e configurada pela Mimesis II é reconfigurada pelo ato de leitura presente na Mimesis III, pelo que se torna possível afirmar que o leitor termina a obra, e que esta, em sua forma escrita, não passa de um esboço para leitura²³⁵.

A partir disso, pode-se afirmar a centralidade da Mimesis III para a identidade narrativa e para as repercussões disso na figura do morto. Isso porque acompanhar uma história é também atualizá-la em termos de leitura, e a estruturação só se encerra no leitor e se completa com ambos os sujeitos (narrador e espectador), o que torna impossível à composição da intriga encerrar-se no fechamento do texto, isso é, naquilo que foi feito em vida por alguém²³⁶.

O ato de narrar-recontar a identidade de um sujeito impede a visualização de seu fim último enquanto ato derradeiro de narração subjetiva, ou em primeira-pessoa. A conclusão da obra se desenha por aqueles que permanecem com os atos de memória; o fim último não é o tempo cronológico do encerramento biológico, pois a própria estrutura narrativa rompe com a finitude de um tempo progressivo e que encerra as possibilidades do texto. A leitura de uma identidade torna presente a configuração da intriga conforme a ação humana que representa. E a história, que tem um sentido de desfecho, leva em conta a perspectiva dos outros, que podem carregar o peso de compor a intriga deixada incompleta pela obra a ser narrada [identidade pessoal].

Há, com isso, uma fusão de horizontes entre o mundo do texto e o mundo do leitor e, para Ricoeur, interpretar um texto é menos restituir a intenção de um autor e sim um movimento de desabrochar mundos, pelos quais, no refazimento da ação, novas possibilidades de configuração são abertas²³⁷.

²³⁴ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

²³⁵ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 131.

²³⁶ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²³⁷ O autor usa a palavra mundos em um sentido específico, significando o conjunto de referências elaboradas por todos os textos que as pessoas já leram, interpretaram e atribuíram sentido. Criar mundos é, nesse prisma, compreender as formas pelas quais um texto pode ser significado a partir das situações de cada leitor. RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 137.

O fazer narrativo ressignifica o mundo na dimensão do tempo, pois narrar é refazer a ação²³⁸. Isso é feito em atenção ao que já foi pré-figurado na ação: os acontecimentos passados são dotados de um caráter de realidade que a narrativa não pode nem almeja atingir; no entanto, o potencial desse ato criativo de narrar é justamente retratar o real acrescido das significações da intriga composta que, abreviada, focada e totalizante, amplia o horizonte de existência de uma história²³⁹.

A dimensão narrativa do tempo e da identidade é de crucial importância, na medida em que permite agenciar os fatos de uma vida em uma totalidade organizada que, para ser compreendida, exige ação constante sobre ela, tal como a prática de lembrar e realizar juízos de valor²⁴⁰. Os fatos só existem nas e pelas intrigas, no seio das quais ganham importância.

Não só isso, a própria noção de intriga é o que possibilita a continuidade de uma história, mesmo diante de suas discordâncias e paralisações, da qual o evento morte figura como importante marco e desafio a ser superado. A intriga é, por sua natureza, conhecimento mutilado e incompleto, o que permite reconhecer que as inconsistências e lacunas somente podem ganhar subsistência em um contar da vida que combine a obra do autor com a leitura dos demais²⁴¹.

Uma história de vida (em que ações, pensamentos e sentimentos têm uma direção particular) deve ser capaz de ser escrita e reescrita, de forma a reordenar os detalhes em um conjunto inteligível. O caráter concordante-discordante das narrativas torna aceitável novas maneiras de compreender a história, ancoradas nos três níveis da atividade mimética.

No volume 3 de “Tempo e Narrativa”, Ricoeur dá maior ênfase à relação entre mundo do texto e mundo do leitor²⁴². O fenômeno da leitura que surge com a Mimesis III é o que permite a confrontação entre o caráter fictício do texto literário e o caráter real do leitor que o

²³⁸ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 132-239.

²³⁹ “Toda narrativa não é contada como se tivesse acontecido, como comprova o uso comum dos tempos verbais do passado para contar o irreal? Nesse sentido, a ficção tomaria empréstimos da história tanto quanto a história toma empréstimos da ficção. É esse empréstimo recíproco que me autoriza a formular o problema da referência cruzada entre a historiografia e narrativa de ficção. [...] E a história, por sua vez, não permanece histórica apenas se, ao mesmo tempo em que corre acima da morte, ela se previne contra o esquecimento da morte e dos mortos e continua sendo uma lembrança da morte e uma memória dos mortos?” RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.140-147.

²⁴⁰ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²⁴¹ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 282.

²⁴² O segundo volume de “Tempo e Narrativa”, denominado “A configuração do tempo na narrativa de ficção”, aborda a teoria da narratividade partindo das narrativas de ficção, utilizando exemplos como “Mrs. Dalloway” (Virginia Woolf), “Montanha mágica” (Thomas Mann) e “Em busca do tempo perdido” (Marcel Proust). Assim, por não possuir pertinência com o objetivo da presente pesquisa – a teoria narrativa e suas interseções com a identidade pessoal –, optou-se por não analisar referido Volume.

apreende, de forma que a obra tem como ponto de partida o autor, que se coloca dentro do texto, e tem como ponto de chegada o espectador²⁴³.

Enquanto a composição da obra – e o trabalho de configuração que isso implica – rege os aspectos possíveis da leitura, é o leitor que apreende a obra como um todo unificado e como o fazer criativo de um enunciador. Na leitura, o leitor responde ao autor e dialoga com o que foi escrito, o que é feito tanto na dimensão do confronto quanto na dimensão da companhia, por meio da qual ambas as partes são reconduzidas em direção a si mesmas, no trabalho de elaboração de suas próprias obras e no campo da ação efetiva²⁴⁴.

Para Ricoeur, não existe configuração da obra sem o trabalho de refiguração e de acompanhamento pelo leitor, que desdobra o mundo que lhe foi apresentado. A leitura é um meio/lugar que o leitor atravessa, ao incorporar o ensinamento da leitura à sua visão de mundo. E nisso, o texto se apresenta de modo a enfrentar e a conectar os diferentes cursos de ação que podem ser seguidos; na leitura, o leitor submete suas expectativas às desenvolvidas pelo texto, refigurando a si mesmo enquanto interpreta a configuração desse mundo fictício²⁴⁵.

O ato de leitura é, portanto, o ato de concretizar o texto que foi deixado inacabado, tendo o leitor a tarefa de encontrar uma solução moral e estética apropriada, na medida em que o autor o auxilia a se tornar mais idêntico a si mesmo²⁴⁶.

A chave para a compreensão dessas tensões resultantes da leitura, e também para a compreensão da identidade narrativa, é a tese de Ricoeur sobre o entrecruzamento da história e da ficção²⁴⁷. Para o francês, história e ficção se formam tomando emprestadas uma da outra suas respectivas potências: a de representação do passado e de variação imaginativa dos eventos, possibilitando uma refiguração do tempo em termos humanos.

A história, entendida como reconstrução do passado, se ficcionaliza na medida em que usa em sua escrita as formas de composição de intriga da literatura. Os acontecimentos, pela

²⁴³ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 267-309.

²⁴⁴ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 279.

²⁴⁵ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 298-308.

²⁴⁶ Ricoeur explica que o leitor se irrealiza a partir da obra, isso é, também se ficcionaliza e se torna outro em relação ao mundo em que habitava anteriormente. A retórica da ficção expõe o leitor a um autor que busca torná-lo idêntico a si mesmo, pela incorporação do que leu à sua visão de mundo. “[Q]uanto mais o leitor se irrealiza na leitura, mais profunda e mais longínqua será a influência da obra sobre a realidade social. Não é a pintura menos figurativa que tem mais chances de mudar nossa visão de mundo?” RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 306-309.

²⁴⁷ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 310-328.

narrativa histórica, são colocados como quase presentes diante dos olhos do leitor, suprindo o caráter pretérito de suas ocorrências. A história é sempre contada como algo que ocorreu, o que implica um movimento de suspensão da descrença, retirado diretamente das intrigas, e uma cumplicidade entre voz narrativa e leitor, permitindo ler o fato histórico como um romance²⁴⁸. E a aceitação desse pacto permite que a trama seja posta diante dos olhos do leitor como a própria história [de vida] que está sendo narrada, seja a de uma comunidade ou de um indivíduo, suscitando ilusão de presença.

A ficção é, por sua vez, histórica, pois narrar qualquer coisa é narrar como se tivesse se passado, de forma a possuir pretensões veritativas. Os eventos contados numa narrativa de ficção são fatos ocorridos anteriormente para a voz narrativa que se dirige ao leitor. Assim, os acontecimentos “irreais” são inclusos no pacto de crença da leitura de que os acontecimentos pertencem ao passado da voz que narra²⁴⁹. O fictício adota uma dimensão de quase-passado, que é capaz de identificar, pela verossimilhança, as potências escondidas na narrativa, como formas distintas de entender e de perceber o que poderia ter ocorrido.

O quase passado da ficção torna-se assim o detector dos possíveis escondidos no passado efetivo. O que “poderia ter acontecido” – o verossímil segundo Aristóteles – abarca tanto as potencialidades do passado “real” como os possíveis “irreais” da pura ficção. [...]. Livre da imposição exterior da prova documentária, a ficção não está internamente amarrada pelas obrigações para com o quase passado, que é um outro nome da *imposição do verossímil*? Livre *de...*, o artista ainda tem de se tornar livre *para...*[...] E a dura lei da criação, que é a “reproduzir” [*rendre*] da forma mais perfeita possível a visão de mundo que anima a voz narrativa, não simula, até a indistinção, a *dívida* da história para com os homens de antigamente, para com os mortos? Dívida por dívida, qual, a do historiador ou a do romancista, é a mais impagável?²⁵⁰

O entrecruzamento de história e ficção demonstra a ausência de neutralidade da intriga, indicando que não se pode narrar qualquer evento e desenvolver qualquer intriga, estando o autor e o leitor presos à dívida da história e às constrações do imaginativo verossímil da ficção²⁵¹. E a ficcionalização da história e a historicização da ficção dizem respeito à maneira de responder perguntas concernentes à identidade, entendida por Ricoeur como uma categoria

²⁴⁸ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²⁴⁹ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

²⁵⁰ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 327-328.

²⁵¹ RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 325-328.

da prática²⁵². Abordar a identidade de um sujeito é responder quem é o agente que fez uma ação, contar quem é o autor da ação que está sendo narrada.

O termo identidade pode, nessa linha, ser entendido não como uma operação formal ou substancial (identidade *idem*), mas como uma composição poética e dinâmica pela qual a coesão de uma vida encontra lugar nas diversas mudanças e mutabilidades pelas quais é perpassada (identidade *ipse*)²⁵³. A identidade narrativa é esse local em que a pessoa pode se reinventar e ser reinventada, reconhecendo-se na história que conta a si mesmo sobre si mesmo.

Responder à pergunta “quem?”, como disse claramente Hannah Arendt, é contar a história de uma vida. A história contada diz o *quem* da ação. *Portanto, a identidade do quem não é mais que uma identidade narrativa.* [...] Diferentemente da identidade abstrata do Mesmo, a identidade narrativa, constitutiva da ipseidade, pode incluir a mudança, a mutabilidade, na coesão de uma vida. O sujeito aparece então constituído simultaneamente como leitor e como *scriptor* de sua própria vida, conforme o desejo de Proust. Como se comprova pela análise literária da autobiografia, a história de uma via não cessa de ser refigurada por todas as histórias verídicas ou fictícias que um sujeito conta sobre si mesmo. Essa refiguração faz da própria vida um tecido de histórias narradas²⁵⁴.

Com isso, a identidade narrativa decorre das retificações e refigurações sem fim da narrativa anterior por uma posterior. Não é, portanto, uma identidade estável e sem falhas, sendo possível tramar diferentes intrigas sobre a vida²⁵⁵. E nesse fazer e desfazer, entre história e ficção, a identidade consegue fazer frente aos anseios da atividade mimética que demanda uma pré-compreensão de um mundo da vida e sua refiguração pelo contato com a obra de vida dos demais²⁵⁶. A prática da narrativa da identidade pessoal é uma experiência de pensamento mediante a qual os leitores se exercitam em habitar mundos estranhos a eles mesmos, se

²⁵² Para Henry Isaac Venema, as repercussões da identidade narrativa na obra de Ricoeur dizem respeito à compreensão do autor de que a narrativa tem capacidade de refigurar não só a experiência do leitor, mas sua própria identidade; isso é, a capacidade transformadora da vida que é encontrada na arte da obra narrada. VENEMA, Henry Isaac. *Identifying Selfhood*. Imagination, narrative, and hermeneutics in the thought of Paul Ricoeur. State University of New York Press, 2000. p. 116.

²⁵³ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 418-420.

²⁵⁴ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 418-419.

²⁵⁵ RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 421-423. A identidade narrativa não é uma série de eventos incoerentes e nem substâncias imutáveis, mas o jogo dinâmico que advém dessa composição criativa. Uma visão estanque de identidade pessoal seria incapaz de apreender o dinamismo da vida humana. RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 32.

²⁵⁶ “A compreensão de si é uma interpretação, a interpretação de si, por sua vez, encontra na narrativa, entre outros signos e símbolos, mediação privilegiada; esta última se abebera na história tanto quanto na ficção, fazendo da história de uma vida uma história fictícia, ou, digamos, uma ficção histórica, entrecruzando o estilo historiográfico das biografias ao estilo romanesco das autobiografias imaginárias”. RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 112-113.

tornando os agentes da ação configurada²⁵⁷ e transformando a ação que é contada. Narrar uma identidade é compor a intriga de um personagem com comportamentos, sendo percebida pelos outros e preparando a ação desses, na dimensão de recepção da obra.

O sujeito que trabalha essa identidade narrativa intersubjetiva já conhece a história de vida de uma pessoa, sobretudo quando essa já faleceu, e desempenha uma atividade de leitura desse texto. Há, no entanto, um trabalho a ser realizado sobre essa obra inacabada, que envolve tanto a configuração da intriga que foi deixada para trás quanto a sua refiguração no mundo da vida do leitor, afetado pelos eventos reconstruídos. Ao abordar a atividade da narrativa historiográfica, explica Daniel Vieira Sarapu:

[O] historiador estabeleceria relações entre os fatos do passado a fim de situá-los dentro de um contexto histórico mais amplo em que adquirem significado. Assim, a história seria fruto de uma narrativa interpretativa responsável por produzir um juízo sintético que proporciona uma compreensão em conjunto" dos episódios do passado relacionados entre si. Com isso, mais do que escrever a história, a tarefa do historiador seria a de reescrevê-la a fim de que o passado se torne compreensível a quem deseja conhecê-lo. [...] Contudo, o historiador e seu leitor já conhecem a história. Eles não seguem a história segundo o *telos* que a direciona para a sua conclusão. Pelo contrário, eles procedem "de trás para frente" (*backwards*), isto é, lançando um olhar retrospectivo aos fatos históricos que já conhecem. Desse olhar nasceria um juízo reflexivo por parte do historiador, no sentido de produzir uma configuração inteligível de relações aos olhos do leitor. A ênfase da historiografia estaria, portanto, mais na atividade de organizar a história do que em acentuar o conjunto de fatos históricos que originaram uma história²⁵⁸.

Na realidade, a atividade do leitor da obra de uma pessoa falecida se encontra nessa organização criativa de um enredo de vida, que tem atenção aos elementos pré-figurados dos quais ele parte, configurando-os em uma narrativa própria que servirá como móvel de sua ação futura, na dimensão da refiguração do sentido de existência do sujeito²⁵⁹. Esse processo pode

²⁵⁷ “[A] estratégia de persuasão fomentada pelo narrador visa impor ao leitor uma visão de mundo que nunca é eticamente neutra, mas que induz implícita ou explicitamente uma nova avaliação do mundo e do próprio leitor: nesse sentido, a narrativa já pertence ao campo ético em virtude da pretensão, inseparável da narração, à justiça ética. Cabe ao leitor, que volta a ser *agente*, iniciador de ação, escolher entre as múltiplas proposições de justiça ética veiculadas pela leitura”. RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. Trad. Claudia Berliner. Revisão Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 423.

²⁵⁸ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 268-269.

²⁵⁹ Henry Isaac Venema explica que a identidade na narração é um jogo formado pela sedimentação dos fatos e pela inovação do texto, que proporcionam a descoberta transformadora da história vivida dos sujeitos envolvidos na atividade mimética. O ato de narrar, portanto, transforma tanto o que é representado quanto os sujeitos que representam tais ações, seja pelo narrador ou leitor. “Representação narrativa, para Ricoeur, é sempre uma reprodução produtiva, uma inovação criativa em conexão com uma sedimentação descoberta, um processo dinâmico em que ele ‘acredita ser possível evitar a alternativa proposta por David [Carr] e, em vez disso, abraçar ambos os aspectos do dilema: uma vida em busca de sua própria história’ (OPR 181). Esse é o ponto central de *Tempo e Narrativa*: indivíduos e comunidades estão em busca de suas identidades narrativas. A vida busca por narrativas que irão dar uma configuração significativa a eventos tanto realizados quanto sofridos. Identidade narrativa é a inovação que adiciona algo novo ao ‘espaço da experiência’ e a descoberta de nossa história incipiente. Dá configuração à vida de forma que pode se tornar uma configuração para a vida, isso é, uma inovação prescritiva que transforma a experiência.” (tradução livre). No original: “*Narrative representation is for Ricoeur*

ser visto como uma espécie de síntese narrativa, por meio da qual as histórias acabam por se entrelaçar e não são separáveis como realidades estanques e distintas.

Ricoeur, no texto “*Life in quest of narrative*”, se volta à análise da relação de circularidade existente entre arte e vida, a partir da noção de *emplotment* (criação de intriga) e de identidade narrativa. Desenvolve-se aqui uma pressuposição da teoria narrativa da identidade, pela qual uma vida depende de interpretação; como se experimentam os eventos fazendo tanto parte da vida quanto o evento em si²⁶⁰. Isso é, os eventos só se tornam ações desempenhadas por agentes quando colocadas em uma história de vida que lhes dá sentido e coerência e que permite que as pessoas se conheçam e conheçam umas às outras²⁶¹.

Pela narrativa e ficcionalização da existência dos sujeitos, seria possível fazer da vida [biológica] uma vida humana, pelo trabalho de composição que advém de recontar histórias, tornadas completas pelo seu recebedor²⁶², enfatizando-se a *followability*, que une os heterogêneos²⁶³ (reunião dos múltiplos eventos em histórias completas, de forma que os incidentes levam a uma conclusão concordante-discordante).

Isso seria importante pois toda história [narrada] possuiria uma dimensão prudencial, isso é, capacidade de ensinar algo sobre aspectos da vida humana, pelo qual a função da narrativa poética é propor, de forma imaginativa, como é possível atingir sentido pela conduta humana, no nível da prática²⁶⁴.

A busca pela ação correta implica na possibilidade de desvios e de reinterpretações que fazem da estrutura de vida uma atividade narrativa. Isso porque o texto não é fechado, mas um projeto de universo distinto, pelo qual o leitor, ao completar a obra, pertence

always a productive reproduction, a creative innovation in connection with a discovered sedimentation, a dynamic process in which he 'believes that it is possible to avoid the alternative proposed by David [Carr] and instead embrace both horns of the dilemma: a life in search of its own history' (OPR 181). This is the central point of Time and Narrative individuals and communities are in search of their narrative identity. Life looks for narratives that will give a meaningful configuration to events both carried out and suffered. Narrative identity is both an innovation that adds something new to the "space of experience" and a discovery of our inchoate story. It gives a configuration to life in order that it can become a configuration for life, that is, a prescriptive innovation that transforms experience." VENEMA, Henry Isaac. *Identifying Selfhood*. Imagination, narrative, and hermeneutics in the thought of Paul Ricoeur. State University of New York Press, 2000. p. 119-120.

²⁶⁰ RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33.

²⁶¹ RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33

²⁶² RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 20-22. Recontar [histórias], no sentido utilizado pelo autor nesse texto, indica o trabalho de narrar os eventos que já ocorreram.

²⁶³ RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 21-25.

²⁶⁴ RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33.

simultaneamente ao horizonte de imaginação do texto e ao seu próprio horizonte de interpretação²⁶⁵.

Seguir a narrativa de vida de uma pessoa é, com isso, refigurar a vida como/na obra, reatualizar os atos de configuração que a formaram, constantemente renovando sua potência de ser seguida. A leitura, ao completar o trabalho, consiste não apenas na noção de ler, mas na propositura de um guia de leitura, com zonas de indeterminação e potenciais de (re)interpretação pelos demais, acompanhando movimentos de inovação e sedimentação de sentidos com base nos limites de verossimilhança da intriga, isso é, os limites do possível no trabalho de interpretação de uma obra específica²⁶⁶.

O ato de acompanhar a história seria justamente o que transforma um fenômeno biológico em uma experiência humana, dependente da interpretação que se faz dos eventos ocorridos. O entendimento narrativo da experiência do viver humano adotaria a ficção como função mediadora, pois a vida seria composta do agir e do sofrer, presentes nas tramas que se (re)contam²⁶⁷. Essa vida mediada pela ficção é uma vida que apresenta uma demanda pela narrativa, que clama por ser narrada e interpretada a partir da recontagem dos fatos que se faz²⁶⁸.

Uma história de vida surge das histórias ainda não recontadas em direção a histórias atuais (atualizadas) que o sujeito considera como constitutivas de sua identidade pessoal; os indivíduos estão presos em histórias antes que qualquer história seja recontada, e esse *background* de entrelaçamento é composto pela imbricação de todas as histórias vividas.

As histórias que são contadas também devem emergir deste *background*. E, ao emergirem, o sujeito implicado também emerge. Nós podemos dizer: a história responde ao homem. A principal consequência dessa análise existencial do homem como um ser entrelaçado em histórias é que narrar é um processo secundário enxertado em nosso “estar entrelaçado em histórias”. Recontar, seguir, entender histórias é simplesmente a continuação dessas histórias não faladas. [...] Se é verdade que a ficção só é completada na vida e que a vida só pode ser entendida pelas histórias

²⁶⁵ Acerca desse processo, Ricoeur destaca que o leitor pertence ao horizonte de experiência imaginativa do texto ao mesmo tempo em que permanece no horizonte de sua própria potência de ação. Ao leitor se abre, portanto, um horizonte do possível, um mundo diferente a que se pode viver, ao apropriar a história contada em sua própria história de vida, na fusão entre expectativa e experiência. RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur. Narrative and interpretation*. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 26.

²⁶⁶ RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur. Narrative and interpretation*. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 27.

²⁶⁷ A narrativa busca imitar de modo criativo o agir e o sofrer humano, afinal, *mimesis* é a imitação da ação. Acerca da vivência nesse mundo mediado pelo ficcional, Ricoeur esclarece que ler é viver no universo da obra (re)contada. RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur. Narrative and interpretation*. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 27.

²⁶⁸ RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur. Narrative and interpretation*. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 29.

que contamos sobre ela, então uma vida examinada, no sentido da palavra que pegamos emprestado de Sócrates, é uma vida recontada²⁶⁹. (tradução livre)

O sujeito só surge da história que é contada sobre os eventos que foram vividos e se encontram entrelaçados. Viver, dessa forma, se encontra no campo da atividade construtiva pela qual, por meio da narratividade, busca-se descobrir as identidades narrativas que constituem os seres que recontam as experiências²⁷⁰.

Nessa relação dinâmica entre vida e narrativa, o trabalho de contar histórias transforma a vida que está sendo interpretada²⁷¹ e o jogo de inovação-sedimentação de sentidos é transposto para a construção das identidades, pois sempre são reinterpretadas com vistas às narrativas que a cultura propõe e que o sujeito (e os demais integrantes do meio) aplica a si mesmo e aos outros²⁷². É nesse sentido que Ricoeur conclui pela ausência de uma verdadeira autoria sobre a própria vida, sendo mais adequado falar na postura de um narrador. Não há, assim, uma relação de pertencimento prévio de uma história a um sujeito, mas um processo de reapropriação e de reconhecimento da aplicabilidade de uma trama a uma vida humana, narrada, recontada e recepcionada pelos seus leitores.

Nesse mesmo sentido, a identidade pessoal não é um conceito que se descobre a partir da identificação de características pré-definidas de um mesmo arranjo biológico, mas uma noção intersubjetiva que resulta daquilo que se conta sobre a vida de alguém e um processo no qual o sujeito aparece como resultado da busca por si mesmo, realizada por si ou pelo outro. O sujeito e sua identidade não se encontram dados de início e são constituídos pelo ato de formular tramas totalizantes que imitam [criativamente] a ação passada e servem como motivação para ação daqueles que realizam a leitura, em um entrelaçar e desabrochar de narrativas de vida.

As investigações a respeito de uma identidade *idem* e *ipse* e as repercussões das narrativas entrelaçadas são desenvolvidas na obra “O si-mesmo como outro”. O objetivo do trabalho é realizar reflexões sobre o caráter temporal do si, na alçada da mesmidade (*idem*,

²⁶⁹ No original: “The stories that are told must then be made to emerge out of this background. And as they emerge, the implied subject also emerges. We can then say: the story answers to the man. The main consequence of this existential analysis of man as being entangled in stories is that narrating is a secondary process grafted on our ‘being-entangled in stories’. Recounting, following, understanding stories is then simply the continuation of these unspoken stories. [...] If it is true that fiction is only completed in life and that life can be understood only through the stories that we tell about it, then an examined life, in the sense of the word as we have borrowed it from Socrates, is a life recounted”. RICOEUR, Paul. Life in quest of narrative. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 30-31.

²⁷⁰ RICOEUR, Paul. Life in quest of narrative. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 31-33.

²⁷¹ VENEMA, Henry Isaac. *Identifying Selfhood*. Imagination, narrative, and hermeneutics in the thought of Paul Ricoeur. State University of New York Press, 2000.

²⁷² RICOEUR, Paul. Life in quest of narrative. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 32-33.

sameness) e da ipseidade (*ipse, selfhood*), que consistem em modos distintos de testar a verdade da identidade²⁷³.

Para Ricoeur, a identidade *idem* diz respeito à permanência do mesmo, consistindo em um conceito de relação de relações, isso é, as relações que permitem que algo persista como o mesmo, no sentido de único e recorrente, sendo o seu oposto o mutável, variável, plural. Tal identidade aparece de forma numérica (a capacidade de uma mesma coisa ser designada por duas ocorrências distintas), com a operação de (re)identificação de uma coisa a partir de característica estáveis; de forma qualitativa (semelhança extrema sem perda semântica), com comparação de marcas materiais que consistem em vestígios de uma mesma coisa presente em momento anterior; e de forma contínua ininterrupta (série de mudanças que ameaçam a semelhança, mas não a desconstituem), pela identificação da manutenção do mesmo, do primeiro ao último estágio de desenvolvimento²⁷⁴.

O *idem* busca essa marca invariante da identidade numérica, cuja similitude e a continuidade vem a serviço, de forma a possibilitar que o mesmo permaneça, apesar das mudanças através do tempo²⁷⁵.

Já a ipseidade consiste em uma permanência que seja irredutível à determinação de um substrato imutável, em uma dimensão discursiva pela qual o sujeito se questiona (e é questionado) sobre sua identidade. O *ipse* é uma resposta à pergunta “quem?” (quem é o sujeito?) e que não se apresenta na forma da pergunta “o quê?” (o que é o sujeito?). Nesse sentido, a ênfase se torna a alteridade, pois somente se pode conhecer o que é próprio ao ser na construção da narrativa, que dá conhecimento ao outro e a si²⁷⁶.

A partir desses dois polos de análise da identidade, Ricoeur entende que um dos modelos de permanência no tempo de uma pessoa é composto pela coincidência entre *idem* e *ipse*, que aparece no caráter da personagem [narrativa/literária]. O caráter consiste em um conjunto de disposições pelas quais uma pessoa é reconhecível de forma duradoura, composta tanto de signos distintivos do mesmo quanto de identificações adquiridas pelo contato com o outro, na forma de valores e de projetos²⁷⁷.

²⁷³ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 111-182.

²⁷⁴ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 115-117.

²⁷⁵ RICOEUR, Paul. Narrative Identity. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 188-200. p. 190.

²⁷⁶ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 118.

²⁷⁷ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 118-123.

No potencial narrativo que se encontra na noção de personagem da trama, a resposta à pergunta “quem é essa personagem?” [*ipse*] é dada pela estabilidade dos traços que garantem identidade *idem*²⁷⁸. Pelo caráter, encontra-se uma forma de manter uma história de vida, formando linhas não modificadas e sedimentadas de identidade narrativa; no entanto, pela própria dimensão narrativa, há um processo de reabertura dessa estabilidade, pela qual a história do caráter (e de sua identificação) se situa entre procedimentos de inovação e sedimentação, e a vida se transforma nas histórias que dela se pode contar de forma coerente²⁷⁹.

A partir de tais considerações, Ricoeur contrapõe sua visão à de dois autores da identidade pessoal: Locke e Parfit. Em Locke, as dimensões de *idem* e *ipse* não são diferenciadas, o que implica na necessidade de se pensar casos hipotéticos que só podem ser resolvidos pelo critério da memória e da mesmidade de uma coisa em tempos diferentes, pela expansão retroativa da reflexão. A pergunta “quem?” não é feita, e o critério psicológico não é capaz de perceber que o sujeito se constitui também por aquilo que dele se fala e se performa²⁸⁰.

No caso de Parfit, Ricoeur enfrenta a parcela de sua teoria que vê a identidade como questão vazia de sentido e por vezes indecidível, pela configuração de casos hipotéticos que impossibilitam a sua determinação: sua tese reducionista acabaria por eliminar a ipseidade e preservaria apenas a mesmidade. No entanto, nessa estratégia de sempre responder à pergunta sobre o viés do “o quê?”, o “quem?” permanece como pressuposição não enfrentada, pois a pergunta sobre a identidade de uma pessoa não desaparece nos casos em que fica sem resposta^{281 282}.

O modelo da identidade *idem-ipse* e a noção de identidade narrativa se reúnem, portanto, na configuração da intriga e na formação de caráter da personagem. Na composição do enredo, ações são transpostas para as personagens (que executam a ação na narrativa), com a identidade concorrendo entre a exigência de concordância e a possibilidade de discordância,

²⁷⁸ O caráter seria o quê do quem, sendo também o *ipse* apresentado como *idem*. RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 121-123.

²⁷⁹ RICOEUR, Paul. Narrative Identity. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 188-200. p. 195.

²⁸⁰ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 126-131.

²⁸¹ “Pois, afinal, como seria possível interrogar-se sobre *o que* importa se não fosse possível perguntar *a quem* a coisa importa ou não?” RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 142. Itálico no original.

²⁸² Faltariam aos experimentos fictícios o sujeito que têm relações; a outra pessoa; as interações que, na ficção, constituem a situação narrativa. RICOEUR, Paul. Narrative Identity. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 188-200. p. 197.

pelas quais situações iniciais e finais surgem dos acontecimentos diversos e da unidade temporal encadeada da história que se conta²⁸³.

Disso se origina um conceito dinâmico de identidade narrativa da personagem, que, ao compartilhar o regime próprio à história narrada, concilia identidade e diversidade: a operação narrativa une, pelo ato configurante, os diferentes e contingentes em necessários e verossímeis para a história de uma vida²⁸⁴.

A pessoa, entendida como personagem de narrativa, não é uma entidade distinta de suas “experiências”. Ao contrário: ela compartilha o regime da identidade dinâmica própria à história narrada. A narrativa constrói a identidade da personagem, que pode ser chamada de sua identidade narrativa, construindo a identidade da história narrada. É a identidade da história que faz a identidade da personagem^{285 286}.

O caráter se desenvolve à medida que a história é narrada, e a personagem, composta em enredo, age por meio de programas narrativos. Enquanto nessa estrutura de criação de enredo, tanto ação e personagem são criados, ao narrador é dado o poder de definir os inícios, meios e fins da ação, pelas variações imaginativas decorrentes dos projetos identitários que estão presentes²⁸⁷.

A possibilidade de organizar a história dessa forma torna completa a noção de planos de vida – amplas unidades de reunião de ações que contém as práticas sociais e um projeto global de existência – e a sua conexão com uma unidade narrativa de uma vida: práticas administradas por um projeto de vida, dando apoio a uma busca pela vida boa do sujeito que, narrando sua identidade, qualifica eticamente sua própria vida²⁸⁸, pela seleção de fragmentos

²⁸³ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 147-149.

²⁸⁴ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 146-154.

²⁸⁵ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 155.

²⁸⁶ De modo semelhante: “Aqui a questão da identidade é deliberadamente colocada como o que está em jogo na narrativa. De acordo com minha tese, a narrativa constrói as propriedades duráveis de uma personagem, o que se chamaria sua identidade narrativa, ao construir o tipo de identidade dinâmica que se encontra nas tramas que criam a identidade da personagem. Então é, em primeiro, na trama que alguém pode procurar pela mediação entre permanência e mudança, antes que possa ser transportada à personagem. [...] Essa identidade narrativa da personagem somente pode corresponder à concordância discordante da história mesma” (tradução livre). No original: “*There the question of identity is deliberately set forth as what is at stake in narrative. According to my thesis, narrative constructs the durable properties of a character, what one could call his narrative identity, by constructing the kind of dynamic identity found in the plot which creates the character’s identity. So it is first of all in the plot that one looks for the mediation between permanence and change, before it can be carried over to the character. [...] The narrative identity of the character could only correspond to the discordant concordance of the story itself*”. RICOEUR, Paul. *Narrative Identity*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 188-200. p. 195.

²⁸⁷ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 154-155.

²⁸⁸ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 167-168.

significantes e elementos concordantes, de forma que tudo tenha uma coesão na escala de uma vida inteira. E a possibilidade de adequação da literatura à vida depende da capacidade de identificação com um caráter que é narrado.

Ricoeur conclui a partir de tais considerações que essa busca ética pela narrativa depende da possibilidade de alcançar certo sentido de encerramento literário, pelo qual a história de vida pode ser apreendida e valorada como um todo; no entanto, há sérias dificuldades de transposição das noções de começo e fim quando aplicadas a pessoas, em distinção às histórias literárias fictícias ou historiográficas²⁸⁹.

Não há nada na vida real que equivalha a um começo ou fim narrativo, pois pedaços de uma vida fazem parte da vida dos outros – as histórias vividas por uns intrincam-se nas demais.

Outra dificuldade: no próprio plano da forma narrativa, que se desejaria semelhante na ficção e na vida, sérias diferenças afetam as noções de começo e fim. [...] Se minha vida não puder ser apreendida como uma totalidade singular, nunca poderei desejar que ela seja bem-sucedida, plena. [...] Quanto à minha morte, só será um fim narrado na narrativa daqueles que sobreviverem a mim; estou sempre a caminho da minha morte, o que exclui que eu a apreenda como fim da narrativa. [...] [Todavia] as histórias vividas por uns estão intrincadas nas histórias dos outros. Pedaços inteiros de minha vida fazem parte da história da vida dos outros, de meus pais, meus amigos, meus companheiros de trabalho e lazer. [...] Ao fazer a narrativa de uma vida cujo autor não sou quanto à existência, faço-me seu co-autor quanto ao seu sentido²⁹⁰.

Isso, no entanto, não retira a aplicação da ficção à vida, pois a interpretação de uma vida real precisa da lógica fictícia para organizar retrospectivamente os acontecimentos, mesmo

²⁸⁹ Não só isso, Ricoeur também diz que a noção de autoria é inadequada, sendo mais acertado falar de coautoria sobre a própria vida, e da prevalência de um autor disfarçado em narrador. RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 169-170.

²⁹⁰ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 170-172. Acerca desse entrelaçamento narrativo, explica Annemie Halsema: “A ideia que a identidade pessoal é narrativa implica que o *self* entende a si mesmo por meio das narrativas sobre sua vida das quais é protagonista, e por meio das histórias dos outros. Identidade narrativa não diz somente da história de uma vida, mas da rede de histórias em que uma pessoa figura. A narratividade da identidade pessoal também implica que o *self* não coincide com si mesmo, no sentido *idem*, mas incorpora a mudanças em sua identidade, nomeadamente ‘a identidade da intriga narrativa que permanece não terminada e aberta à possibilidade de ser dita de forma diferente ou de se deixar ser dita por outros’ (Ricoeur 2005b). O *self* narrativo, então, não é um *self* constante, mas aberto às histórias dos outros sobre si mesmo às mudanças de sua própria história, como contadas ao longo de sua vida” (tradução livre). No original: “*The idea that personal identity is narrative implies that the self understands itself through the narratives about its life of which it is the protagonist, and through the stories of others. Narrative identity does not simply pertain to the story of a life, but to the network of stories in which a person figures. The narrativity of personal identity also implies that the self does not coincide with itself, as idem identity, but incorporates change in one’s identity, namely “the identity of the narrative plot that remains unfinished and open to the possibility of being told differently or of letting itself be told by others” (Ricoeur 2005b). The narrative self, thus, is not a constant self, but it is open to the stories of others about oneself and to the changes of one’s life-story, as it is told throughout one’s life*”. HALSEMA, Annemie. “The Accountable Ipse.” *The Ethical Self in Ricoeur’s Hermeneutics and Butler’s Poststructuralism*. In HALSEMA, Annemie (Ed.); HENRIQUES, Fernanda Henriques (Ed.). *Feminist Explorations of Paul Ricoeur’s Philosophy*. Lanham, Boulder, etc.: Lexington, 2016. p. 103-120. Disponível em https://www.academia.edu/30932874/_The_Accountable_Ipse._The_Ethical_Self_in_Ric%C5%93ur_s_Hermenautics_and_Butler_s_Poststructuralism. Acesso em 25 mai. 2022. p. 150.

que seja preciso considerar revisável e provisório qualquer figura de enredo²⁹¹. E, se a função narrativa tem implicações éticas, a arte de narrar se encontra dentro do saber prático e explora novas maneiras de valorar ações e personagens²⁹², pelas quais se descobre e se transforma o agir e o sentir do leitor, pela Mimesis III.

A narrativa não se encerra no trabalho do autor sobre sua própria vida, pois demanda a leitura por parte daqueles com os quais interage, que interferem na qualidade da obra a partir de sua recepção. A identidade, nesse viés, não é estável, e não cessa de se fazer e de se desfazer [com falhas], dependendo sempre das histórias que se conta pelo sujeito e a partir do sujeito. Uma identidade que é, portanto, dinâmica e dependente da composição total de uma obra, pode ser capaz de ser atualizável pelos diversos acontecimentos que sucedem à vida de uma pessoa e que continuam a intervir no seu caráter contínuo, visto que o impacto da obra biográfica no mundo, e o impacto do mundo na obra, fazem parte do mesmo universo.

Embora em determinados momentos Ricoeur afirme que a história se encerra na morte e o plano da corporeidade é importante para que se tenha uma pessoa que atua e que sofre²⁹³, posiciona-se também no sentido de que um não-sujeito – um ser desprovido das características do *idem* – ainda se insere no esquema do sujeito *ipse*, e que o falecimento constitui em melhor análise um fim narrado na narrativa dos sobreviventes²⁹⁴, pelo que se há compatibilidade entre as duas visões.

Do mesmo modo, a pergunta “quem é ele? [quem foi ele]” também não tem resposta vazia. É um encerramento da pessoa, no sentido de um fim narrado, mas que encontra sua configuração e, nesse sentido, seu começo por meio das narrativas que se contam a respeito do sujeito.

²⁹¹ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 173.

²⁹² RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 175.

²⁹³ “Sempre foi sabido e é muito repetido que a vida tem algo a ver com narrativa; nós falamos de história de vida para caracterizar o intervalo entre nascimento e morte” (tradução livre). No original: “*It has always been known and often repeated that life has something to do with narrative; we speak of a life story to characterize the interval between birth and death.*” RICOEUR, Paul. *Life in quest of narrative*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur. Narrative and interpretation*. London: Routledge, 1991. p. 20-33. p. 20.

²⁹⁴ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 171. De modo semelhante: “Um não-sujeito não é um nada quanto à categoria do sujeito. De fato, não estaríamos interessados nesse drama da dissolução e não seríamos envolvidos em sua perplexidade, se o não-sujeito ainda não figurasse como sujeito, mesmo que de modo negativo. Suponha que alguém faça a pergunta: quem sou eu? Nada, ou quase nada é a resposta. Mas ainda é uma resposta à pergunta quem, simplesmente reduzida à severidade da própria pergunta.” (tradução livre). No original: “*A non-subject is not nothing, with respect to the category of the subject. Indeed, we would not be interested in this drama of dissolution and would not be thrown into perplexity by it, if the non-subject were not still a figure of the subject, even in a negative mode. Suppose someone asks the question: Who am I? Nothing, or almost nothing is the reply. But it is still a reply to the question who, simply reduced to the starkness of the question itself.*” RICOEUR, Paul. *Narrative Identity*. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur. Narrative and interpretation*. London: Routledge, 1991. p. 188-200. p. 196.

Retém-se, assim, a dimensão de perda narrativa, constitutiva do fato de que um sujeito morreu, o que não implica na impossibilidade de pré-figuração, configuração e refiguração dessa vida, conforme as histórias de vida que os vivos contam sobre si mesmos. A memória de quem o sujeito foi aguarda um narrador para, por meio de uma trama, conferir sentido a partir de códigos de significação e do entrelaçamento entre narrativas; a conclusão leva também em conta a perspectiva dos outros, pois a própria morte faz muito mais parte da história destes.

Não há só a dimensão de narração da vida dos vivos, na qual a morto figura como personagem, mas também há a dimensão de leitura e de recepção, a de fazer algo a respeito da vida que deve ser narrada; o alvo é, assim, a vida do morto como obra (re)contada pelos vivos.

A leitura é justamente o campo de confrontação entre a estratégia sedutora do narrador, que conta sua história como se tivesse ocorrido, e estratégia de suspeição do leitor, que percebe ser ele o responsável por trazer significado ao texto, por meio das lacunas e (re)interpretações²⁹⁵.

A construção da identidade de um sujeito depende tanto das contribuições pessoais que fornece enquanto em vida (consideradas como atos de escrita de sua história e de sua obra) quanto da permanência dessa história por meio dos atos de lembrança daqueles que permanecem vivos (na medida em que configuram recepção da referida obra e perpetuação pelo ato de leitura). Assim, não é possível antever um término da identidade pessoal pelo evento morte, posto ser marcada pelo caráter narrativo contínuo que é empregado pelas demais pessoas vivas que, ao se lembrarem do sujeito, perpetuam o caráter biográfico de sua obra. E o próprio entendimento do que consiste a identidade, e por conseguinte do que consiste em sua violação, não é dado *a priori*, em vista de um modelo acabado da pessoa, construído em vida, mas depende da análise da situação concreta, vista pela lente daqueles que promovem a (re)construção da identidade do falecido.

A formação da identidade narrativa depende de uma construção (configuração) na escala não de uma vida biológica, mas de uma interpretação de um plano de vida, feito de ideais e valores pelas quais a unidade narrativa se realiza e é medida. Não há um ideal estanque da identidade de um morto, como feita por ele, pois esta possibilidade se encerra com o fim da agência sobre sua própria vida. Há, na realidade, uma síntese narrativa do morto e daqueles que promovem a sua leitura, cuja unidade tem carga valorativa que ultrapassa o mero questionar sobre o que é identidade e se insere na prática de interpretar a própria pessoa – um texto a ser compreendido – e suas ações, não permitindo diferenciar textos e narradores envolvidos.

²⁹⁵ RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 169.

A identidade narrativa do falecido e as suas repercussões nas identidades narrativas dos vivos ainda são uma resposta à pergunta “quem?”, mediada pelo conhecimento interpretado que se pode ter sobre alguém, e, portanto, se insere nas indagações sobre o sujeito e sobre a pessoa, na dimensão da alteridade. Mesmo sem apoio da mesmidade do *idem*, ainda se encontra nesse outro um instanciador *ipse* de permanência no mundo e de retenção do sentido de existência do morto, abrindo margem às diferentes interpretações imaginativas de um ser que possuiu ações de relevância no mundo e que viveu uma história que teve significado e que merece ser contada²⁹⁶.

A teoria da identidade narrativa pode, assim, ser utilizada para melhor compreensão das questões que envolvem a identidade pessoal do falecido, de forma a progredir no debate acerca de sua permanência. Malin Masterton aborda tal visão como a possibilidade pela qual se pode entender as pessoas mortas como possuidoras de um peso moral no presente; com isso, encontra-se no sujeito narrativo a resposta para os questionamentos acerca do sujeito ausente (*missing subject*), esse sujeito que não pode mais ter experiências subjetivas do mundo e, ainda assim, não é tratado como qualquer outro objeto físico desprovido de valor moral^{297 298}.

Para Masterton *et al.* o *missing subject* se encontra na narrativa, pelo qual identidade pessoal se localiza em mais de uma pessoa, pelo entrelaçamento narrativo; ninguém mantém sozinho sua identidade em vida, sendo essa sustentada ainda depois da morte²⁹⁹.

²⁹⁶ “O que ainda é ‘eu’ quando digo que não é nada, senão precisamente um *self* desprovido da assistência do mesmo? Não é esse o significado de várias experiências dramáticas - para não dizer aterradoras - sobre a nossa própria identidade, isso é a necessidade de passar por esse processo de vazio da identidade-permanência [...] Nesses momentos de exposição extrema, as respostas nulas, muito antes de declarar a pergunta vazia, retornam a ela e a preservam enquanto uma questão. O que não pode ser apagado é a pergunta em si mesmo: quem sou eu?” (tradução livre). No original: “*What is still ‘I’ when I say that it is nothing if not precisely a self deprived of assistance from sameness? Is that not the meaning of many dramatic—not to say terrifying—experiences in respect of our own identity, that is the necessity to go through the trial of this nothingness of permanence-identity [...]. Many conversion narratives bear witness to such dark nights of personal identity. At these moments of extreme exposure, the null response, far from declaring the question empty, returns to it and preserves it as a question. What cannot be effaced is the question itself: who am I?*” RICOEUR, Paul. Narrative Identity. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 188-200. p. 199.

²⁹⁷ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1. p. 113/127.

²⁹⁸ A investigação de Masterton *et al.* se desenvolve a partir de um caso específico que diz respeito à potencial utilização do material genético da Rainha Cristina, da Suécia, ante especulações sobre sua identidade de gênero biológica, e em vista de uma lei proposta em 2004 que restringe a apenas 70 anos o período de proteção contra testes de DNA. Este exemplo será retomado no transcórre do capítulo 4, ao se abordar a proteção da memória das pessoas falecidas. MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010; MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

²⁹⁹ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 345.

Esse sujeito narrativo, objeto de deveres morais, seria idêntico, em sentido moralmente significativo, ao sujeito histórico e às narrativas que dele se contam, uma vez que existiria uma continuidade de histórias verídicas que se contam sobre ele desde o momento em que esteve vivo e que seguirá em direção às histórias subsequentes que sobre ele serão contadas³⁰⁰.

A partir do momento em que a identidade contém mais que o *idem*, em uma soma desordenada de ações e critérios materiais de identificação, o *ipse* aparece no contar das histórias e não desaparece completamente com a morte. Fragmentos permanecem. O contar da história nunca termina quanto ao personagem/narrador [e, junto com os demais, coautor]³⁰¹. Ao recontar a vida, essa narrativa se liga com outras e cria um sujeito descentralizado e metafórico, cuja identidade pessoal não se constrói em isolamento.

Isso descentraliza o sujeito e parcialmente fragmenta a narrativa. Não existe uma narrativa singular, em vez disso há numerosas narrativas, e nem todas podem ser contadas (Langsdorf, 2002, pp. 41, 48) [...] A questão, então, é quando podem narrativas em terceira-pessoa ser de relevância moral para uma pessoa? Em casos judiciais, por exemplo, testemunhas de caráter podem dar evidências sobre a reputação de uma pessoa. Para uma pessoa viva, é óbvio que relatos em terceira-pessoa de sua própria identidade podem ter consequências morais, como no supramencionado contexto legal, mas nós argumentamos que também podem ter significado moral após a morte de uma pessoa. Já que o sujeito vivo obviamente desaparece com a morte, o sujeito narrativo do qual aqui falamos é um sujeito póstumo metafórico. A natureza metafórica do sujeito narrativo não nega que nossas histórias continuam a se referir a uma pessoa que pode não estar mais viva. Como as ações e personalidades de indivíduos históricos são continuamente estudadas e discutidas, e a pessoa não pode mais responder a novas alegações e reivindicações, é concedida uma responsabilidade especial àqueles que fazem tais reivindicações. Importa o que dizemos sobre uma pessoa quando essa ainda está viva e continua a importar, em termos morais, quando fazemos reivindicações relativas a uma pessoa que já morreu³⁰². (tradução livre)

³⁰⁰ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346.

³⁰¹ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 342.

³⁰² No original: “*This decentralises the subject and partly fragments the narrative. There is no single narrative, but rather numerous narratives, and they cannot all be told (Langsdorf, 2002, pp. 41, 48) [...] The question is, then, when can third-person narratives be of moral relevance to a person? In court cases, for example, character witnesses can give evidence of a person’s reputation. For a living person it is obvious that third-person accounts of their own identity can have moral consequences, as in the aforementioned legal circumstance, but we argue that they can also be of moral significance after a person’s death. Since the living subject obviously disappears upon death, the narrative subject of which we here speak is a metaphorical posthumous subject. The metaphorical nature of the narrative subject does not negate that our stories continue to refer to a person who may no longer be alive. Since historical individuals’ actions and personalities are continually researched and discussed, and the person can no longer respond to new claims or allegations, this bestows a special responsibility on those making these claims. It matters what we say about a person when they are alive and it continues to matter, morally, when we make claims relating to a person who has died.*” MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 342

A metáfora, nesse contexto, se dá no sentido de que a narrativa continua dizendo respeito ao sujeito não mais vivo e fornece um modo pelo qual sua identidade se cria e continua conectada com seu passado, tornando-se mais próxima do presente³⁰³.

Com certos limites, essa história sempre pode ser diferente, pois não só é vivida, como contada, na busca pela construção de sua identidade e a do outro. O passado e o futuro, Masterton *et al.* adverte, não é tão aberto como à primeira vista pode se dar a entender, posto a história ser recontada com base em interpretações compartilhadas sobre os eventos, o que envolve o trabalho de exclusão/inclusão de fatos e de veracidade na narrativa³⁰⁴.

Pode parecer que alguém está meramente olhando para o passado, olhando-o “objetivamente” e levando-o em consideração ao formar a identidade de uma pessoa. No entanto, não existe passado objetivo a ser simplesmente descoberto de uma vez por todas. O passado tem que ser avaliado, recontado e redescoberto de novo e de novo. [...] Correspondentemente, o futuro não é tão aberto como tendemos a imaginar. Embora identidade como *selfhood* possa fazer alteridade algo nosso, existem limites sobre o quanto e quão rapidamente pode-se mudar, e isso faz do futuro em parte limitado pelo nosso passado³⁰⁵. (tradução livre)

O que se depreende da vida de um morto depende das interpretações que os vivos dela fazem, a partir da compreensão de que a narrativa se conecta diretamente com o sujeito que já existiu³⁰⁶. Ao fazer asserções sobre quem a pessoa era, o que ela fez, e qual o significado da perpetuação de sua memória, o sujeito narrativo permanece presente e é recipiente de preocupações morais³⁰⁷.

A identidade narrativa entende a identidade e o sujeito como descentralizados e imbricados nas identidades dos outros; e embora grande parte da narrativa se perca, ante a perda da própria voz narrativa de primeira-pessoa, o falecido, quando vivo, nunca deteve por si só o completo controle e a completa história, pois dependia também das narrativas sobre os/dos

³⁰³ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 343.

³⁰⁴ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 341-344. Esse ponto será retomado no capítulo 4, oportunidade em que serão abordados os três deveres para com os mortos, que consistem em verdadeiras restrições sobre a representação do passado: o dever de reconhecimento, de veracidade e de privacidade.

³⁰⁵ No original: “*It may seem that one is merely looking at the past, viewing it ‘objectively’ and taking it into consideration when forming one’s identity. However, there is no objective past to simply discover once and for all. The past has to be evaluated, recounted and rediscovered again and again. [...] Correspondingly, the future is not as open as we may tend to imagine. Although identity as selfhood can make otherness our own, there are limits to how much and how quickly we can change, and this makes the future in part limited by our past*”. MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 343.

³⁰⁶ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 345.

³⁰⁷ Recipientes morais, na dicção utilizada pelos autores, consiste em um respeito devido a agentes morais, sem que a estes sejam atribuídas responsabilidades correspondentes. MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1. p. 128.

demais membros da comunidade³⁰⁸. E novos eventos podem compor a narrativa póstuma, permanecendo a identidade revisável e aberta após o evento morte³⁰⁹.

Pelo sujeito ter uma vez vivido e pelas histórias que sobre ele contamos afetarem diretamente essa forma pela qual viveu³¹⁰, o passado se torna personalizado e a morte não equivaleria a uma inexistência total, pela permanência de um ente narrativo, ainda que fragmentado.

O entrelaçamento de narrativas permite perceber que outras pessoas compõem aquilo que torna a vida um fenômeno humano e que o processo de coautoria dessa vida não se encerra com a sua morte; pelo contrário: persiste, na medida em que, nos traços que o morto deixa e na memória que os vivos dele fazem, a pessoa falecida faz parte de quem os vivos são e dos modos pelos quais se entendem dignos de valor e respeito.

³⁰⁸ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 343.

³⁰⁹ “A morte significa perda do todo e fragmentação, mas, da mesma forma que não há começo absoluto para a história de vida de uma pessoa, não existe um tempo único e definido na qual a identidade narrativa se perde. Em vez disso, a perda será um processo gradual, e, com o tempo, cada vez mais será perdido. Em conclusão, a morte implica uma quebra com relação à autoria, mas uma vez que cada narrativa também faz parte de outras histórias, a narrativa não se encerra completamente na morte. [...] Devido a esse entrelaçamento de narrativas, a criação e manutenção da identidade de uma pessoa não é algo que ela pode desempenhar em isolamento. Com a morte, muita da narrativa é perdida, mas não tudo. Parte da narrativa da pessoa pode ser encontrada nos outros e traços de suas vidas continuam a ligar sua história com o presente” (tradução livre). No original: “*Death means loss of the whole and fragmentation, but, just as there is no absolute beginning to a person’s life story, there is no single, definite time at which the narrative identity is lost. Instead the loss will be a gradual process, and over time increasingly more will have been lost. In conclusion, death implies a break with regard to authorship, but since each narrative is also part of other stories, the narrative does not completely end upon death. [...] Due to this entanglement of narratives, the creation and maintenance of one’s identity is not something one can carry out in isolation. Upon death, much of the narrative is lost, but not all. Part of the person’s narrative can be found in others and traces of their life can continue to link their story to the present*”. MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. p. 343-345.

³¹⁰ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1. p. 128-132.

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM* E A PROTEÇÃO DA PESSOA FALECIDA

O posicionamento do falecido como um ente presente no meio social e que persiste – por certa maneira de entender a continuidade de sua identidade pessoal – foi objeto dos dois capítulos antecedentes.

A partir de tais temáticas, depreende-se uma possível fundamentação filosófica à importância de se proteger a pessoa falecida, sendo necessário que a pesquisa se volte a seus aspectos jurídicos, a fim de combinar tais argumentos com os aportes referentes à tutela jurídica da pessoa póstuma.

3.1 A PERSONALIDADE NO PARADIGMA DA RELAÇÃO JURÍDICA

A relação jurídica é concepção de suma importância para o ramo do Direito que busca tutelar as interações efetivadas entre particulares, sendo tida como uma noção fundamental e erigida, pela pandectística alemã, ao grau de conceito nuclear da Teoria Geral do Direito Privado³¹¹. Por meio dela, fatos jurídicos – acontecimentos da realidade fática que geram efeitos jurídicos – são atribuíveis a sujeitos específicos; assim, por meio da incidência de uma norma qualificadora a um substrato fático, têm-se o início, a modificação e a extinção de relações jurídicas.

Por tais motivos, a teoria da relação jurídica seria, em certo sentido, de todo abrangente, pois disciplinaria todas as relações da vida real da qual se possam advir consequências normativamente relevantes. Isso é, toda conexão social que produza consequências jurídicas é alvo de disciplina pelo Direito, por meio das operações no interior de uma relação jurídica³¹², sendo tal procedimento feito em termos legais, por consistir em um vínculo entre dois sujeitos quanto a um objeto específico:

[A relação jurídica] vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição. [...] Quanto falamos de relação jurídica em sentido abstracto, não consideramos nenhuma relação jurídica efetivamente constituída e portanto individualmente determinada, mas apenas uma relação jurídica figurada, ideal: um esquema, um modelo, um arquétipo de que a realidade da vida jurídica nos oferecerá, depois, um maior ou menor número de exemplares concretos. [...] Quando falamos de relação jurídica em sentido concreto, aludimos a uma relação jurídica realmente existentes e individualizada – a uma relação entre pessoas determinadas, procedente

³¹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 74.

³¹² ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997.

de um certo facto jurídico, efetivamente verificado ou produzido e não apenas possível³¹³.

A partir desse conceito, obtêm-se uma determinada forma jurídica, por meio da qual diferentes conteúdos podem ser atribuídos a diferentes pessoas, com a manutenção sempre do molde: direito de um correspondente ao dever do outro. E esse direito, na medida em que se constitui como direito subjetivo, é formado pela faculdade ou poder atribuível a um sujeito de determinar a conduta alheia, seja de fazer ou não fazer, ou de determinar por si e a si mesmo efeitos jurídicos inevitáveis (direitos potestativos); já o dever (denominado de sujeição nos casos potestativos), seria a sua contraparte: o dever de agir de determinado modo³¹⁴.

E enquanto vínculo estabelecido por conta de um objeto, a relação jurídica não se dá apenas entre dois ou mais sujeitos, e sim especificamente entre duas ou mais pessoas³¹⁵, definidas enquanto entes suscetíveis de aquisição de direitos e deveres, conforme art. 1º do Código Civil de 2002 – CC³¹⁶. Assim, quando duas pessoas se relacionam no ambiente social e, desse contato, originam-se fatos de relevância jurídica, forma-se entre elas uma relação jurídica, pelo qual se vinculam em face de uma norma jurídica subsumida ao caso concreto³¹⁷.

Essa vinculação, pela teoria tradicional, pode se dar em razão de um direito subjetivo relativo, que somente pode ser oposto (exigido) em face de uma ou mais pessoas especificadas, possuindo eficácia restrita. É o caso da relação jurídica obrigacional, pelo qual um sujeito se vincula ao outro em virtude da prestação que é devida àquele que participou da sua formação. Outra possibilidade é a vinculação pela presença de um direito subjetivo absoluto, que criaria uma situação de dever geral de abstenção dos demais sujeitos que não o titularizam, não podendo legitimamente interferir nos interesses de seu detentor. É o caso, por exemplo, do direito de propriedade, pelo qual a relação jurídica se dá entre o titular e todos os não titulares

³¹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 3-4.

³¹⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

³¹⁵ Definição essa identificada como concepção personalista da relação jurídica, sendo predominante na doutrina nacional. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 9.

³¹⁶ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

³¹⁷ Além das pessoas, é de se notar também figuras jurídicas não dotadas de personalidade pela positividade do direito, mas que ainda assim celebram relações jurídicas, como o condomínio edilício, massa falida, espólio, sociedade em comum e herança jacente/vacante. Esses entes despersonalizados, como são conhecidos pela literatura jurídica, se encontram em uma zona cinzenta, pois, apesar de não serem pessoas, são por vezes chamados a atuar em espelhamento ao comportamento típico daqueles dotados de personalidade. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006. Nesse sentido, pode-se entendê-los como centros autônomos de imputação para algumas relações, conjuntos de bens organizados a algum fim. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 153.

(coletividade genérica), que têm como dever se abster de se comportar de forma a lesar o exercício do detentor do direito³¹⁸.

Dentre os direitos subjetivos tidos como *erga omnes*, destacam-se os direitos da personalidade³¹⁹, tidos como manifestações daquilo que constitui o que há de mais essencial para um ente e que o qualifica com as características de ser pessoa³²⁰, associadas ao fluxo de valores que lhes são constitutivos³²¹, tais como vida, integridade física, imagem, privacidade e, acrescenta-se, identidade pessoal³²². Referidos direitos encontraram positividade pelo CC, com um capítulo inteiro a eles dedicados, dos arts. 11 a 21, sendo encontrados também dispositivos protetivos no rol do art. 5º da Constituição Federal/88, notadamente inciso X³²³.

Pela característica de serem oponíveis a todos, os direitos da personalidade imporiam uma obrigação geral de abstenção por parte das demais pessoas, que não poderiam licitamente lesar aqueles bens jurídicos de maior importância detidos pelo sujeito³²⁴.

Dessa caracterização dos direitos da personalidade enquanto direitos subjetivos absolutos, que perduram enquanto qualificáveis e atribuíveis a uma pessoa específica, já se podem depreender problematizações à sua aplicabilidade fora dos casos padrões. Isso porque, no panorama apresentado, a disciplina tradicional dos direitos da personalidade foi pensada para um contexto em que o próprio titular dos direitos está em condições de tomar as

³¹⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 12.

³¹⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 115.

³²⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 5. Em termos de definição, esclarece em outra obra: “Constitui o direito objectivo de personalidade a regulação jurídica relativa à defesa da personalidade, consagrada, quer no direito supranacional, quer na lei constitucional, quer na lei ordinária, cuja *ratio* se funda em razões de ordem pública e é alheia à autonomia privada. Tem a ver com a defesa da Humanidade, da globalidade de toda a espécie humana, e com a exigência moral de a respeitar. [...] Na tutela subjectiva da personalidade, não se trata já de um dever geral de respeito, mas antes de um direito, de um direito subjectivo de defender a dignidade própria, a exigir o seu respeito e a lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Estes meios traduzem-se em poderes jurídicos que existem na esfera de cada indivíduo, que são inerentes à sua qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um.” VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 40-41.

³²¹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício dos direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2017. p. 155.

³²² Maiuí Itacuatira de Borba Oliveira explica que os direitos da personalidade sistematizados no Código figuram como alguns dos principais indícios da identidade pessoal no direito, pelo que, ao lado do esforço de permitir a autorrealização, busca assegurar a mesmidade do indivíduo. OLIVEIRA, Maiuí Itacuatira de Borba. *Ruídos da Personalidade: Identidade, Informação e Transformação*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. p. 14-15.

³²³ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³²⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

providências necessárias para preservá-los, ou, mesmo que incapacitado para o exercício de tal proteção, estivesse pelo menos vivo, de forma a ainda os titularizar.

No entanto, como dispõe o art. 6º do CC, “[a] existência da pessoa natural termina com a morte”, o que traz como repercussão o encerramento ou término das relações jurídicas que o titular tinha em vida, posto encerrada a personalidade da pessoa, e, com isso, sua capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações.

Veja-se, nesse sentido, a explicação de Caio Mário:

A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. [...] A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade³²⁵.

Identifica a doutrina tradicional tal situação por meio da expressão *mors omnia solvit*: como os direitos da personalidade são reconhecidos em razão da personalidade de uma pessoa, com a sua morte, não se tem mais como reconhecer tais direitos ao falecido³²⁶. E, se o sujeito não está mais presente, não há como se pensar em defesa pessoal às lesões a seus direitos, que ocorram em momentos posteriores à sua morte, posto que se encerrou sua possibilidade de agir no mundo jurídico.

Ademais, identifica-se a intransmissibilidade como uma das características dos direitos de personalidade, em vista do art. 11 do CC³²⁷, de forma que não há sucessão, seja a título singular ou universal, desses direitos aos sucessores do *de cuius*, que não podem, portanto, considerá-los como entrando em sua própria esfera de titularidade.

A doutrina não vê com bons olhos a possibilidade de sucessão *mortis causa*, conforme direito das sucessões, quanto aos direitos da personalidade, seja pelo impedimento previsto no próprio texto legal, seja pela natureza do instituto. Clóvis Beviláqua explica que sucessão implica em conexão íntima e imediata entre o direito do sucedido e o direito do sucessor, de forma que este deve permanecer o mesmo, apesar da mudança subjetiva dos agentes. O que se

³²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. v. I. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 181-188; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 108; em Alfredo Domingues Barbosa Migliore: “Com a extinção da pessoa natural, finda também a personalidade jurídica. O homem deixar de ser sujeito de direito, titular de direitos e obrigações.” (MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. Um ensaio sobre direitos da personalidade post mortem. São Paulo: LTR, 2009, p. 61).

³²⁶ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. Um ensaio sobre direitos da personalidade post mortem. São Paulo: LTR, 2009. p. 59-61.

³²⁷ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

transmite é apenas o patrimônio, composto pela totalidade de relações economicamente apreciáveis de um sujeito, excluindo-se tudo o que for personalíssimo³²⁸.

Posiciona-se no mesmo sentido Orlando Gomes, que vê como necessária a completa identidade da posição jurídica do sucessor e do sucedido, de forma que não seria possível dizer que os direitos personalíssimos de uma pessoa se transmitiriam para outra com os mesmos caracteres³²⁹.

A interpretação do fim dos direitos da personalidade com o evento morte advém da própria lógica ínsita à relação jurídica. Necessita-se de uma conexão entre dois sujeitos de direito em relação a uma atribuição que lhes é feita de direitos e deveres. No entanto, *prima facie*, seria impossível atribuir direitos ou deveres ao morto, não só por vedação legal (visto que já não é mais considerado pessoa e, conseqüentemente, sujeito de direitos), mas porque não seria possível esperar ou exigir qualquer comportamento desse ente.

A relação jurídica sempre é analisada sob o viés da interpessoalidade e da vinculação em sentido forte entre sujeitos, a que se podem atribuir certas expectativas de ações e condutas, por completo ausentes quando se trata de um falecido. Com isso, nega-se qualquer tipo de atribuição jurídica à figura do morto – aquele que não é mais pessoa e não é mais sujeito de direito.

Isso se conecta também, em certa medida, com o sentido jurídico dos direitos da personalidade. A sua proteção, enquanto instância configurada da dignidade humana, busca permitir que o sujeito seja livre e autodetermine aquilo que tem como seu próprio projeto de vida boa e sobre a forma pela qual busca sua felicidade, na medida em que é membro de uma comunidade de iguais. Na autoconstituição do sentido de ser pessoa, ela mesma se identifica como o centro de tomada de decisões sobre si³³⁰.

Por isso, forma-se uma conexão forte entre o exercício da personalidade e a liberdade dos sujeitos, materializada no campo privatístico pela noção de autonomia: a liberação do indivíduo de suas escolhas pessoais do campo público do debate, permitindo que escolha livremente e sem justificativa como deseja exercer sua agência perante os demais³³¹.

A participação ativa da pessoa na constituição, interpretação e aplicação dos direitos constitutivos da personalidade é tão importante quanto à afirmação, sob a forma da lei, dos direitos da personalidade. A noção de ser pessoa não se reduz a ter direitos

³²⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978. p. 17-19.

³²⁹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. Ed. Coord. Edvaldo Brito, Rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 5-6.

³³⁰ PINTO, Paulo Mota. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In: *Portugal-Brasil*, ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 149-186. p. 152.

³³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Breno Siebenseichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

subjetivos. Inclui-se, aí, também, a *autoconsciência* em um dado contexto histórico-cultural, dando significância a certas ações que afirmem a sua condição. Pode-se, então, definir direitos da personalidade como direitos subjetivos que põem em vigor, através de normas cogentes, valores constitutivos da pessoa natural e que permitem a vivência de escolhas pessoais (autonomia), segundo a orientação do que significa vida boa [...]³³².

Nessa perspectiva, ausente a potencialidade de autodeterminação do falecido (com efeito, ausente um sentido forte de agência e de ação presente), ausente a própria justificação ética de entendê-lo como um sujeito titular de bens atuais da personalidade. Não apenas pelo viés da relação jurídica, como também pelo viés dos direitos da personalidade *per si*, possivelmente não estariam presentes os elementos necessários para qualquer tipo de continuidade.

Contudo, embora a pessoa esteja morta, os reflexos de sua personalidade permanecem em interação constante com o meio social, pelo que a tutela dos direitos da personalidade *post mortem* (póstumos) é, em geral, reconhecida por diversos ordenamentos distintos, em razão de um senso de justiça que invariavelmente leva à percepção de sua necessidade³³³. Nesse sentido explica Leonardo Estevam de Assis Zanini:

Em princípio, a vitaliciedade dos direitos da personalidade cessa com a morte da pessoa (art. 6º do CC), quando ela deixa de ter personalidade e, conseqüentemente, ser sujeito de direitos e obrigações. Contudo, em decorrência da natureza especial do objeto dos direitos da personalidade e de algumas peculiaridades que apresentam, parte da doutrina entende que a sua proteção, excepcionando a regra geral, não fica limitada ao período em que o ser humano estava vivo, outorgando-se verdadeira proteção *post mortem* (também chamada de eficácia póstuma ou pós-eficácia) em favor de determinados direitos da personalidade. Assim, ao lado dos direitos da personalidade que pressupõem um titular vivo e atuante e que efetivamente cessam com a morte (v.g. o direito à vida, o direito de liberdade e o direito de associação), existem aqueles que exigem uma proteção *post mortem*, dado que continuam a influir no curso social e, por isso, perduram no mundo jurídico (v.g. direito ao cadáver, à proteção da sepultura, às partes destacadas do corpo, à identidade, à imagem, à honra, ao bom nome, à vida privada, às obras e demais objetivações criadas pelo defunto etc.) [...]³³⁴.

Para remediar uma situação que deixaria os direitos da personalidade de uma pessoa indefesos às lesões *post mortem*, o CC utilizou de expediente técnico para possibilitar tal tutela jurídica: as previsões dos arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, que assim seguem:

³³² STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício dos direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2017. p. 126-127.

³³³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184. Assim também em Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá, que entendem existir razões filosóficas para a proteção do falecido, pois não seria aceitável, de um ponto de vista ético, que ofensas ao morto fossem carregadas pela comunidade e familiares. Visto que as lembranças do morto continuam, o Direito o protege pelo dever de não infringir a repercussão social de sua personalidade. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 54.

³³⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191-193.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

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

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

Embora se verifiquem tais disposições legais expressas acerca da proteção de direitos da personalidade *post mortem*, a situação não está livre de problemas. O CC não deixa claro a que título as pessoas legitimadas devem exercer tal proteção, se em tutela do direito do *de cuius*, se em tutela a um dever universal da sociedade de não lesar direitos da personalidade alheios, ou, então se é em nome próprio, tutelando direito do vivo decorrente da lesão ao morto. Assim, os parágrafos acima citados não indicam se há, em alguma medida, a extensão da personalidade do falecido para momento posterior ao de sua morte, de forma a justificar que os direitos sejam tutelados, pessoalmente, em seu nome.

Destaca-se que a normativa dos artigos supracitados não tem incidência nos casos em que uma pessoa estava viva no momento do dano, mas a sua reparação somente vai ocorrer após a sua morte. Nesse contexto, a resolução se dá pela via sucessória, por ser questão patrimonial, pelo que os herdeiros adquirem o direito ao montante da indenização conforme a linha hereditária³³⁵.

De forma exemplificativa, se um sujeito tem seu nome inserido em cadastro restritivo de crédito, por dívida inexistente, enquanto ainda estava vivo, e vem a falecer antes que a restrição tenha sido retirada (independentemente do ajuizamento da ação anteriormente ao evento morte), o direito de indenização por danos morais vai ser transmitido aos seus sucessores diretos, o que não causa grandes dificuldades jurídicas.

A situação seria diferente se a negativação por dívida inexistente ocorre após o falecimento da pessoa. Nesse momento surgem dúvidas relevantes, como a possibilidade de sofrimento póstumo de dano pelo morto e a fundamentação de uma possível sentença

³³⁵ Assim prevê a súmula 642 do Superior Tribunal de Justiça: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”. Referida tese encontra fundamentação no art. 943 do CC: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”.

condenatória (que conceda danos morais por lesão que tenha como referência o *de cuius* ou seus parentes vivos).

O CC não explicita, ainda, se as pessoas indicadas são também aquelas que devem consentir com a utilização *post mortem* de aspectos da personalidade e identidade do morto, tal como a sua imagem, como faz o Código Civil Português³³⁶. E não só isso, os parágrafos apresentam uma visão reduzida de quem poderia pleitear a proteção *post mortem*, limitando-se à figura dos familiares. Essa imprecisão é dotada de importantes consequências práticas, pois não haveria definição jurídica para lidar com eventuais conflitos de interesse entre tais sujeitos ou em situações nas quais a lesão a direitos seja perpetuada justamente pelas pessoas ali legitimadas. Não haveria espaço, nesse sentido, para que outros sujeitos ou entidades com legítimos interesses também buscassem tal proteção.

Existem, ainda, incompatibilidades entre o rol de legitimados do parágrafo único do art. 12 (disposição geral sobre tutela *post mortem*), o rol de legitimados do parágrafo único do art. 20 (disposição específica à tutela *post mortem* do direito à imagem) e as pessoas legitimadas à sucessão do art. 1.829³³⁷. Enquanto o art. 12, parágrafo único inclui todos os legitimados a suceder do art. 1.829, o art. 20, parágrafo único, retira os parentes da linha colateral. Ambos os parágrafos únicos retiram qualquer menção ao regime de bens do casamento e não fazem qualquer referência a uma ordem de vocação, usando a locução “ou”, o que dá a entender sua ausência.

O CC, ainda, no art. 12, parágrafo único, em péssima técnica legislativa, diz sobre a legitimação para requerer “a medida prevista neste artigo”, o que, por uma análise sintaticamente mais coerente, deve incluir as duas medidas previstas no caput: “exigir que cesse a ameaça” e “reclamar perdas e danos”. Note que tal problema se repete na dicção do art. 20, parágrafo único, que fala no singular sobre “requerer essa proteção” e no caput diz sobre duas proteções possíveis: proibir a exposição da imagem, “sem prejuízo da indenização”.

É difícil compreender se as pessoas são assim legitimadas por uma referência e tentativa de reprodução das normas sucessórias (em vista de possível repartição de valor indenizatório concedido em ação de reparação civil), bem como se as providências decorrentes

³³⁶ Art. 71º. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere.

³³⁷ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

da tutela deveriam afetar todos os legitimados de forma coletiva ou individual, dando preferência à utilização da tutela específica inibitória ou genérica ressarcitória.

Por fim, é notável que em nenhum dos dois dispositivos há referência a qualquer período temporal na qual a proteção deva ser garantida. A característica da vitaliciedade dos direitos de personalidade só faz sentido enquanto o indivíduo estiver vivo; no período em que permanecer vivo, a proteção é integral, não se extinguindo pelo decurso do tempo. No entanto, após sua morte, é de se pensar se a proteção *ad eternum*, ou pelo menos por um período prolongado, seria de interesse da sociedade em geral, e atenderia também aos interesses do *de cuius* e de seus familiares³³⁸.

Leonardo Zanini comenta algumas das teorias que foram desenvolvidas para explicar tal situação, tais como: *i*) teoria dos direitos sem sujeito, na qual os direitos da personalidade se destacariam do falecido, para permitir sua sobrevivência; *ii*) teoria da personalidade jurídica parcial, que entende que a personalidade jurídica é conferida de acordo com as necessidades do tráfego jurídico e social, de forma que a personalidade poderia persistir apenas quanto aos direitos da personalidade; *iii*) teoria da subjetividade jurídica, em que o falecido não teria mais personalidade jurídica, mas subjetividade jurídica, entendida esta como posição de atribuição de direito; *iv*) teoria do exercício fiduciário de direitos, em que os herdeiros se tornariam fiduciários dos direitos da personalidade do morto³³⁹.

Além dessa forma de categorizar as teorias, há que se abordar também aquela presente na obra de António Menezes Cordeiro, pela qual se dividiriam em três: *i*) o prolongamento da personalidade, negando sua extinção imediata, sendo “empurrada” para momento posterior; *ii*) a memória do falecido como bem jurídico autônomo; *iii*) a defesa das pessoas vivas enumeradas no art. 71º, 2, do Código Civil português³⁴⁰, que foram afetadas pela ofensa à memória do morto, podendo ser indenizadas³⁴¹.

Em outra classificação, categorizam Bruno Torquato e Maria de Fátima as teorias da seguinte forma: *i*) há um direito da família, atingida pela ofensa à memória do falecido, e não um direito do *de cuius*; *ii*) há reflexos póstumos dos direitos inerentes à personalidade, sem que

³³⁸ A única disposição com conteúdo semelhante aparece na Lei 9.610/98, em que o art. 41 garante ao autor proteção por setenta anos após seu falecimento dos direitos patrimoniais referentes a suas obras. Tal previsão, no entanto, nada diz sobre a previsão de duração da proteção aos direitos morais do autor, como a própria lei os denomina. Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

³³⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 184-194.

³⁴⁰ 2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no nº 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

³⁴¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011.

essa esteja presente; *iii*) há titulação coletiva dos direitos da personalidade que, com a morte, se tornam de interesse público; *iv*) há apenas transmissão processual de legitimidade para família, para que possa pleitear medidas protetivas³⁴².

Em que pese tais entendimentos sobre a tutela dos direitos da personalidade póstumos, a doutrina pátria, que já se debruçou sobre a temática em diversas ocasiões, parece não ver com bons olhos algumas das teorias acima apresentadas, por não serem muito abordadas.

Leonardo Zanini se posiciona de forma contrária à tese dos direitos sem sujeito, por entender que o contexto de aplicação para o qual foi pensada – situações de transitoriedade – implica em sua inadequação à tutela do morto. Para ele, a concepção foi construída em atenção a momentos intermediários entre titularidade de direitos e no interesse dos futuros titulares, o que não é o caso dos direitos da personalidade *post mortem*, por serem intransmissíveis³⁴³.

Em sentido semelhante, se opõe à visão fiduciária da tutela póstuma, que entende que os familiares vivos-fiduciários atuam em nome próprio e em atenção às diretivas do morto-fiduciante, pela transferência de bens que é realizada. Também nesse caso se estaria diante de uma atribuição de direitos inicialmente detidos pelo morto e posteriormente pelos vivos, afetando a característica da intransmissibilidade³⁴⁴. Ademais, há que se pensar na aplicabilidade de um instituto patrimonial à tutela de situações de caráter existencial.

A tese da transferência de titularidade para a coletividade também não parece adequada, tendo em vista que implicaria a transferência de uma esfera personalíssima e individual a uma generalidade, que não possui os mesmos interesses³⁴⁵ e nem mesmo semelhança quanto à estrutura de tutela jurídica.

Apesar de tais teorizações, percebe-se, tanto na doutrina estrangeira quanto nacional, uma prevalência de duas teses centrais, divergentes entre si. Enquanto alguns autores defendem

³⁴² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 44. As razões para o não acolhimento dessa divisão quadripartite será esclarecida no transcórre do tópico.

³⁴³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 185-186.

³⁴⁴“No caso dos direitos da personalidade póstumos, a adoção estrita da tese conduziria invariavelmente à transferência dos direitos da personalidade do falecido aos seus parentes próximos, que, conseqüentemente, iriam agir em nome próprio e em defesa de direito próprio. Nas relações internas, por outro lado, os parentes próximos do falecido ficariam obrigados a atuar conforme as instruções e interesses do falecido. Ainda, por óbvias razões fáticas, ou seja, a morte do titular do direito (o controle da atuação do fiduciário, elemento da relação, ficaria completamente prejudicado. Desse modo, a adoção estrita da tese não seria possível, uma vez que implicaria a aceitação da transferência dos direitos da personalidade do falecido aos seus parentes próximos, o que vai de encontro com o princípio da absoluta intransmissibilidade desses direitos. [...] Outrossim, ainda que não se tome com precisão a figura estrita da fidúcia [...], a tese é inadequada, pois seria necessário estarmos diante de uma situação provisória, na qual houvesse a manutenção, pelo menos de forma parcial, da personalidade jurídica do falecido ou uma ulterior devolução definitiva do direito confiado”. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 192-193.

³⁴⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 45.

que os parágrafos dos arts. 12 e 20 do CC protegem os direitos da personalidade das pessoas vivas e legitimadas nos termos da lei; outros defendem que a tutela se dá em razão de direitos do falecido, que seriam projetados para momento posterior à sua morte.

Assim, em vista da predominância da aparição dessas teorias, fez-se a escolha de apresentar a defesa clássica dos direitos *post mortem* a partir dessa subdivisão. Tal abordagem também se justifica tendo em vista que, apesar das demais categorizações apresentarem especificidades, a questão central diz respeito ao sujeito a que a tutela faz referência: se é o morto ou se são os vivos.

Veja-se: em uma abordagem, a proteção jurídica beneficia aqueles que estão vivos e buscam a proteção de sua própria esfera de titularidade de direitos. No outro polo, seja por uma tese de sobrevivência dos direitos por “reflexos da personalidade” ou pela sua presença parcial; pela titularidade coletiva dos direitos; pela natureza unitária do bem jurídico “memória”; pela transmissão de legitimidade processual; há sempre uma referência expressa ao morto enquanto motivo jurídico da proteção³⁴⁶.

O paradigma da relação jurídica adota, portanto, uma natureza dual, buscando uma solução entre o que visualiza como os dois sujeitos de tutela possíveis, os vivos ou os mortos. A resposta estaria em uma dessas possibilidades.

3.1.1 A defesa das pessoas vivas

A defesa da tese da titularidade do direito pelas pessoas vivas parte do pressuposto legal de que a existência da pessoa natural termina com sua morte (art. 6º, CC), e que, com isso, não existiriam mais direitos da personalidade a serem defendidos, posto não haver mais pessoa.

Pode-se identificar tal visão como uma versão jurídica da tese da terminação, visto que ambas postulam a morte como fim da existência do sujeito [de direitos]. A tese das pessoas vivas é, assim, a forma pela qual juridicamente se justifica a ausência de um sujeito e, com isso, a ausência de atribuição de direitos a um ente que não está mais presente, pela não efetivação das condições necessárias e suficientes para a manutenção de sua vida.

Outro ponto que justificaria tal teoria seria o aspecto da intransmissibilidade dos direitos da personalidade. Se os direitos da personalidade são intransmissíveis e se encerram

³⁴⁶ Assim também na tese da personalidade jurídica parcial, pelo qual a parte da personalidade que tutela direitos e obrigações diretamente da personalidade persistem; bem como na teoria da subjetividade jurídica, que contempla o falecido como titular de pretensões defensivas à sua personalidade. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 187-191.

com a morte de seu titular, a tutela dos direitos da personalidade do falecido seria uma incoerência lógica, e demandaria a transmissão aos seus sucessores, o que não ocorre.

Assim, defende-se que a tutela dos direitos da personalidade, nos termos dos parágrafos dos arts. 12 e 20, só poderia significar que as pessoas ali legitimadas estão tutelando, em nome próprio, seus próprios direitos da personalidade. Resume tal teoria Leonardo Zanini:

A teoria parte do princípio de que o morto não existe juridicamente. não tem capacidade jurídica, não podendo ser parte na vida social. [...] Como os direitos da personalidade são intransmissíveis e, segundo a teoria, exigiriam a existência física de seu titular, o que sabidamente não é possível após a morte, o direito de ação reconhecido aos familiares teria por objeto a defesa de direitos próprios dos referidos parentes próximos. Desse modo, a publicação da imagem, a ofensa à honra ou a divulgação de outros elementos pessoais relativos ao falecido configurariam infração ao direito à imagem, à honra ou à vida privada dos próprios herdeiros, que agiriam em seu próprio nome. [...] Entre os que admitem essa teoria, resta ainda o problema da ampliação dos direitos da personalidade dos parentes. De fato, conforme alguns autores, os parentes do falecido podem ser lesados somente em seus próprios direitos da personalidade, não havendo que se falar em ampliação desses direitos após o falecimento do parente próximo. Outros estudiosos, porém, veem uma ampliação dos direitos da personalidade dos parentes de falecido, reconhecendo o surgimento de um direito à não maculação da memória do defunto.³⁴⁷

A teoria utilizaria um conceito material, e não processual, do que seria legitimidade em termos de legislação civil³⁴⁸. Com efeito, o art. 12, parágrafo único, diz que terá “legitimação para requerer a medida prevista”, redação que é repetida no art. 20, parágrafo único, ao constar que “são partes legítimas para requerer essa proteção”. A legitimidade, em sentido material, diria respeito a uma capacidade específica necessária para a prática de certos atos, aos quais o legislador entendeu como necessário acrescentar maiores requisitos³⁴⁹, somente sendo atribuída ao titular do direito objeto da tutela. Se o CC diz que sujeitos inscritos

³⁴⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 194-195.

³⁴⁸ Também denominado pela doutrina de legitimação: “É interessante deixar claro que não se pode confundir capacidade com legitimação e legitimidade. A legitimação é uma condição especial para celebrar um determinado ato ou negócio jurídico. [...] No que tange à legitimidade, esta interessa ao direito processual civil, sendo uma das condições da ação.” TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 120-121.

³⁴⁹ Além dessa visão de legitimidade, Felipe Quintella postula que este conceito veio para suprir uma lacuna legislativa decorrente da não incorporação do conceito de capacidade de direito como pensada por Teixeira de Freitas em seu Esboço de Código Civil. No conceito de Freitas, a capacidade de direito seria uma medida concreta dos direitos que uma pessoa pode adquirir, de forma que admitiria variação em graus (Art. 21 do Esboço: “A capacidade civil é de *direito*, ou de *fato*. Consiste a *capacidade de direito* no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhes são proibidos”). Na codificação de 16, no entanto, o conceito de capacidade de direito perdeu a importância e foi incorporado ao de personalidade, de forma que seria inviável pensar em uma redução da capacidade de direito que, por equivaler à personalidade, significaria uma aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. A legitimidade viria como uma forma de limitar esses direitos não mais restringíveis em vista da capacidade de direito ou, nos termos de Freitas, de definir o grau pelo qual esses podem ser adquiridos ou exercidos. CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2013. p. 132; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860. p. 17-25.

nos parágrafos supracitados são legitimados para a prática das medidas, levando-se em conta o conceito material de legitimidade, estaria clara a titularidade destes sujeitos quanto aos direitos que irão defender.

O pressuposto implícito da visão do direito das pessoas vivas é que a tutela jurídica se vincula diretamente à presença do elemento personalidade ao ente a ser protegido; ausente tal caracterização – que apenas se dá do nascimento até a morte – a proteção oferecida pela legislação civil deve buscar outra fonte de explicação, isso é, outros sujeitos de direito.

Essa teoria possui certa prevalência na doutrina de modo geral, embora existam certas alterações quanto ao modo de sua formulação. Na doutrina portuguesa, tem-se que a defesa do direito dos vivos se dá em razão de uma necessidade de tutela à memória e integridade moral do falecido. Pedro Pais de Vasconcelos entende nesse sentido, colocando que, no momento da morte do sujeito, existe uma ampliação na esfera de direitos dos seus parentes, que tutelam, por direito próprio e em nome próprio, um direito a não maculação da memória do defunto. A defesa seria, então, do direito dos vivos de defender o respeito pelos mortos³⁵⁰. Assim também defende Carlos Alberto da Mota Pinto, para quem existe uma proteção das pessoas vivas que seriam afetadas por atentados à memória do falecido³⁵¹.

Menezes Cordeiro expõe que a morte equivale ao fim da pessoa como centro autônomo de imputação de normas jurídicas, encerrando com isso a generalidade dos aspectos pessoais e a titularidade de direitos e obrigações (dentre eles os direitos da personalidade). No entanto, há que se falar em eficácia póstuma ou pós-eficácia quanto à memória do falecido. Isso se dá pela defesa dos vivos, aos quais se atribui indenização em nome próprio, de modo que a “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 mortos”³⁵².

Adriano de Cupis ressalta, também, tratar-se de direito novo, conferido a certos parentes do falecido, que consiste na possibilidade de consentir com a reprodução de sua imagem e de defender o sentimento de piedade que a ele se direciona³⁵³.

Na literatura norte-americana, Jennifer E. Rothmann entende que a melhor justificativa para a proteção das pessoas falecidas é a possibilidade de proporcionar aos parentes vivos medidas que impeçam a exploração indevida dos atributos da personalidade que

³⁵⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 119-121.

³⁵¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª Edição. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 203

³⁵² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011.

³⁵³ CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. 1ª Edição. Campinas: Romana Jurídica, 2004. p. 153-154

entendessem como ofensivos ou degradantes à sua memória. É evidente, em sua visão, que a proteção da pessoa perde força jurídica depois da sua morte, com o passar do tempo, de forma que qualquer legislação aplicável ao caso deveria ser restrita em escopo e duração e focada nos interesses não econômicos de seus herdeiros³⁵⁴.

No direito pátrio, a tese do direito das pessoas vivas é defendida por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que entendem que o direito é titularizado por aquele sujeito que vive alguma situação de vantagem em virtude das circunstâncias pessoais de quem morreu³⁵⁵. Luiz Alberto David Araújo, abordando o caso do direito à imagem do morto, defende que não se pode falar de sua tutela direta, pois esta se extinguiu junto com a sua vida, mas surge em seus herdeiros um direito próprio e distinto de proteção contra a disseminação da imagem do parente falecido³⁵⁶.

Nas Jornadas de Direito Civil, destaca-se o Enunciado 400, aprovado na V Jornada, que prevê legitimidade aos parentes, por direito próprio, para tutela de lesão póstuma: “Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”.

Alguns autores parecem defender que a lesão aos direitos *post mortem* afetaria os vivos de modo indireto, pelo que a tutela dos seus direitos se daria em razão da ocorrência de um dano reflexo. Assim entendem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, que veem na tutela concedida pelo art. 12, parágrafo único, um direcionamento às pessoas vivas³⁵⁷; Maria Helena Diniz, que reconhece que a tutela se dá a pessoas que foram indiretamente atingidas pelo dano³⁵⁸; e Flávio Tartuce, que reconhece expressamente ocorrência de dano indireto, de forma que os legitimados agem por direito próprio³⁵⁹.

A indenização por dano moral reflexo é tratada prioritariamente em pesquisas que cuidam da reparação por dano-morte, pelo qual o falecimento da pessoa gera em seus familiares

³⁵⁴ ROTHMAN, Jennifer. *The Right of Publicity: Privacy Reimagined for a Public World*. London: Harvard University, 2018.

³⁵⁵ JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³⁵⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999. p. 68-69

³⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: teoria geral*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 17

³⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. V. 1. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156-157.

³⁵⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 160

próximos um prejuízo moral, decorrente de uma lesão que não lhes foi diretamente direcionada³⁶⁰.

O dano reflexo/indireto é assim, uma situação triangular, pela qual se prejudica diretamente um sujeito, em nome próprio, o que gera por si uma segunda lesão, na esfera jurídica de outro indivíduo, em vista das relações de proximidade e afeto entre as pessoas que sofreram o dano³⁶¹. Como explicam Rafael Peteffi da Silva e Aline Ávila Ferreira dos Santos, tem sido desenvolvida uma ampliação nas hipóteses de dano reflexo extrapatrimonial, considerando o atual papel da responsabilidade civil em proteger as vítimas de eventos danosos, buscando remediar alterações radicais em modos de vida e nas relações que os indiretamente prejudicados detinham com o alvo direto da lesão³⁶².

Silviano José Gomes Flumignan, em dissertação sobre dano-evento (lesão a interesse legalmente protegido) e dano-prejuízo (consequências da lesão à esfera de direitos), entende o dano reflexo como uma instância em que o dano-evento recai sobre um sujeito e o dano-prejuízo em outro³⁶³. As consequências e prejuízos, portanto, são aplicados a alguém distinto daquele cujo interesse de proteção foi violado; no caso dos direitos da personalidade póstumos, seria equivalente a dizer que o morto sofre um dano-evento, enquanto os vivos experimentam o dano-prejuízo.

Na jurisprudência brasileira, a tese de proteção do direito das pessoas vivas encontra clara predominância. Em diversas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado no sentido de que a tutela dos direitos da personalidade *post mortem* se dá como proteção aos efeitos que tais lesões têm nos parentes vivos indiretamente afetados.

³⁶⁰ A abordagem acerca do dano reflexo/indireto e suas repercussões na responsabilidade civil por morte injusta foram estudadas em outro trabalho, a qual agora se faz referência. FERREIRA, A.M.S. Responsabilidade civil por dano da morte: algumas contribuições filosóficas. In *Revista do CAAP*. ISBN: 1415-0344. No prelo. Uma referência disso consta no Art. 10:301 dos *Principles of European tort Law (PETL)*, que preveem que “danos não pecuniários também podem ser objeto de compensação para pessoas que tinham um relacionamento próximo com a vítima de um acidente fatal ou de grande severidade” (tradução livre). No original: “*Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury*”.

³⁶¹ SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de Justiça, Função Social do Contrato e a Indenização do Dano Reflexo ou por Ricochete. In: *Revista Sequência* (UFSC), Florianópolis, v. 63, p. 353-375, 2011. p. 354-355.

³⁶² SILVA, Rafael Peteffi da.; SANTOS, A. A. F. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. In: *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 12, n. 1, p. 95-129, jan./jun. 2013. p. 122. Nesse sentido, Rafael Peteffi da Silva e Otavio Luiz Rodrigues Junior explicam que a categoria do dano reflexos extrapatrimonial foi construída sem uma expressa sustentação na lei, de forma que a doutrina e os tribunais tiveram relevante papel na inclusão de outros danos por ricochete. SILVA, Rafael Peteffi da, RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SILVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziereiro (orgs.). *I Encontro de Internacionalização do Conpedi. Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 37-72. p. 54

³⁶³ FLUMIGNAN, Silviano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 200-203

No REsp 74473/RJ, julgado em 23/02/1999, tratou-se de caso em que foi utilizada a imagem do atleta Garrincha em produção cinematográfica sem a sua autorização ainda em vida. Ressaltou-se a legitimidade da pretensão dos sucessores para requerer indenização pelo locupletamento ilícito advindo da utilização para fins comerciais da imagem de pessoa falecida, sem que ela ou seus herdeiros tivessem autorizado^{364 365}.

No REsp 268660/RJ, julgado em 21/11/2000, apesar de não dizer claramente de quem era a titularidade do direito pleiteado, restou fundamentado que a proteção ainda perdura após a morte, e que os pais têm “legitimidade ativa para postular reparação por ofensas morais feitas à imagem de seus filhos”³⁶⁶. O caso dizia respeito a uma publicação jornalística referente à filha de Glória Perez, Daniella Perez, em que se veiculou uma história sobre o seu homicídio que, na visão da mãe, daria a impressão ao público de que os atores tiveram um relacionamento em suas vidas pessoais, e não apenas na novela em que contracenaram cenas românticas. E, com isso, a tutela se deu em razão da memória, que permanece e deve ser protegida por aqueles que mais sofrem com as lesões³⁶⁷.

No REsp 521697/RJ, julgado em 16/02/2006, também dizendo respeito ao atleta Garrincha e seus herdeiros, dessa vez pela publicação não autorizada do livro “Estrela Solitária - Um brasileiro chamado Garrincha”, o acórdão ressaltou que os sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para indenização decorrente de dano moral ou dano material pela projeção dos efeitos econômicos de tais direitos³⁶⁸.

No REsp 1005278/SE, de 04/11/2010, foi julgada demanda ajuizada por cônjuge do marido falecido, que apareceu na capa de jornal por meio de uma foto do acidente, “morto e ensanguentado, ainda entre as ferragens do ônibus escolar que transportava alunos do Colégio Arquidiocesano envolvido no acidente”. A tese do dano reflexo foi diretamente adotada, para ressaltar que a proteção é em razão dos interesses das pessoas vivas, de forma a evitar danos reflexos. Na visão do relator, sendo o direito de ação por dano moral de natureza patrimonial, o direito de buscar ressarcimento da lesão deve ser conferido aos legitimados pelo CC:

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 74473/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 23/02/1999, DJ de 21/06/1999

³⁶⁵ Este caso, bem como os demais apresentados em sequência, não são fruto de uma pesquisa empírica jurisprudencial, pelo que não se adotou critérios estritos de investigação; ausentes também, nesse mesmo sentido, os mecanismos adotados, como os termos de busca, as datas, os tribunais averiguados, os números de casos analisados. Tem-se, com isso, caráter predominante exemplificativo do posicionamento adotado pelo STJ.

³⁶⁶ 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. p. 9.

³⁶⁷ 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. p. 9.

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521697/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 16/02/2006, DJ de 20/06/2006.

Desta forma, não deixou o legislador de conferir proteção à imagem e à honra de quem falece, uma vez que estas permanecem perenemente lembradas nas memórias dos sobreviventes, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida. [...] Essa proteção é feita em benefício dos parentes dos mortos, para se evitar os danos reflexos que podem sofrer em decorrência da injusta agressão moral a um membro da família já falecido. Assim como a morte do chefe da família acarreta dano material reflexo aos seus dependentes, por ficarem sem o sustento, a ofensa aos mortos atinge também reflexamente a honra, a imagem, a reputação dos seus familiares sobreviventes. [...] Bem por isso, não cabe falar em limitação ao direito dos legitimados de obterem a cessação da lesão e reclamar indenização mesmo quando o fato tenha ocorrido após a sua morte³⁶⁹.

Destaca-se que os casos judicializados com grande repercussão estão prioritariamente relacionados às lesões *post mortem* do direito à imagem, como ocorreu quanto à indenização à viúva e à nora do atleta Waldemar Rodrigues Martins, pela exploração de sua imagem no álbum de figurinhas “Heróis do Tri”³⁷⁰, e à indenização conferida a descendente de Lampião e Maria Bonita, em propaganda em revista de circulação nacional, com fins econômicos³⁷¹.

Na jurisprudência francesa, o Tribunal de Grande Instância de Paris reconheceu direito à indenização ao prejuízo suportado pelos herdeiros do falecido ex-presidente François Mitterrand, que teve sua privacidade violada *post mortem*, ao mesmo tempo em que foi reconhecido direito à vida privada do falecido, indicando a não extinção dos direitos com a morte. No entanto, o julgamento da Corte de Apelação de Paris reconheceu somente prejuízo pelos herdeiros, que foram atingidos pela lesão, deixando de lado a ocorrência de lesão póstuma à vida privada³⁷².

O maior defeito da tese das pessoas vivas consiste na assunção de uma interpretação estrita da legislação que é incoerente em seus próprios termos. Isso porque busca privilegiar uma hermenêutica positivista do CC, que prevê o fim da existência da pessoa com a morte, conforme art. 6º, pelo que não teria como se defender, sem alterar o conteúdo da lei, que o morto persiste como objeto de proteção. No entanto, o texto legal não permite que esse modo de interpretação tenha êxito, pois acarreta em incompatibilidades e contradições internas ao raciocínio.

A interpretação conjunta do art. 12 e de seu parágrafo único deixa claro que a proteção fornecida é a algo distinto dos familiares vivos. Veja-se: o *caput* do art. 12 constitui uma cláusula geral de proteção à personalidade, pelo que pessoas que se sintam lesadas podem, em

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1005278/SE. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 04/11/2010, DJ de 11/11/2010

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.963/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. em 20/09/2005, DJ de 10/10/2005.

³⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 86.109/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. em 28/06/2011, DJ de 01/10/2001

³⁷² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 181

conformidade com o artigo, pleitear a sua proteção em nome próprio. E o parágrafo único – que consiste, conforme hermenêutica legislativa, em exceção ou acréscimo aos termos do *caput* – estende essa proteção ao morto, pela dicção “em se tratando de morto”. Ou seja, os parentes vivos que se sentirem pessoalmente lesados em sua personalidade já encontram proteção direta no *caput* do art. 12, não precisando recorrer ao parágrafo único. Assim, para que este não constitua texto legal desnecessário, a tutela tem que ser a algo (ou alguém) além das pessoas vivas, já diretamente protegidas pela cláusula geral de tutela.

Há que se indicar também a figura do ausente no mesmo diploma normativo. Com efeito, o parágrafo único do art. 20 diz que os familiares são partes legítimas “em se tratando de morto ou de ausente”. O ausente não é um ente sem personalidade, posto consistir em pessoa a quem será nomeado curador para administrar seus bens. A tutela de sua personalidade ainda se dá em seu próprio nome, visto que sequer é considerado morto antes de abertura da sucessão definitiva³⁷³. Se o ausente está na mesma hipótese normativa de tutela que o morto, e adotando o viés de análise da teoria das pessoas vivas (hermeneuticamente estrito), o objeto de proteção deveria ser os próprios sujeitos a que a norma faz referência – ausentes e falecidos –, visto que continuam pessoalmente tutelados.

O raciocínio, no entanto, não é perfeito, tendo em vista que a cláusula geral do art. 12, parágrafo único, não referencia o ausente. Não parece haver motivos para especificar a proteção do ausente apenas aos casos referentes à imagem, como ocorre no art. 20. Ou o ausente é tido como pessoa e tutelado pelo *caput* de ambos os artigos, pelo que a previsão do parágrafo único do art. 20 é inadequada; ou é o caso de proteção positivada de dano indireto aos familiares do ausente, sendo necessário que também constasse no parágrafo único do art. 12. Com isso, torna-se incoerente e difícil o entendimento da estrita previsão legislativa, não sendo adequada essa forma de analisar o texto legal.

A tese dos danos reflexos também parece de baixo teor explicativo. Em primeiro lugar porque recai no mesmo problema da desnecessidade do parágrafo único, uma vez que a tutela por dano reflexo já lhes conferiria legitimidade para pleitear reparação em nome próprio. Nesse sentido explica Maici Barboza dos Santos Colombo:

Decerto, a ameaça de dano ou o dano efetivo a direito da personalidade de cada familiar faz surgir a eles o direito de atuar em defesa de sua própria personalidade. Parece redundante, mas essa afirmação pretende reforçar que os direitos da personalidade dos familiares também merecem proteção jurídica, com fundamento no art. 12, *caput* do Código Civil [...] Sendo assim, situar o fundamento da legitimação dos familiares para promover a tutela póstuma da personalidade do falecido em direito

³⁷³ Segunda parte do art. 6º: A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

próprio faria com que o parágrafo único do art. 12 (ou do art. 20) do CC fosse absolutamente desnecessário, pois seus interesses já estão tutelados no caput. [...] A despeito de afetar reflexamente a personalidade da vítima indireta, os meios de tutela, nesses casos, fundam-se em direito próprio, eis que há coincidência entre a titularidade do interesse juridicamente tutelado e a legitimação para agir. Desse modo, a potencialidade lesiva *par ricochet* já confere aos familiares o direito de perseguir os meios tutela de sua própria personalidade," ainda que isso implique, indiretamente, a proteção de aspectos da personalidade de pessoa falecida." Aliás, confirmando se tratar de direito próprio, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a legitimidade, nesses casos, dependerá da prova da proximidade existente entre as vítimas direta e indireta, o que deverá ser objeto de instrução processual, sendo esse também um critério para a verificação efetiva do dano. Percebe-se, então, que a tutela póstuma da personalidade não pode se confundir com os direitos próprios inerentes à personalidade dos familiares que sofrem com os atos atentatórios à personalidade do seu ente querido falecido³⁷⁴.

Em segundo lugar, porque, na medida em que entende, de forma conceitual e pressuposta, que existem dois danos – original e reflexo –, que são distintos e têm independência e autonomia, a teoria reconhece a existência de um dano ao morto em conjunto a um dano aos vivos. Assim, falta densidade argumentativa para justificar a existência de danos sem sujeitos de direitos, visto que essa categorização é negada pelo art. 6º do CC. Atribuir a defesa das pessoas vivas a um dano que ocorre de modo reflexo, em razão de ofensa indireta, acaba por reconhecer, ao mesmo tempo, que houve uma lesão ao direito de personalidade da pessoa morta, de forma que se teria, necessariamente, um prolongamento de sua existência. Para evitar tal conclusão, seria necessário reconhecer que houve um dano ao morto, mas que, por este não mais existir e não ter mais personalidade, não pode lhe ser concedida indenização. A essa possibilidade resta o ônus argumentativo de justificar a existência de danos não reparáveis.

As mesmas críticas feitas à tese da terminação no capítulo antecedente podem ser aqui estendidas. Defender que o fim biológico do sujeito implica no fim de sua proteção enquanto pessoa é buscar um critério único pelo qual a personalidade e os valores que tutela estão presentes no ordenamento. Assim, por uma previsão legislativa única, nega-se o sentido social de presença do morto e evidencia-se uma postura pelo qual a pessoa não é construído na prática, mas dada de antemão.

Não só isso, entender que a tutela diz respeito apenas aos direitos dos vivos leva à conclusão que os desejos pertinentes aos mortos se reduzem às interpretações que deles se fazem, o que parece impossibilitar uma dimensão de autoria sobre a própria obra de vida. Nega-

³⁷⁴ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 109-110.

se, também, que possa haver divergência entre os interesses persistentes do morto e os interesses dos vivos, como se andassem sempre em sincronia, o que pode não se verificar na realidade.

3.1.2 A defesa do morto e a projeção póstuma da personalidade

Do outro lado, encontram-se os defensores da proteção não do direito das pessoas vivas, mas da defesa, em alguma medida, do próprio falecido ou de aspectos de sua personalidade.

Inicialmente, destaca-se que a defesa da memória parece configurar, em algumas obras, um bem jurídico autônomo, não vinculado à proteção das pessoas vivas ou dos mortos na dimensão dos direitos, figurando como causa própria de proteção³⁷⁵. José de Oliveira Ascensão entende que o respeito pelos mortos é eticamente relevante, de forma que o sujeito passivo de uma ofensa pode ser uma pessoa falecida. Embora sua personalidade tenha cessado com a morte, prolonga-se seu valor como pessoa, transmutado no bem jurídico autônomo de respeito à sua memória. Tendo isso em vista, o autor visualiza como descabido qualquer tipo de indenização patrimonial, pois não alcançaria qualquer função satisfativa à memória, devendo as medidas serem restritas às providências para evitar e remediar lesões³⁷⁶.

Silvio Romero Bertrão entende que a tutela *post mortem* da personalidade se dá em defesa de interesses próprios da pessoa falecida, enquanto em vida, de forma que ainda que não se considere o defunto como sujeito de direitos, sua imagem merece proteção jurídica autônoma. Assim, a memória que construiu com sua vida, e não sua própria personalidade, é o que merece proteção, como respeito à sua dignidade. O autor sustenta que os bens da personalidade, vistos dessa forma autônoma, são protegidos por meio de legitimidade processual conferida às pessoas vivas. Eventual direito à indenização deve beneficiar todos os herdeiros, de acordo com a ordem de sucessão hereditária, ainda que nem todos tenham participado do processo judicial, pois não se pode entender que o direito violado era próprio dessas pessoas, mas um direito autônomo à memória do qual não são titulares³⁷⁷.

Indo além da visão da memória como bem jurídico autônomo, destaca-se a fundamentação da proteção do falecido pelo não encerramento de sua dignidade, com reflexos de sua personalidade permanecendo na realidade social. E, com isso, há uma extensão ao período póstumo das faculdades de defesa anteriormente existentes.

³⁷⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193

³⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Teoria Geral do Direito Civil*. v. I e II. Lisboa, 1991. p. 129-135

³⁷⁷ BERTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. In: *Revista dos Tribunais*. Revista de Processo. vol. 247/2015. Set. 2015. p. 177-195.

Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas entende ser inegável que a personalidade humana se extingue com a morte, mas que se trata de uma questão de bom senso e respeito proteger as reminiscências da personalidade, que ressoam mesmo após o fim da vida biológica. Entende que o direito em si não persiste, mas sim a faculdade de exigir o respeito necessário, que é pleiteada pelos parentes que detém legitimidade *ad causam*³⁷⁸.

Leonardo Zanini ressalta o entendimento da doutrina alemã, que verifica a fundamentação de proteção aos direitos da personalidade *post mortem* na dignidade da pessoa humana, a qual não se encerra com a sua morte. No entanto, as pretensões de ressarcimento patrimonial por essas lesões não são de todo aceitas, pois a compensação financeira não proporcionaria qualquer tipo de compensação ao falecido³⁷⁹. O autor não concorda com a impossibilidade de compensação, com sucessão dos efeitos patrimoniais, por entender ser um modo eficaz e com previsão legislativa de tutelar a personalidade do defunto, o que não se confunde com o aspecto moral (ou imaterial), que não é transmissível³⁸⁰.

Na jurisprudência alemã, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfG) entende pela cessação dos direitos da personalidade com o falecimento, persistindo, todavia, uma pretensão geral de respeito à pessoa falecida. Em julgados do Superior Tribunal Federal alemão (BGH), fundamenta-se tal tutela no direito geral de personalidade. O marco inicial para a evolução de tais entendimentos se dá com o caso *Mephisto*, originado de um livro homônimo, escrito por Klaus Mann, que retratava a vida de Gustaf Gründgens – genro do escritor – como um homem ambicioso que se tornou rico e famoso ao colaborar com o regime nazista. Após o filho de Gründgens ter pleiteado a vedação à publicação da obra, a Corte Constitucional alemã distinguiu entre direitos da personalidade (que se extinguem com a morte) e intangibilidade da dignidade humana (que permanece), de forma que a proteção *post mortem* persistiria mesmo com o encerramento de tais direitos³⁸¹.

No caso *Marlene Dietrich* (uso póstumo da imagem da atriz e cantora sem o consentimento de sua filha única), o Superior Tribunal Federal reconheceu, pela primeira vez,

³⁷⁸ ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas. Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 164. out./dez. 2004. p.347-366. p. 351-352

³⁷⁹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 198-199

³⁸⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 244

³⁸¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 163-164

direito à compensação financeira pelos herdeiros pela apropriação comercial indevida da personalidade do falecido, por meio de elementos como voz, imagem e nome³⁸².

No caso *Ehrensache*, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu a existência de direitos da personalidade póstumos, cuja proteção se vincularia à dignidade do falecido. No entanto, a proteção conferida aos mortos não devia ser idêntica à dos vivos, de forma que aqueles não seriam abarcados pela cláusula de livre desenvolvimento da personalidade³⁸³. E, em *Klaus Kinski*, o Superior Tribunal Federal germano não reconheceu direito à indenização por violação póstuma, por entender decorrido o prazo de 10 anos de proteção do componente patrimonial dos direitos da personalidade, mas a proteção do componente imaterial persistiria para além desse prazo, devendo ser analisada à luz do caso concreto³⁸⁴.

No campo da literatura estrangeira, Matthew H. Kramer entende ser possível visualizar uma influência contínua do morto no contexto social, sendo possível desenvolver um curso de existência generalizante sobre sua vida. O falecido teria uma constância e semelhança moral *post mortem* em relação ao sujeito que era quando vivo e, enquanto essa similitude persistir, este também pode permanecer enquanto detentor de interesses e, conseqüentemente, direitos:

[O morto] persiste, é claro, não tipicamente como um ser materialmente intacto, mas como uma presença multifacetada na vida de seus contemporâneos e de seus sucessores. [...] Se ele era titular de direitos durante sua vida (como certamente o era), então ele vai continuar a ser um potencial titular de direitos por tanto tempo quanto sua proeminência póstuma torna ele semelhante à pessoa enquanto ainda vivo. [...] De um ponto de vista conceitual, atribuições de direitos a animais e pessoas mortas (e pessoas ainda não concebidas e bebês e pessoas loucas) é perfeitamente aceitável; virtualmente qualquer proponente da Teoria dos Direitos enquanto Interesses concordaria com isso. De um ponto de vista moral, indo além, a classificação dos mortos e de alguns animais (e pessoas ainda não concebidas e bebês e pessoas loucas) como potenciais titulares de direitos é muitas vezes apropriada. De um ponto de vista empírico, por fim, os interesses de tais seres recebem, de fato, diversas proteções legais, estabelecidas via imposição de obrigações às pessoas atualmente vivas. Em vista dos pontos conceituais e morais acima sumarizados, essas proteções legais já existentes são corretamente caracterizadas como direitos titularizados pelos animais e pelos mortos (e outros), pelos quais seus interesses são tutelados³⁸⁵. (tradução livre)

³⁸² RÖSLER, Hannes. Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. In: *Berkeley Journal Of International Law*. Volume 26, 2008, p.154-205. p. 181.

³⁸³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 179-180

³⁸⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 201

³⁸⁵ No original: “*He endures, of course, not typically as an intact material being but as a multi-faceted presence in the lives of his contemporaries and successors. [...] If he was a holder of legal rights during his lifetime (as he surely was), then he continues to be a potential right-holder so long as posthumous prominence renders him assimilable to the person he was while alive. [...] As a conceptual matter, attributions of legal rights to animals and dead people (and unconceived people and infants and lunatics) are perfectly acceptable; virtually every proponent of the Interest Theory of rights would agree as much. As a moral matter, furthermore, the classification of dead people and some animals (and unconceived people and infants and lunatics) as potential holders of legal rights is very often appropriate. As an empirical matter, finally, the interests of the aforementioned creatures do indeed enjoy a variety of legal protections that are established via the imposition of obligations on present-day human beings. In light of the conceptual point and the moral point that have just been summarized, those existent*

Kirsten Rabe Smolensky destaca que o uso de nomenclaturas e termos legais que parecem referenciar diretamente o falecido, tais como “direitos do morto”, bem como os contextos jurídicos em que se parece privilegiar um sentido persistente de sua agência, como na lei testamentária e de sucessões, indicam a tendência da comunidade em tratar com respeito os desejos daquele que um dia viveu, privilegiando sua dignidade e autonomia. E, na medida em que esse discurso de respeito aos mortos não é meramente retórico, esses permanecem capazes de titularizar direitos, ainda que mais constrictos do que os detidos em vida³⁸⁶.

Rabindranath Capelo de Sousa, em sua obra *Direito Geral de Personalidade*, sustenta que a defesa dos direitos da personalidade *post mortem* diz respeito aos interesses do próprio falecido, enquanto ainda em vida, bem como às suas pretensões de “continuação de si mesmo e de ultrapassagem da morte, senão mesmo de perpetuação, e a contributos objectivados seus para o desenvolvimento da espécie humana e que autonomamente continuem a actuar enquanto legados para a posteridade”³⁸⁷. Em explicação ao conteúdo do art. 71 do Código Civil português³⁸⁸, apresenta a visão de que a morte opera uma modificação profunda no âmbito do direito geral de personalidade, ocorrendo uma sucessão ou aquisição derivada translativa *mortis-causa* de direitos pessoais, funcionalizada aos interesses pessoais que o falecido teria se ainda estivesse vivo. A legislação forneceria a todos que possuem um interesse moral em proteger o morto, em vista dos laços de afeição, a legitimidade processual para requerer as providências tidas por necessárias³⁸⁹.

Diogo Leite de Campos ressalta que coexistem interesses distintos do falecido e de seus parentes próximos, que também são afetados em sua esfera pessoal por lesões à boa reputação do morto. O que se transmite aos herdeiros é somente a capacidade de exercício, adquirindo o poder de tutelar os direitos do falecido em consideração à pessoa que foi em vida³⁹⁰. A tutela à pessoa humana se efetivaria indo além do fenômeno biológico da morte. A

legal protections are aptly characterized as legal rights held by the animals and dead people (and others) whose interests are shielded through the protections”. KRAMER, Matthew H. Do animals and dead people have legal rights? In *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* Vol. XIV, No. 1. January 2001, p. 29-54. p. 47-54.

³⁸⁶ SMOLENSKY, Kirsten Rabe. Rights of the Dead. *Hofstra Law Review*. Vol. 37, 2009. p. 763-803

³⁸⁷ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 193.

³⁸⁸ 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 sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido. 3. Se a ilicitude da ofensa resultar da falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere.

³⁸⁹ SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 404

³⁹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto Jurídico da Pessoa Depois da Morte. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 2 (2016), nº 4, p.477-487. p. 484-485.

lesão pode, também, afetar as pessoas vivas, de forma reflexa, mas isso daria ensejo ao ajuizamento de ações distintas, que tutelassem seus próprios direitos em nome próprio.

Depois do falecimento, passa a funcionar directamente o juízo dos seus herdeiros sobre o interesse do “*de cuius*”, que também é um interesse seu sem se confundir com aquele. Os direitos do falecido mantêm-se na medida em que ele tenha interesse nisso. Sendo exercidos no seu interesse pelas pessoas que tenham legitimidade para tal. Não enquanto direitos dos parentes, mas enquanto direitos do falecido. Será este o seu titular; continuam a ser direitos da (sua) personalidade, mas também direitos dos seus familiares por os interesses destes se terem autonomizado depois da morte do titular dos direitos. Passando a coexistir estes com aqueles³⁹¹.

Jacqueline Sarmiento Dias também sustenta que as pessoas indicadas na lei defendem interesse próprio daquele que faleceu, em prolongamento de sua personalidade. No entanto, entende-se tratar de comunicação *sui generis* dos direitos de personalidade, à semelhança do que ocorre com a passagem de sobrenome de pai para filho, de forma que a proteção de tais direitos deveria ser reclamada pelos parentes vivos³⁹². De forma semelhante, Alfredo Domingues expõe que os danos patrimoniais advindos da exploração comercial não autorizada da imagem do morto tem fundamento no valor protegido deste direito pelo titular antes da morte. Nesse sentido, a ofensa *post mortem* equivaleria a uma ofensa em vida³⁹³.

Anderson Schreiber defende que, com a morte, a personalidade em sentido subjetivo (aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações) se extingue, mas não o seu sentido objetivo, que se configura no conjunto de atributos essenciais de uma pessoa. Assim, os direitos da personalidade se projetariam para além da vida, de forma que o ordenamento dá às pessoas vivas legitimidade para proteger não diretamente o falecido, mas sim impedir os efeitos que tais lesões podem produzir no meio social. Em sua visão, deixar sem consequências violações a direitos da personalidade de pessoas falecidas contribuiria para um ambiente de baixa efetividade e proteção de tais direitos, o que deve ser evitado³⁹⁴.

Uma das interpretações mais proeminentes acerca da tutela *post mortem* é aquela que confere apenas legitimidade processual para os vivos, para que protejam as projeções da personalidade do morto ainda dignas de respeito.

José Rogério Cruz e Tucci defende que o art. 12, parágrafo único, preconiza uma transmissão *mortis causa* da defesa dos direitos da personalidade. Haveria uma projeção material da personalidade do falecido, que continua a influenciar o tráfego jurídico; o

³⁹¹ CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto Jurídico da Pessoa Depois da Morte. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 2 (2016), n° 4, p.477-487. p. 484-485

³⁹² DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O Direito à imagem*. Del Rey: Belo Horizonte, 2000. p. 122

³⁹³ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. Um ensaio sobre direitos da personalidade post mortem. São Paulo: LTR, 2009. p. 245.

³⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 25.

ordenamento, nesse sentido, protege o *de cuius* contra qualquer ameaça à personalidade que tinha em vida³⁹⁵. O que ocorre é, então, uma possibilidade de aquisição de legitimidade processual para, em nome próprio, proteger a projeção *post mortem*, sem que isso implique em aquisição de titularidade de direitos pelos vivos.

Os legitimados não poderiam pleitear indenização por lesão direta às suas personalidades, devendo tutelar a memória do falecido; mas poderiam pleitear dano moral indireto que sofrerem em razão da lesão. Em ambas as situações, José Rogério Cruz entende se tratar de legitimação processual ordinária e, no caso da tutela da memória do morto, qualquer um dos legitimados poderia pleiteá-la³⁹⁶.

Caio Mário defende que o rigor do encerramento dos direitos com a morte de uma pessoa é excepcionado no caso dos direitos da personalidade, pelo que ao falecido ainda perdura o direito à integridade moral e à sua memória, que é tutelado pelos seus parentes por meio de legitimidade extraordinária. Defende o autor que a imagem, enquanto ínsita à pessoa, por configurar expressão externa de seu caráter, ainda deve ser preservada³⁹⁷.

Assim também Alfredo Domingues, pelo qual os parentes têm legitimidade processual extraordinária, que tutelam valores sob a titularidade jurídica do morto³⁹⁸. Com isso, defende expressamente que se trata de direito subjetivo deste, que é preservado, de forma que os parentes vivos somente possuem, sob sua titularidade, o direito de ação para sua defesa:

[O] direito à honra existe enquanto há honra, ainda que depois da morte, e o morto não precisa ter a vontade expressa de proteger esse direito para que a proteção se efetue. Ou seja: o legitimado-parente do *de cuius* pode proteger essa honra que subsiste mediante o exercício de direitos derivados, de natureza processual, que a lei lhe outorga para essa finalidade: ou seja, o direito de ação para a proteção da honra do parente morto. [...] [São] direitos subjetivos que se prolongam para além da vida, podendo ser exercidos como um mero prolongamento da personalidade por aqueles a quem a norma reconhece apenas o interesse de proteção. Em síntese, os legitimados são apenas titulares do direito de ação para defender em juízo ou exercer a tutela *post mortem* da personalidade (um direito derivado do direito principal que é o próprio direito à honra). Esse é o papel que lhes cabe³⁹⁹.

Ainda, Leonardo Zanini, retomando o pensamento de Diogo Leite Campos, entende possível coexistência entre interesses do morto e dos vivos, mas que isso não necessariamente

³⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tutela jurisdicional da personalidade post mortem. *Revista dos Tribunais*. vol. 845/2006. Mar. 2006. p. 11 - 21

³⁹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tutela jurisdicional da personalidade post mortem. *Revista dos Tribunais*. vol. 845/2006. Mar. 2006. p. 11 – 21.

³⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. A morte e sua repercussão na vida negocial. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídica*. V. 1, n. 1. Jan./Jun. 1985. Rio de Janeiro: Academia, 1985. p.105-119. p. 112

³⁹⁸ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. Um ensaio sobre direitos da personalidade post mortem. São Paulo: LTR, 2009.

³⁹⁹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. Um ensaio sobre direitos da personalidade post mortem. São Paulo: LTR, 2009. p. 186

ocorre⁴⁰⁰. Assim, tutelar a personalidade do falecido apenas por meios mediatos e indiretos – pelo direito das pessoas vivas – abriria oportunidades para a insuficiência da defesa que seria necessária. Ao lado do interesse dos vivos, deve existir a titularização de direitos pelo próprio falecido, em uma espécie de prolongamento da proteção da dignidade da pessoa humana, que persiste mesmo após o óbito. Esclarece o autor:

Não se pode negar então que um certo número de interesses e direitos existe depois da morte, como é o caso, por exemplo, do direito à imagem, ao nome e às obras do espírito, o que é amplamente reconhecido pela legislação, doutrina e jurisprudência. Desse modo, é certo que referidos direitos podem eventualmente afetar os parentes próximo do de cujus, mas a despeito disso, não se pode admitir que depois da morte nada existe. Pode-se afirmar então que “a proteção dos direitos da personalidade de um ser humano conhece uma vida depois da morte”⁴⁰¹.

Em trabalho posterior, dedicado ao estudo do direito à imagem, seguindo a linha de entendimento alemã, o mesmo autor entende que a defesa dos direitos da personalidade do falecido em termos de projeção de seus aspectos é uma necessidade contemporânea em face da comercialização cada vez maior desses bens jurídicos. Assim, é necessário reconhecer a dignidade da pessoa humana ao falecido, permitindo que este continue a ser titular de alguns direitos da personalidade, concedendo aos parentes legitimidade extraordinária para a sua tutela. Nessa visão, “um terceiro poderia obter a autorização dos parentes próximos do *de cujus*, que controlariam o exercício dos direitos póstumos tanto do ponto de vista ativo como passivo”⁴⁰².

A impossibilidade de transmissão convencional da imagem aos herdeiros (no sentido de que estes se tornariam titulares da imagem do falecido) não implicaria, ao mesmo tempo, que a imagem póstuma de uma pessoa se torna desprovida de proteção jurídica⁴⁰³, uma vez que ainda permite a identificação de aspectos essenciais da pessoa a qual reproduz em sua feição externa; nem implica, sequer, que os familiares desse falecido também não mereçam qualquer proteção frente à utilização (abusiva) da imagem de seu ente querido. O certo seria o reconhecimento da dignidade da pessoa humana ao falecido, que permanece titularizando determinados direitos da personalidade⁴⁰⁴.

A defesa dos direitos da personalidade *post mortem* seria em respeito aos interesses do próprio falecido em vida, de tal forma que não se pode entender como encerrada sua

⁴⁰⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 210.

⁴⁰¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212

⁴⁰² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 167

⁴⁰³ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁴⁰⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá Editora, 2018. p. 167

personalidade com o fim de sua vida (biológica)⁴⁰⁵. Continua o autor por esclarecer que os parentes do falecido podem sentir lesados por violações à memória, mas isso daria ensejo a pretensões de tutela em nome próprio e de direito próprio, que se diferenciam da defesa dos interesses do falecido, por eles protegidos em legitimidade processual. Expõe o autor:

[D]eve-se reconhecer o prolongamento da proteção de determinados direitos da personalidade para depois da morte. O instituto da personalidade jurídica deve então estar amoldado à realidade humana, que, a nosso ver, supera as concepções centradas meramente na biologia ou na funcionalidade do ser humano. [...] Tal adaptação demanda que se reconheça que os direitos da personalidade do falecido continuam a existir após seu óbito. É justamente nesse sentido que dispõe o art. 12, parágrafo único, do Código Civil, cuja redação é clara ao outorgar apenas legitimidade aos parentes próximos para a tutela dos direitos da personalidade do falecido, os quais continuam a pertencer ao extinto, que mantém sua dignidade humana mesmo após o óbito. [...] Assim, a titularidade desses direitos continua pertencendo ao *de cujus*, porém, o seu exercício é atribuído às pessoas com legitimação extraordinária para tanto, que não vão exercer esses direitos como se fossem próprios, mas sim vão exercer direitos do falecido de acordo com os interesses do titular extinto⁴⁰⁶.

A defesa jurídica seria quanto à importância de se proteger a permanência da personalidade do falecido, pelo que a única transmissão que ocorre quanto aos direitos póstumos seria atinente à sua capacidade de exercício, de forma que os herdeiros adquirem a legitimidade processual para pleitear tutela jurisdicional protetiva (pretensão de defesa quanto a violações), em atenção a quem o falecido foi. Funcionalizam-se as faculdades processuais em razão dos interesses do falecido, como se vivo fosse, uma vez que o direito, que sequer seria transmitido em sua titularidade aos herdeiros, permaneceria funcionalmente autônomo em relação aos interesses destes sujeitos. A transmissão estaria limitada ao exercício dos direitos pessoais.

Na seara jurisprudencial, destaca-se o REsp 1.693.718/RJ, julgado em 26/03/2019, referente a uma disputa entre duas irmãs acerca da destinação do cadáver do falecido genitor (sepultamento e enterro ou técnica de congelamento do corpo humano morto). Tendo em vista que o finado teria expressado a vontade de ser preservado pela criogenia, quando ainda estava vivo, o relator entendeu que essa manifestação seria o verdadeiro objeto de proteção jurídica, de modo que os familiares não são os titulares do direito ao cadáver, adquirindo apenas a capacidade jurídica de fato para seu exercício⁴⁰⁷. No voto, há referência expressa tanto ao término do *status* jurídico de pessoa com a morte, quanto ao fato de que os familiares são dotados de legitimidade processual para realização da proteção dos interesses do defunto:

⁴⁰⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212-214

⁴⁰⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 213-219.

⁴⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1693718/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 26/03/2019, DJ de 04/04/2019.

Sem descuidar das divergências entre os concepcionistas e os natalistas quanto ao início da personalidade, a extinção desse status jurídico por meio do evento morte é ponto pacificado no direito brasileiro, na esteira do art. 6º do Código Civil. Outrossim, há direitos oriundos da personalidade que continuam sendo protegidos após a morte, pela transferência de seu exercício aos herdeiros - a exemplo dos direitos autorais - § 1º do art. 24 da Lei n. 9.610/1998 - ou pela transferência da pretensão jurídica de sua defesa em juízo – conforme consta no parágrafo único do art. 12 do Código Civil. [...] Nesse ponto, é de se ressaltar que, em casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo *post mortem* (direito ao cadáver), o ordenamento jurídico legitima os familiares mais próximos a atuarem em favor dos interesses deixados pelo *de cujus*⁴⁰⁸.

Interessante análise também pode ser feita quanto ao REsp 1209474/SP, julgado em 10/09/2013, decorrente de restrição de crédito do falecido por dívida supostamente contraída após sua morte. O ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino entendeu que o art. 12, parágrafo único, do CC, dota o cônjuge sobrevivente e os herdeiros da legitimidade processual necessária para reclamar a indenização por prejuízos ocorridos *post mortem* à pessoa falecida, pelo que a proteção legal é em favor da imagem e memória do finado marido⁴⁰⁹. Em voto-vista, a ministra Nancy Andrichi dissertou que a tutela jurídica com base no parágrafo único não é hipótese de substituição do morto pelos parentes, mas sim um exercício dos direitos próprios destes, por terem sido afetados pela ofensa póstuma ao direito da personalidade do *de cujus*.

Esses legitimados são, em verdade, lesados indiretos, pois sofrem os efeitos do dano causado à pessoa morta, um dano moral reflexo, portanto. Nesse contexto, deve ser ressaltado que não se está diante de pretensão compensatória do dano moral da pessoa morta por lesão à honra ou à imagem desta, mas do dano indireto que essa circunstância causou ao cônjuge sobrevivente, consubstanciado na angústia e indignação sofridas por ele⁴¹⁰.

No voto-vista, portanto, reconhece-se a ocorrência de um dano ao falecido, mas se entende que a indenização somente pode ser justificada em uma lesão sofrida pelos parentes. A fundamentação é distinta daquela presente no voto do relator (que indeniza o dano causado à imagem do falecido), mas não há essa ressalva.

Todo o discurso da proteção póstuma da personalidade, ou da pessoa em sua memória, por se prender ainda à visão da relação jurídica, entende a questão em termos de direitos que devem ser titularizados por um sujeito. Busca-se, com isso, uma maneira de criar um bem jurídico ou de justificar a permanência de direitos a um sujeito não mais vivo e, para isso, apela-se ao uso de noções como dignidade da pessoa humana, conceito genérico e apresentado sem

⁴⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1693718/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 26/03/2019, DJ de 04/04/2019.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1209474/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 10/09/2013, DJ de 23/09/2013.

⁴¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1209474/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 10/09/2013, DJ de 23/09/2013.

densidade teórica; e tenta-se modificar suas titularidades, o que esbarra na proibição da transmissão de tais diretos.

Ou seja, a tutela da memória como bem autônomo cria um bem (ou direito) da personalidade extrínseco à pessoa que o titularizaria, pelo que não pode consistir mais em direito de personalidade⁴¹¹. Ao que aparece, tal bem, inserido no âmbito da relação jurídica, consistiria apenas em uma inovação formal para fins de encaixe na teoria clássica, satisfazendo os seus ditames e não possuindo conteúdo próprio⁴¹².

Também não há como entender pela presença de reflexos da personalidade sem que essa esteja presente. Conforme Bruno Torquato e Maria de Fátima, “pressupõe-se que haja consequência sem causa. Aqui estaríamos diante da criação de uma nova categoria de ‘reflexos de direitos sem direitos’”⁴¹³. Além disso, se há, na realidade, persistência póstuma da personalidade, essa nunca se extinguiu de fato com a morte.

A tese da legitimidade processual, por outro lado, implica na necessidade de que se esteja diante de direitos titularizados por alguém, uma vez que a relação jurídica não admite a ausência do sujeito de direitos. É dizer, a legitimidade processual não existe sozinha, pois depende de um direito material a suportá-la: se não é dos vivos (por proibição à transmissão), só poderia, por lógica, ser do morto. A visão que busca escapar da problemática do fim da personalidade a ela retorna e não a soluciona.

O desafio, a que o paradigma da relação jurídica não consegue resolver, é uma visão adequada quanto à necessidade (ou não) do sujeito para proteção jurídica; da correlatividade entre direitos e deveres; do enclausuramento do caso concreto a dois polos jurídicos abstratamente pré-existentes; e da visão da personalidade como um atributo a ser concedido pela legislação. Uma forma jurídica de resposta a essas indagações será abordada na próxima seção.

3.2 UMA ALTERNATIVA À RELAÇÃO: A SITUAÇÃO JURÍDICA

A teoria da relação jurídica, por demais centrada em uma ótica estrita do fenômeno jurídico – identificando os elementos de análise do direito, em contato com a realidade fática, apenas naquilo que se encontra delineado pela legislação – encontra claras limitações em seu

⁴¹¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 45

⁴¹² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão Crítico-Discursiva dos Direitos de Personalidade: da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007. p. 130.

⁴¹³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 45.

poder explicativo nos casos que fogem do esquema clássico de um sujeito que possui um direito em face de outro sujeito que possui um dever. Em vista de tais obstáculos, diversas críticas começaram a ser feitas, de forma a identificar se, de fato, a relação jurídica constituiria o elemento mais básico e essencial do paradigma civilista.

Orlando Gomes aborda a inadequação de uma concepção personalista da relação jurídica, pois na realidade as relações na vida cotidiana não se limitam àquelas entre sujeitos, também possuindo uma dimensão de pessoas em relação a coisas e pessoas com lugares⁴¹⁴. E, justamente por esse esforço em limitar o ambiente jurídico às relações entre pessoas, a teoria clássica precisa construir abstrações tais como o sujeito indeterminado passivo⁴¹⁵.

A relação jurídica surge, em grande parte dos casos, devido a um direito subjetivo, a que se corresponde uma posição passiva de obrigação ou sujeição. Todavia, podem surgir oportunidades em que essa correspondência não seja necessária, denominadas de situações jurídicas⁴¹⁶. Essas situações estariam para a relação em uma equação de gênero e espécie, posto incluir todas as relações, pessoais e não pessoais, sendo as jurídicas uma instância de sua ocorrência:

Mas nem toda relação jurídica se apresenta como um vínculo em virtude do qual um dos sujeitos tem de satisfazer o interesse do outro. [...] A sujeição pode consistir apenas no dever de respeitar a posição jurídica em que se encontra determinado sujeito jurídico, titular de um direito absoluto, como ocorre com os direitos personalíssimos e os direitos reais. [...] Nos direitos personalíssimos, também não se apresentam os termos subjetivos da relação jurídica de natureza pessoal. É por isso que entram na esfera dos *poderes* conferidos pelo ordenamento jurídico que não têm como pressuposto relação social propriamente dita. Tais direitos, por outras palavras, não são consequências jurídicas de relação *strictu sensu*. [...] Não há, pois, cogitar de vínculo nessas manifestações subjetivas. Enquanto o direito subjetivo é elemento da relação jurídica, existem independentemente de que se constitua, por isso que não compadecem de sua existência⁴¹⁷.

Orlando Gomes conceitua então a situação jurídica como uma categoria genérica que abarca ou especifica uma qualificação ou relação jurídica, encontrando dentro de seu escopo os direitos subjetivos, potestativos e expectativas de direito. Por meio dela, conseguiria se explicar

⁴¹⁴ Por defender que as relações de direito não se reduzem à intersubjetividade, Orlando Gomes integraria uma corrente de pensamento denominada como objetivista. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 14.

⁴¹⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 76-77.

⁴¹⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 77-80.

uma pressuposição da relação, que seria a existência de poderes a ela anteriores, como o poder geral de defesa da própria esfera jurídica⁴¹⁸.

Nos direitos absolutos, vistos sob a ótica da situação jurídica de Orlando Gomes, há apenas o sujeito que detém o poder, não podendo ser qualificado por meio da relação jurídica. Somente a partir da ocorrência de uma turbacão que surgiria a pretensão e a obrigação e, com isso, a relação jurídica, sendo a situação de poder e de dever um antecedente lógico e necessário⁴¹⁹.

O autor continua ao indicar que uma situação subjetiva se torna uma relação jurídica na medida em que algum fato da vida cria direitos e deveres, ou seja, há causalidade jurídica entre fatos ocorridos e seus efeitos jurídicos, reconhecidos pela positividade do direito⁴²⁰.

Apesar de Orlando Gomes trazer o conceito de situação jurídica como elementar ao estudo do direito, o aborda ainda vinculado ao de relação jurídica, ao dizer que se especifica em uma relação que poderá vir a formar-se. Ou seja, a situação jurídica serviria como uma forma de explicar a maneira pela qual as relações jurídicas (em visão objetivista) se constituem, não se desvencilhando completamente do paradigma tradicional.

Menezes Cordeiro, ao trabalhar o tema da situação jurídica, entende que se trata de uma situação social valorada pelo direito, a meio caminho entre um abstracionismo e um empirismo que impediriam o entendimento da prática jurídica⁴²¹.

A situação surge de uma decisão jurídica de fazer uma correspondência entre atos e efeitos, permitindo que o fenômeno jurídico entre em contato com a realidade, exterior à pura teoria. Não é apenas uma descrição fática, pois há uma dimensão de direito concretizado; não é apenas jurídica, pois acompanha um aspecto cultural e exteriorizado⁴²².

O Direito existe apenas nas decisões concretas dos problemas que resolva. Fora do caso, poderá haver construções teóricas que, mesmo iluminadas, não são Direito. A situação jurídica surge assim como o culminar de todo o processo de realização do direito, integrando a localização das fontes, a interpretação e a aplicação⁴²³.

⁴¹⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴¹⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴²⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 82.

⁴²¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 303-304.

⁴²² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 303.

⁴²³ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 303.

Para Menezes Cordeiro, encontra-se uma situação jurídica quando se é necessário resolver uma circunstância humana concreta. Assim, reduzir o real do Direito à relação jurídica provoca diversas distorções, pois essa é apenas uma situação jurídica possível, que surge no equacionamento com outra, de teor inverso. Seria o caso, para o autor, do direito de crédito, em que a situação do credor se opõe à do devedor. A situação jurídica de proprietário, por sua vez, não poderia ser a base de uma relação jurídica, pois se esgota sem a necessidade de outra simétrica⁴²⁴.

Progredindo no estudo da situação jurídica, Torquato Castro explica que o direito não se preocupa com a categoria dos pensamentos, mas das operações, pelo que a abstração dos gêneros não resolve os problemas que incidem sobre fatos concretos e sujeitos certos⁴²⁵. Situada, portanto, nas questões que existem e são experienciadas, a norma jurídica age sobre as informações diretas da realidade, pelo que se denomina de situação jurídica, conceito operacional:

O direito revela-se, assim, no plano fenomênico, como um *concretum* situacional, consistente em uma disposição normativa de *objetos certos* ou *medidos*, enquanto referidos a sujeito ou sujeitos individuados. [...] Para usar de linguagem mais em voga, diremos que situação jurídica é a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto; isto é, posicionados em certa medida de participação de uma *res*, que se define como seu objeto⁴²⁶.

Na medida em que lida com fenômenos exteriores, o direito se faz pelos contatos mediados, enquanto projeções de relações de atribuição entre sujeitos e coisas e sujeitos para sujeitos⁴²⁷.

A atitude correta seria tratar o direito como um fenômeno situado na(s) realidade(s), pelo que opera colocando as coisas e os sujeitos em posições uns perante os outros. Esse colocar em posição – disposição – é o ajustamento da norma aos elementos do fato, tornando jurídicos

⁴²⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 304-306.

⁴²⁵ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

⁴²⁶ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 50. Explica ainda como a teoria da situação jurídica deve à tradição filosófica existencialista, uma vez que o termo situação expressa a apreensão da experiência humana enquanto imersa no mundo. “E hoje se lança o termo também no vocabulário jurídico para significar a pura realidade existencial do homem, já visto como imerso nos fatos, já como sujeito, diante da ordem jurídica.” CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 53.

⁴²⁷ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

os problemas da vida. Na situação jurídica, o tempo histórico e cultural é apropriado pela norma, realizando a participação que é necessária para que a realidade se veja por ela abarcada⁴²⁸.

A norma, portanto, cria certas posições jurídicas e define qual a maneira mais adequada de entender a localização que os sujeitos e as coisas devem deter nessa organização. As situações jurídicas descrevem como esse posicionamento se dá na prática concreta das normas. Sujeitos e coisas ocupam certos lugares na realidade, o que se dá em relação um com o outro. Por exemplo, um sujeito pode se posicionar perante outro sujeito, ou então ser posicionado perante uma coisa. Essas definições somente são atingíveis na concretude factual da situação jurídica presente.

Em sua visão, a situação jurídica é definida e composta por sujeitos, objetos e posições. Enquanto os sujeitos são as pessoas, os objetos são realidades do mundo físico e social, que podem abranger as coisas, os atos humanos e as qualificações que se dá a algo⁴²⁹. Tais elementos não existiriam anteriormente ao campo jurídico e seriam, com isso, apenas nele inseridos; os sujeitos e objetos são construídos na/pela norma e somente são assim interpretados na proporção em que o ordenamento lhes atribui realidade também jurídica.

Tanto o sujeito quanto o objeto são construções normativas, segundo as relações que a norma tira da realidade, ao construir seus aspectos situacionais⁴³⁰. E a situação jurídica posiciona pessoas no campo do direito, dando os limites pelos quais podem se configurar como sujeitos; sujeitos são as pessoas que a norma atribui um lugar, uma situação.

Seria possível, por exemplo, que um objeto seja posicionado unicamente em relação ao sujeito, gerando uma situação uniposicional. Seria o caso da personalidade jurídica, em que não haveria, segundo o autor, nada de pré-jurídico ou extra-jurídico: a personalidade é uma posição que o sujeito jurídico ocupa em face de um objeto também jurídico, no caso, a qualificação de ser pessoa⁴³¹. Ou seja, a personalidade é uma qualificação que é dada a um sujeito criado no universo do direito. E por ser produzido, depende do contexto de aplicação da norma, em atenção às “restrições que historicamente o direito tenha imposto à ordem dos fatos

⁴²⁸ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 65.

⁴²⁹ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

⁴³⁰ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 68.

⁴³¹ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

antropológicos ou sociais que fossem considerados idôneos a gerá-la”⁴³². A partir dessa posição, seria possível estabelecer os espaços de participação do sujeito na ordem jurídica.

A situação pode ser relacional quando ocupada por sujeitos diversamente posicionados em razão de um objeto, que seria o comportamento admitido na forma da reciprocidade entre direito (sujeito a quem a norma defere o objeto) e dever (sujeito a quem a norma constringe à ação esperada), no campo das relações sociais⁴³³. Essas posições não deveriam ser denominadas de ativas e passivas, como faz a doutrina tradicional, pois o sujeito “ativo” resguarda sua posição de ter (agir em acordo com a sua posição) na mesma medida que o “passivo” atua na dimensão de sua posição de dever (obrigar-se a cumprir o que é devido). Poderes ditos ativos não são somente vantagens, e deveres ditos passivos não são apenas desvantagens aos sujeitos obrigados.

Há poderes ditos *ativos* de direito – como aqueles que exercemos em proveito de terceiro, em *mínus* que sobre nós recai – de que nenhuma *vantagem* decorre, mas só encargos e trabalho sem rendimento nos propicia, e dos quais não podemos de modo algum liberar, dado que temos de exercê-lo por título jurídico que repousa em razão de solidariedade humana ou moral. [...] Na vida corrente do direito, todo *debitum* tem uma causa jurídica que, *de fora dele*, o justifica; e, sem isso, ninguém assume em direito posição de dever, sem mais que *para dever*⁴³⁴.

Com isso, Torquato Castro é capaz de alertar para os perigos quanto a uma literatura e a uma prática social que focalizam o direito subjetivo em detrimento do dever. Este faz parte, em iguais condições, do fenômeno jurídico pelo qual pessoas se posicionam em relação umas às outras e em virtude de qualificações da norma. Assim, um dever nada mais é que uma construção no campo do direito, por meio do qual se pode interpretar a realidade social, alterada no momento de juridicização. Não pré-existe à norma, dependendo de uma composição que é feita no momento de se qualificar sua existência e presença, em conjunto à configuração da pessoa e do sujeito.

Com Torquato Castro, é possível extrair a conclusão de que a operação inicial e mais basilar do direito não é a da relação jurídica, pois essa já implica um posicionamento entre dois sujeitos. A própria existência do polo jurídico, que serve para ser posicionado perante algo (não necessariamente conectando, em primeiro lugar, dois sujeitos), demonstra como a relação

⁴³² CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 71.

⁴³³ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 77.

⁴³⁴ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 85.

jurídica não pode ser o centro da análise do direito; a relação seria o conseqüentário lógico posterior dos polos anteriores situados que a compõem.

Existe também, no universo jurídico, operações que fogem da conectividade que se identifica na correlação direito-dever. Um exemplo disso, como apresentado, é a personalidade jurídica, em que o sujeito ocupa uma posição perante a qualificação de ser pessoa. Há, com isso, um passo inicial para superar o enclausuramento do raciocínio a dois polos jurídicos abstratamente pré-existentes.

Conforme destaca Bruno Torquato, a situação jurídica figura como teoria apropriada à investigação da facticidade do direito, por privilegiar o caso concreto e o fenômeno jurídico enquanto uma prática situada na realidade e conformada pelos seus contextos⁴³⁵.

Enquanto a relação jurídica ainda traz um viés de abstração, por postular um molde a que se conformam as aplicações da norma, a situação assumiria o papel de complementação de tal categoria, pois “qualifica juridicamente pessoas, objetos e fatos em razão de seu contexto, da situação em que se encontram frente às conseqüências atribuídas pela norma jurídica”⁴³⁶. Somente na conjuntura concreta um acontecimento poderia ser qualificado pela norma jurídica, e as abstrações da teoria da relação, por não privilegiarem tais relevâncias fáticas, consistiriam em mera ficção doutrinária, pensada para resolver questões formais.

Por valorizarem o comportamento humano, as situações podem se qualificar como subjetivas e dizer respeito aos sujeitos e suas liberdades de agir e não agir. É dizer, constituem posições no campo do direito que os sujeitos podem ocupar e, na hipótese de ocorrer um contato jurídico entre dois sujeitos, forma-se uma relação jurídica⁴³⁷. A diferença entre situação e relação seria uma diferença posicional: enquanto a situação é uniposicional, a relação é pluriposicional.

Ao destacar o conteúdo das situações subjetivas, Bruno Torquato identifica duas visões: a da existência de um centro de interesses individualizado e a de um centro de imputação normativa⁴³⁸.

⁴³⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 27.

⁴³⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 28.

⁴³⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 30

⁴³⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 29.

A primeira dessas se mostra na obra de Pietro Perlingieri. O italiano parte da distinção entre fato e efeito e da centralidade ou não do sujeito como elemento do direito⁴³⁹. O fato é aquele acontecimento da realidade fática que se encontra no campo do ser e, para se tornar jurídico, depende da possibilidade de gerar consequências também jurídicas. Assim, a disciplina jurídica se dá a partir do momento em que o fato gera efeitos [jurídicos]; por ser uma consequência que o ordenamento atribui a algo, encontra-se no campo do dever-ser.

A relação entre ser e dever-ser, fato e efeito, antes de ser antagônica, é na verdade unitária, pois os fatos geram efeitos que, por sua vez, podem gerar novos fatos. Na superação da visão antitética, tem-se uma individuação da normativa ao caso concreto, pelo que o ato de qualificar fatos se torna a medida do ordenamento jurídico e os valores protegidos pelo campo do direito podem ser aplicados de forma atenta ao contexto, mantendo ainda sua função ordenatória⁴⁴⁰.

Por pertencer ao campo do dever-ser, os efeitos jurídicos são capazes de agir como medidas de avaliação do agir humano, funcionalizados em relação à prática⁴⁴¹. Essa categoria de avaliação do agir humano seria justamente a situação jurídica subjetiva, no campo dos efeitos e das consequências dos atos/fatos.

O efeito é instrumento de avaliação do agir humano entendido segundo categorias. O conceito geral de tais categorias é a situação jurídica. O efeito é, portanto, um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas. Fazem parte do conceito geral de situação jurídica, por exemplo, o direito subjetivo, o poder jurídico (*potestà*), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus, etc.: trata-se sempre de situações subjetivas. A eficácia do fato com referência a um centro de interesses, que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário, traduz-se em situações subjetivas juridicamente relevantes. Tem-se de um lado a norma jurídica, no mais das vezes, a *fattispecie* abstrata; do outro, o fato concreto. Quando se verifica este último produz-se o efeito; o interesse previsto pela norma traduz-se no interesse (objetivo) do destinatário⁴⁴².

A partir desse ponto, Perlingieri introduz a ideia da situação como um centro de interesses tutelado pelo ordenamento. O interesse seria o seu núcleo vital que, formado pelo fato concreto e pela norma incidente caracterizadora, no momento de seu exercício por um sujeito, se manifesta em comportamento, valorado pela norma jurídica. O agir no campo do

⁴³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 104.

⁴⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 105.

⁴⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 105.

direito é, com isso, realizar uma situação e concretizar um interesse que, lógica e conceitualmente, pré-existe a ela⁴⁴³.

Cada situação possuiria uma atribuição de função social, que lhe é ofertada pelo ordenamento, por meio da qual uma norma de conduta fornece ao sujeito o poder de realizar ou não realizar certos comportamentos e atividades^{444 445}.

Em vista da centralidade do interesse, o sujeito não constituiria um elemento essencial do Direito; pelo contrário, seria apenas accidental⁴⁴⁶. Não se necessita de dois sujeitos para formar uma relação jurídica, e sim dois centros de interesses, de forma que esta se constitui pela vinculação entre duas situações jurídicas.

O sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular. [...] Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos. [...] A ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação⁴⁴⁷.

Dito isso, verifica-se como a teoria clássica é insuficiente, ao postular que a relação é a ligação entre direito subjetivo e obrigação⁴⁴⁸. As situações das quais a relação se compõe são mais complexas e dinâmicas, atentando-se à funcionalidade pelas quais existem. Na medida em que uma situação é composta por um centro de interesses analisado no caso concreto, o contato

⁴⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

⁴⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

⁴⁴⁵ A compreensão da existência de centros de interesses permitiria ao intérprete averiguar a função inerente a cada situação jurídica e os casos de abusos e de exercícios disfuncionais ou antinômicos, de forma a decidir, à luz das categorias, qual desses interesses é merecedor de tutela jurídica. SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. p. 25.

⁴⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

⁴⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107-115.

⁴⁴⁸ Eduardo Nunes de Souza sintetiza um relevante avanço da situação jurídica em relação à ótica tradicional do direito subjetivo: “[C]oncebida como complexo de prerrogativas e deveres, a noção de situação jurídica subjetiva substituiu a lógica estruturalista adotada pela doutrina até então, segundo a qual o direito subjetivo encerraria, ora relação jurídica de cooperação (em que as partes buscariam um interesse comum, como no contrato de sociedade), ora relação de concorrência (em que as partes perseguiriam interesses antagônicos).” SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. p. 6.

entre centros necessita de uma ótica regulamentar, que componha a síntese de tais interesses, visando uma finalidade^{449 450}.

O centro de interesses, com isso, pode ou não se constituir em um sujeito de direitos⁴⁵¹. Para Perlingieri, esse seria o caso da doação ao nascituro: já existiria o interesse juridicamente tutelado de que o nascituro será titular, quando nascer, pelo que se fornece legitimidade judicial para resguardar o interesse provisoriamente não atribuído a um sujeito.⁴⁵² Mesmo que a pessoa ainda não exista, o centro de interesses pode estar constituído, o que atrai a incidência da norma jurídica, inclusive para fins de tutela. E isso, em sua visão, também é aplicável ao caso das pessoas falecidas:

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 forem relevantes também socialmente. Alguns sujeitos, individuados pelo ordenamento, serão legitimados a tutelar o interesse do defunto⁴⁵³.

Os sujeitos podem participar apenas como elementos externos, pelo que surgem referenciais que devem ser tutelados sem que necessariamente estejam atrelados ao titular de um direito⁴⁵⁴.

Dessa forma, a teoria da situação jurídica tem ganhado forças enquanto proposta de fundamentação da tutela póstuma da pessoa humana. A visão postula que se encontram presentes valores do morto que, por serem socialmente relevantes, configuram um centro de interesses tutelado diretamente pelo direito.

⁴⁴⁹ “[A relação jurídica] não é nada mais que um regulamento, isto é, a disciplina de opostos centros de interesses relacionados, de maneira que estes tenham uma composição ou harmonização (*contemperamento*). A relação é disciplina, regulamento dos interesses vistos na sua síntese: é a normativa que constitui a harmonização das situações subjetivas. Ela apresenta-se como ordenamento do caso concreto [...]”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 116.

⁴⁵⁰ Abordando o caráter dinâmico das situações jurídicas, Eduardo Nunes de Souza vai explicar a dificuldade em delinear, de antemão, do que elas são compostas, sendo indevida uma rígida delimitação das situações subjetivas. Assim, seria trabalho de uma aplicação da norma identificar o interesse protegido e como ele se constitui nas diferentes formas jurídicas possíveis, como a faculdade, ônus etc. No caso dos direitos da personalidade, a tutela ampla do ordenamento jurídico impede uma restrição das situações jurídicas aos limites estruturais de um direito subjetivo, sempre tendo em vista que toda situação tem como núcleo um interesse, a que pode se atribuir mais do que apenas vantagens e desvantagens. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015. p. 9-11.

⁴⁵¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 24.

⁴⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107-108.

⁴⁵³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 111.

⁴⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª Ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Bruno Torquato e Maria de Fátima explicam, apropriadamente, que não há que se falar em direitos da personalidade *post mortem*, posto não haver mais direitos em questão. No entanto, mantém-se uma esfera de dever de abstenção, pelo que não é dado infringir as repercussões sociais da personalidade do falecido. Com isso, permanece ainda um interesse legítimo de proteção, merecendo reação dos legitimados na forma da legislação. Aos familiares, então, atribui-se uma esfera de legitimidade processual.⁴⁵⁵ Para os autores, isso não configura uma transferência de “direitos da personalidade”, pois a atuação processual seria composta de forma própria e distinta do direito material e embasada na situação jurídica existente.

Prosseguindo na análise, defendem que o sistema da relação jurídica determina que todas as situações sejam enquadradas em uma moldura prévia, pelo sistema regra-exceção, que prevê antecipadamente aos fatos a maneira pela qual devem ser tratados. Somente a pessoa pode deter direitos da personalidade, e o morto não pode mais ser tido como possuidor de tal título. No entanto, inclui-se na argumentação todos aqueles seres que podem ocupar posições jurídicas, na busca de iguais liberdades de participação presentes em uma construção democrática do Direito⁴⁵⁶.

Seria desnecessária a categoria de pessoa para a proteção jurídica, sendo suficiente perceber a existência de um dever enquanto posição juridicamente relevante por si só, categorizada em uma esfera de não-liberdade que impõe aos demais sua não-violação. Contra a infração desses deveres, há apenas “o deferimento de uma legitimidade processual na defesa dessa situação jurídica de dever, na qual o morto se insere, em face do juízo de reprovabilidade objetivada normativamente”⁴⁵⁷.

Nesse sentido também se posiciona Livia Teixeira Leal, que assevera que o conceito de esfera de não-liberdade é maleável o suficiente para permitir a proteção de um valor juridicamente relevante mesmo na ausência de titularidade⁴⁵⁸, o que possibilita afastar qualquer tratamento sucessório à temática e impedir a transmissibilidade dos direitos da personalidade. Acrescentar-se-ia força à possibilidade de tutela de direitos que, enquanto em vida, eram de

⁴⁵⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 45-46; 54.

⁴⁵⁶ 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.

⁴⁵⁷ 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. p. 122.

⁴⁵⁸ 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. p. 56

titularidade pessoal, e isso sem excluir terceiros não legitimados nos termos do CC, posto a configuração do interesse não se dar de forma exclusiva aos familiares.

Enfrentando a questão dos supostos direitos do nascituro, Fábio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara dissertam sobre a tese da proteção de interesses mercedores de tutela sem correspondência a um sujeito existente e sua aplicabilidade no caso dos mortos:

Observa-se, assim, que há uma forte relação entre interesses mercedores de proteção e o conceito de situação jurídica, servindo o último de apoio para a proteção de conjunturas em que não há a identificação de ente dotado de personalidade jurídica. A noção de situação jurídica tem sido comumente invocada para justificar a proteção de direitos de personalidade post mortem. De fato, a situação se assemelha bastante a do nascituro, haja vista que o sujeito falecido não tem mais personalidade (art. 6º do Código Civil), mas ainda podem subsistir interesses existenciais mercedores de tutela, como situações envolvendo a imagem ou a honra. Nestes casos, atribui-se aos familiares do morto legitimidade para defender os interesses em casos de violação (art. 12 do Código Civil). Destaca-se que, por serem direitos de personalidade, são intransmissíveis (art. 11 do Código Civil), de modo que não são trasladados aos parentes. Estes, na verdade, estão requerendo em nome próprio para, em última instância, tutelar interesses de uma situação jurídica sem sujeito. Se esse raciocínio se aplica ao fim da vida, igualmente deve ser aplicado ao início⁴⁵⁹.

Maici Barboza dos Santos Colombo, por sua vez, próximo à linha de Anderson Schreiber, entende que a tutela póstuma se fundamenta na proteção da personalidade humana não em seu sentido subjetivo (possibilidade de titularizar direitos e de figurar em relações jurídicas), mas em seu sentido objetivo, enquanto valor social relevante e vinculado à dignidade, que se projeta para além da morte⁴⁶⁰. A tutela que o CC preconiza seria uma maneira de individualizar a proteção dos interesses do falecido e de funcionalizar a atuação dos familiares à sua razão, pelo que surge uma situação jurídica complexa, composta de obrigações, ônus e faculdades – tais como a legitimidade conferida para tutela.

À transcendência temporal da personalidade, em que alguns elementos subsistem – na forma de marcas ainda acessíveis da existência humana – após a morte, corresponde o dever jurídico de respeito às projeções pessoais que são socialmente relevantes. A exigibilidade desse dever [jurídico] é conferida aos terceiros que, legitimados, podem apenas atuar de maneira protetiva, o que confirmaria o âmbito relacional da personalidade: não seria lícito violar, após o falecimento, o que em vida ainda era tutelado⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ PEREIRA, Fábio 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. p. 38-39.

⁴⁶⁰ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 107.

⁴⁶¹ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 112-113.

E, por se tratar de um centro de interesses que têm existência por si só, haveria que se diferenciar entre os interesses tuteláveis da pessoa falecida e aqueles presentes na personalidade própria dos familiares⁴⁶². Analiticamente, portanto, o familiar pode tanto proteger a si próprio, por uso da cláusula geral de tutela da pessoa humana, quanto proteger os interesses do falecido (demonstrações da projeção de sua personalidade). Isso se evidencia nos casos em que não há coincidência entre interesses dos familiares e interesses de proteção póstuma, como na hipótese em que um familiar viola a privacidade do falecido para um benefício próprio seu, seja patrimonial, seja existencial⁴⁶³.

O familiar não adquire um direito subjetivo – que pode existir por conta de si mesmo, enquanto ente dotado de personalidade –, estando presentes apenas faculdades de agir de forma a resguardar o morto. Há somente proteção e não desenvolvimento da personalidade do falecido: isso só seria possível na atuação do próprio titular dos direitos de personalidade, enquanto em vida, no esforço de se autoconstituir⁴⁶⁴. Após a morte, só seria dado aos familiares reconstruir sua memória biográfica, buscando dados e manifestações que informem como gostaria que a situação fosse enfrentada.

Em um esforço para conciliar a proteção à personalidade e o exercício da autonomia existencial numa perspectiva solidária, propõe-se, então, a identificação de um núcleo afirmativo da personalidade, no qual a atuação deve ser restringida ao titular do direito sob pena de alhear-se a pessoa e, assim, violar a sua dignidade humana. Contudo, fundado em um dever de solidariedade social, a proteção da dignidade humana pode depender da intervenção de terceiros e, por isso, a lei investe determinadas pessoas nesse mister constituindo uma barreira protetiva a esse núcleo afirmativo já formado⁴⁶⁵.

Para Maici Barboza, ir além da função protetiva seria construir uma identidade distinta do falecido, incoerente com aquela adotada durante sua vida⁴⁶⁶. A norma jurídica atribui legitimidade aos parentes apenas na extensão da projeção do morto, valor social objetivo, enquanto seja necessário resguardar um interesse que pode razoavelmente ser tido como

⁴⁶² COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121.

⁴⁶³ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 110-111.

⁴⁶⁴ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121.

⁴⁶⁵ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 116-119.

⁴⁶⁶ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 114.

constitutivo do núcleo de vida que construiu em sua atuação pessoal. A isso, somam-se os juízos que devem ser feitos em relação aos interesses existenciais das demais pessoas vivas, que também devem ter suas personalidades objetivas tuteladas, na composição da situação total. Aplicando tal entendimento ao tratamento do conteúdo digital produzido pelo falecido, a autora postula a necessidade de preservar a forma pela qual personalidade do falecido se expressa virtualmente, com atuação meramente protetiva por parte de quem com ele convivia, o que não impede outras considerações, da ordem dos legítimos interesses existenciais detidos por terceiros⁴⁶⁷.

A ideia dos centros de interesses se põe como perspectiva mais pertinente à análise da questão do morto do que a visão clássica da relação jurídica. Por priorizar o concreto, avança na percepção dos diferentes interesses e seres envolvidos. O contexto de aplicação da norma é complexo e não pode ser dado de antemão; o mesmo pode ser dito quanto aos sujeitos, que são construídos no momento em que se analisa a realidade fática. Eles, na verdade, apenas ocupam posições dentro do ordenamento, que dizem respeito às formas pelas quais se deve ou não agir.

Não se busca um fundamento último pelo qual se pode definir o que conta ou não como sujeito e, com isso, como pessoa. As ações/atitudes não se conectam de imediato ao indivíduo, como se fizessem parte dele, determináveis pelo ordenamento antes de se perquirir sobre sua atributividade a uma pessoa específica. Há apenas os contextos da prática, criada na interação social, definindo os espaços pelos quais pode se agir livremente ou ter seu comportamento vinculado a algo.

Essa perspectiva pode trazer consequências para o próprio enquadramento de entes ao conceito de pessoa. A personalidade, viu-se com Torquato Castro, é uma qualificação dos aspectos que são atribuídos a uma pessoa, pelo que dependem de um contexto discursivo sobre o que pode ou não ser enquadrado. Não está pré-disposto e não se encontra extra-linguagem ou fundamentado numa autonomia moral do ser humano⁴⁶⁸, enquanto ser dotado de características necessárias e suficientes, geralmente de ordem física e biológica.

⁴⁶⁷ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121. p. 119.

⁴⁶⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão Crítico-Discursiva dos Direitos de Personalidade: da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007. p. 114.

O que conta como pessoa dependerá das razões discursivas levantadas para sustentar tal pretensão, como explica Bruno Torquato ao abordar a possível aplicabilidade da categoria de pessoa ao nascituro, ante uma norma que rejeita, a princípio, tal atribuição⁴⁶⁹:

Na argumentação desenvolvida diante do fato concreto, pode ele obter personalidade. [...] Concluindo, a personalidade é dependente da atribuição normativa. Contudo, a norma não é colocada de antemão pelo legislador e apenas conhecida pelo intérprete; ela é reconstruída na argumentação. Somente na argumentação é legítima a atribuição de personalidade. O que não descarta a legitimidade da regra que atribui, em princípio, personalidade a alguns entes. [...] A constituição de categorias jurídicas não se torna inútil na dogmática do pós-positivismo. Todavia, há que se considerar que tais categorias são apenas o ponto de partida, já que sua consubstanciação ocorre na argumentação⁴⁷⁰.

Da mesma forma com os direitos e deveres, que são recontextualizados. O direito subjetivo não é a medida da personalidade e da defesa do sujeito, mas apenas uma das posições que podem ser ocupadas na argumentação jurídica. Assim, não é somente o indivíduo que titulariza direitos subjetivos que é alvo de proteção pela norma, pois a atenção se dá antes à situação e não ao titular de uma das posições da relação jurídica. E o dever se posiciona perante algo no campo do jurídico (um centro de interesses, na visão perlingieriana), e não diante de pessoas. Têm-se deveres para com pessoas, sem excluir os deveres para com a realidade social, conforme o contexto de aplicação da norma.

Apesar dos notáveis desenvolvimentos na matéria, a ideia de proteção conforme interesses pode ainda ser passível de críticas. Lúcio Antônio Chamon Júnior chama atenção que a tutela conforme esse centro redundaria em uma argumentação em torno da conveniência. Os interesses oferecem uma visão teleologizante e pragmática, de forma que o direito se vincula a uma aplicação instrumental, de realização na medida do possível⁴⁷¹. Estaria presente no fenômeno jurídico uma empreitada de início derrotada, pois se nega com isso seu caráter normativo e contrafático.

Bruno Torquato e Maria de Fátima ressaltam como a medida do interesse implica numa valoração subjetiva e uma aplicação axiologizante do Direito, pois se mede o fenômeno jurídico em vista das utilidades de um bem⁴⁷². Assim, deixa-se ao coletivo e ao legislador o

⁴⁶⁹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁴⁷⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão Crítico-Discursiva dos Direitos de Personalidade*: da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos. Tese (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007. p. 126-133.

⁴⁷¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 115.

⁴⁷² NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p.117-123, jul./set. 2007. p. 121-122. p. 121. Assim também em sua outra oportunidade: “Interesses são

poder de definir o que é útil e, portanto, merecedor de tutela; seria possível, com isso, a infiltração de direitos e interesses pré-eleitos. Haveria incoerência com a prática de entender o direito a partir da situação jurídica: essa se faz no concreto, enquanto os interesses poderiam ser definíveis no campo do abstrato, para todos e no geral. E a prática argumentativa de construção do direito não pode se contentar com afirmações que veem a tutela jurídica como incidente de atribuição exclusiva do ente estatal⁴⁷³.

Não é de todo adequado também o pensamento que, do encontro entre situações subjetivas, forma-se uma relação jurídica. Entender dessa forma seria instrumentalizá-las em função desta, como um antecedente lógico que, uma vez percebido, completa a lacuna formal da teoria anterior. Com isso, a situação jurídica ainda demandaria os aportes da relação jurídica como medida de inteligibilidade teórica, pelo que não se sustentaria em seus próprios pés.

Ante todos esses pontos, a situação jurídica nesse prisma ainda necessitaria da utilização da categoria da legitimidade processual para explicar por que a pessoa falecida está sendo protegida por sujeitos que não ela mesma. Assim, embora tente superar a visão da projeção póstuma dos direitos da personalidade, chega na mesma conclusão, de forma a não avançar substancialmente no debate.

Não é possível negar que uma esfera de liberdade processual é assegurada aos vivos, em nome próprio. Ela não explica, porém, a totalidade da situação, pois reduz as possibilidades de justificação da situação a um conceito não material do direito. Não só isso, depende da centralidade da relação jurídica, posto estar ainda presente no caso em que há uma lesão. Em oposição à referência a um conceito de direito processual, é de se pensar se não seria de maior interesse abordar a questão prioritariamente a partir dos centros de interesse e das esferas de liberdade e não liberdade que são criadas pelas posições jurídicas envolvidas na conjuntura concreta.

Por fim, a posição de Maici Barboza é adequada na medida em que dá subsídios para interpretação da complexidade da situação que surge quando há uma manifestação supostamente lesiva à pessoa do falecido. Não são apenas seus interesses que estão em jogo e que podem legitimamente ser vistos como ofendidos: há ainda interesses alheios, de terceiros

valores, isto é, elementos sociais, econômicos, religiosos e políticos ligados à utilidade que desempenham na vida das pessoas. São fatos e não normas e, como tais, podem fazer parte do conteúdo da norma jurídica, mas não são elementos jurídicos que podem incidir no caso concreto. [...] [A] axiologia retira a normatividade do Direito por lidar com elementos instáveis, externos a ele.” NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão Crítico-Discursiva dos Direitos de Personalidade: da “Natureza Jurídica” dos Dados Genéticos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007. p. 97-99.

⁴⁷³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 30

familiares e de terceiros causadores do suposto dano (que podem até figurar na mesma posição jurídica). Não há como resolver a questão em termos de abstração; é sempre necessário atentar-se à composição total do caso concreto e à construção da situação.

No entanto, a autora ainda se vincula a uma perspectiva de identidade genuína e autêntica, que seria responsabilidade exclusiva do próprio morto, enquanto ainda em vida, que deveria apenas ser descoberta postumamente. Como se depreende da teoria da identidade narrativa, todo ato de construção de identidade pelo sujeito se dá em conjunto com os demais, e as construções que os outros fazem da história de sua vida também integra sua identidade *ipse* em sentido autêntico.

Assim, enquanto Maici Barboza vê o morto como autor de sua memória biográfica, com Ricoeur se pode recontextualizar tal afirmativa e limitá-lo à posição de coautor, em conjunto com as demais pessoas que, vivas, continuamente reconstruem o sujeito. Não há como se pensar, portanto, em uma investigação meramente para descobrir quem a pessoa foi, mas sim de construir quem ela continua sendo, em interação no meio social por meio das histórias que dela se contam.

A situação jurídica, se perspectivada em vista de um sentido acabado de sujeito, não propriamente se situaria no ambiente social atual em que se forma. Haveria um nível de abstração, posto visar meramente o passado enquanto experiência não mais presente, anterior ao contexto. Resta à teoria da situação entender como pode se constituir harmonicamente com a ideia de identidades entrelaçadas e não pré-existentes. E uma perspectiva jurídica que possibilita tal abordagem é a noção de situação jurídica como centro de imputação normativa, estudada na próxima subseção.

3.2.1 A situação jurídica entre os discursos de justificação e aplicação

O esforço de desenvolver uma teoria da situação jurídica conforme os aportes da materialidade social perpassa entender em que medida os discursos de justificação da prática do Direito, prioritariamente encontrados nos argumentos relativos à relação jurídica, não são idênticos àqueles atinentes aos discursos de aplicação, que dizem respeito à situação como centro do pensamento sobre a tutela jurídica.

Klaus Günther busca investigar as relações que se formam entre a ação, a norma e a situação concreta, de forma a entender como os atores sociais coordenam suas ações no plano da concretude das situações. O autor localiza a importância da razão prática desempenhada pelo Direito em uma sociedade organizada, pois não seria suficiente encontrar princípios corretos,

atingidos de forma imparcial, sendo necessário também considerar as circunstâncias concretas que surgem no momento de suas aplicações⁴⁷⁴.

Assim, há que se diferenciar entre fundamentação e aplicação de normas: enquanto a primeira, em dimensão justificatória, fornece a forma pela qual se pode se avaliar a existência de boas razões para as normas, tornando-as obrigatórias; a segunda permite entender que há uma adequação à realidade e que é caso de aplicar uma norma a uma situação concreta⁴⁷⁵. Não seria suficiente que as normas reivindicassem sua validade, o que significaria uma base de reconhecimento por pessoas implicadas, com anuência qualificada e virtual de todos os envolvidos quanto às bases de atuação⁴⁷⁶.

A fundamentação é apenas uma regra argumentativa: implica que a norma está justificada, que é generalizável em sua natureza e se abstrai de forma rigorosa dos fatos. No entanto, as ações se dão no contexto de situações que ocorrem no mundo, e por isso há uma dimensão extra à referente à fundamentação intersubjetiva: o cuidado com fatos relevantes, a sensibilidade para circunstâncias especiais e a percepção das formas de agir em vista disso⁴⁷⁷. Apenas pela justificação, a norma seria aplicada sem exame da situação, pelo que suas características e aspectos relevantes seriam desconsiderados. Ao lado da pretensão de veracidade e de correção (os fatos que subsidiam a aplicação da norma são verdadeiros e a norma é em si mesmo correta), acrescenta-se uma pretensão de adequação (a aplicação da norma a esses fatos totais é adequada)⁴⁷⁸.

Enquanto a justificação dota a norma de validade, isso é, da universalidade que advém do princípio moral pelo qual há reciprocidade imparcial para todos os envolvidos, em condições finitas de tempo e conhecimento, a aplicação se dá pelo exame de uma situação, composta por todas as suas características e considerando todas as possíveis normas a se aplicar⁴⁷⁹.

A aplicação é a forma pela qual se relacionam, de modo coerente, uma situação – com todas as suas especificidades – a todas as normas possíveis⁴⁸⁰. Haveria uma distinção entre

⁴⁷⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 19

⁴⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 32.

⁴⁷⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 20-28.

⁴⁷⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 24.

⁴⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 24.

⁴⁷⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁴⁸⁰ MOREIRA, Luiz. Introdução à edição brasileira. In GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

mostrar que há razões para que uma norma seja aceita e relacionar tal fato com a situação, inquirindo se é adequada e se não há normas a ela preferíveis⁴⁸¹.

A operação própria ao Direito é aquela por meio da qual se analisa a existência de uma situação e se extraem dela consequências práticas. É nesse sentido que Günther identifica a função da razão prática na tarefa normativa de ordenar condutas: após a constituição da norma legítima, deve-se concretizar a abstração⁴⁸², possibilitando que as normas sejam aplicadas nas situações concretas^{483 484}.

Com isso, Günther não busca distanciar completamente as normas dos contextos fáticos: toda normativa depende das situações, posto em sua própria descrição conter já sinais do instante de sua incidência. E o discurso de fundamentação pressupõe a aplicabilidade da norma em situações suficientemente semelhantes a uma situação dada, sendo, com isso, sempre aplicável a contextos diversos⁴⁸⁵.

Pode ocorrer que a quantidade de características do potencial discurso de universalização não coincida com as características que influenciam na tomada de decisão, no momento da adequação situacional⁴⁸⁶. A aplicação imparcial das normas se torna um procedimento discursivo que é realizado em conjunto à fundamentação imparcial da existência e validade desses mesmos dados normativos.

O princípio da justificação (princípio da universalização “U”) postula apenas a necessidade de considerar as consequências e efeitos colaterais previsíveis de se observar ou aplicar geralmente uma norma em todas as situações, tendo em mente apenas as características

⁴⁸¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 35

⁴⁸² MOREIRA, Luiz. Introdução à edição brasileira. In GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. Trad. Cláudio Molz; São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁴⁸³ A justificação, entendida como procedimento dialógico *a posteriori*, pelo que o julgar não se faz pelos indivíduos isolados, mas por um processo consentido de dar e receber razões, se encontraria no discurso público do princípio da universalização (princípio U), enunciado da seguinte maneira: “Toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitas sem coação por todos os interessados”. HABERMAS, Jürgen apud GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 12.

⁴⁸⁴ Günther vai explicar que na aplicação das normas se percebe que as situações são sempre especiais e nunca idênticas. Isso porque as ações dos sujeitos dependem sempre dos dados da situação em que se inserem e das traduções de sentido que disso se faz: a sociedade toma a si mesma como referência e se interpreta apenas no campo das situações concretas, e nunca no campo da abstração. Por isso, toda instância de aplicação da norma é também uma de alteração da sociedade. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 20

⁴⁸⁵ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

⁴⁸⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 39-48.

da situação que estão previstas nos seus termos expressos⁴⁸⁷. Para que esse discurso já englobasse dentro de si a aplicação (isso é, que dentro do princípio U estivesse presente o primado da adequação – as consequências e efeitos da observância geral da norma são aceitos por todos, considerados seus interesses individuais –), seria necessário prever de antemão todas as situações em que a norma é aplicável. O saber sobre a norma não é todo abrangente, pois limita-se ao estado de conhecimento atual, em vista da sua previsível aplicação⁴⁸⁸.

E o princípio U não se aplica de forma monológica, pois todos os participantes têm os mesmos direitos de expor suas necessidades; todos os interesses importam, de forma que o indivíduo deve poder se colocar na perspectiva de todos os demais, dimensionando todos os sujeitos afetados em suas diferentes intensidades. A norma válida é aquela aceita pelos afetados como representando seus interesses comuns, o que seria uma outra forma de dizer que os interesses reais de todos os afetados foram considerados e a norma foi aceita por todos, em conjunto, quanto ao que é previsível⁴⁸⁹.

Na aplicação da norma, todavia, o processo é distinto, pois é preciso considerar todos os outros sinais e interesses relevantes a cada indivíduo; não é mais sobre o interesse comum, mas o interesse da situação individual passível de aplicação⁴⁹⁰.

A validade de uma norma jurídica é apenas sobre como, em regra e *prima facie*, a norma está dentro dos interesses comuns, sendo com isso puramente abstrata. Nessa fundamentação, só importa ser do interesse de todos sua observância geral, independente de se aplicar às situações⁴⁹¹. E na aplicação, importa terem sido examinadas todas as características que podem ser relevantes, fazendo a norma ser a única adequada para aquela situação.

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do

⁴⁸⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 59-61.

⁴⁸⁸ “Portanto, na perspectiva objetiva das possíveis situações de aplicação de uma norma, ‘U’ torna-se um princípio aberto. A restrição, que estamos buscando, localiza-se no lado subjetivo. Ela depende do estado histórico das nossas experiências e do nosso saber. Tendo como pano de fundo as nossas experiências pessoais e com o mundo objetivo e social, é que conseguimos pressupor aquelas situações de aplicação imaginadas no atual momento. [...] Com isso, ‘U’ ostenta um indício que faz com que a sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento no presente momento. Este indício também tem consequências para o critério de validade estabelecido para ‘U’: o interesse comum de todos os afetados. Só serão considerados aqueles interesses que previsivelmente forem afetados pelas consequências e pelos efeitos colaterais da aplicação de uma norma.” GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 66.

⁴⁸⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 63.

⁴⁹⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 64.

⁴⁹¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

interesse de todos que cada um observe a regra, visto que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos a apresentar para que ela te a de ser observada por todos como uma regra. Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é se e como a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, "como se estivéssemos naquela situação", a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isto é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação. O juízo sobre a adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma [...] A exigência absoluta de que, em algum momento, sejam consideradas todas as situações é elevada à exigência de que em uma única situação examinem-se todas as características⁴⁹².

Tanto a justificação quanto a aplicação, a partir disso, representam o procedimento da imparcialidade. Na justificação, tem-se a situação generalizada e relacionada com os interesses virtuais de todos, na aplicação se tem a perspectiva que relaciona os interesses dos sujeitos enquanto pessoas de existência concreta, em vista dos sinais característicos e relevantes para a interpretação da totalidade da situação, à luz de seus interesses, avaliações e projetos de vida⁴⁹³.

Ou seja, um discurso de justificação só consegue fazer valer os interesses dos sujeitos na dimensão abstrata, voltada para o comum previsível e generalizado. Os interesses desses indivíduos, no entanto, só podem ser fonte de ação se interpretados enquanto existências atuais, pelo que o Direito, no processo de construção de uma situação de aplicação da norma, está sempre em busca de todos os dados e das diferentes maneiras pelos quais os interesses concretos podem ser formados⁴⁹⁴.

A operação de aplicação é assim uma recontextualização da norma, pelo qual, na situação concreta, a prática jurídica se vê atenta ao aqui e agora, e o interesse comum restrito da justificação toma a forma de consideração de todos os aspectos relevantes ao caso. A ação correta se torna a aplicação adequada de uma norma válida, por meio do qual se conjuga o elemento da previsibilidade de um horizonte de cognição e de tempo com a exigência de consideração da totalidade da facticidade⁴⁹⁵.

⁴⁹² GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 70.

⁴⁹³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 70-72.

⁴⁹⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 67.

⁴⁹⁵ Conclui o autor alemão que a adequação é a referência da norma em uma situação específica, em relação a todos os seus sinais característicos. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 93.

Günter explica que não há como tirar qualquer conclusão sobre o uso direto das normas jurídicas, pois de uma norma somente pode se extrair uma razão primária de ação, destacada da vida e das situações, que posteriormente é concretizada ao se analisar os dados da sociedade. A aplicação reconhece e estimula a produção de mudanças no real, ao considerar os sinais do contexto, de modo que a ação correta só é alcançada após a alteração da norma que é operada pelas novas experiências, na recombinação entre fundamentar e adequar⁴⁹⁶.

Com isso, há uma impossibilidade de unificar o agir com uma prática generalizada, pois o acesso a um juízo imparcial verdadeiramente completo só se dá a partir da forma de viver, não presente no nível da justificação, que desconsidera interesses particulares e modos de vida determinados em prol do interesse universalizável⁴⁹⁷. Na aplicação, referenciam-se normas que são apenas a princípio indicadas, pois é necessário entender em que medida se compatibilizam com a forma de viver e com os sentidos culturais presentes na situação.

Apenas uma aplicação imparcial nos dará condições de utilizar uma norma universalmente fundamentada também em contextos ampliados e alterados e, com isso, esgotar todas as variantes do seu significado. Variações de contexto obrigam a novas interpretações da situação, nas quais novos interesses poderão obter importância. [...] Relacionadas a isso estão determinadas semânticas culturais, instituições sociais e características biográficas – em outras palavras, todos os elementos essenciais de uma forma de vida, dentro da qual uma “situação” exista e seja interpretada como tal. Esses elementos, porém, são tão constitutivos para os conteúdos semânticos não claramente fixados de uma norma universal, quanto a sua fundamentação universal é constitutiva para a sua validade⁴⁹⁸.

O significado da norma não está de antemão estabelecido, pois, em um discurso prático, as variações de seu sentido se dão conforme a relevância da descrição completa da situação. Ou seja, o significado pode ser inicialmente obtido de um discurso justificatório, mas a sua visão completa somente se constrói na situação jurídica, em que se exercitam as variantes possíveis de sentido da norma, obtidas dos dados característicos situacionais⁴⁹⁹.

Conforme complementa Jürgen Habermas, na etapa do discurso de justificação, trata-se apenas de expectativas gerais de comportamento ou de modos de ação, as normas que delineiam uma prática geral. Por conta disso, uma norma analisada em si mesma não pode se

⁴⁹⁶ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 95-99.

⁴⁹⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 95-99.

⁴⁹⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 115. O autor explica que não basta produzir uma norma situacional coerente, pois o sentido universal-recíproco deve ser novamente descoberto à vista dos novos sinais característicos e dos interesses das pessoas concretas. O discurso de justificação, portanto, volta após a operação da aplicação.

⁴⁹⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 343-344.

vincular a situações práticas e não pode se preocupar com os motivos/interesses correntes e com as instituições presentes na sociedade; toda justificação tem um *outlook* finito histórico⁵⁰⁰.

Na formulação abstrata, uma norma só é aplicável aos casos *standard*, pelo que se depende de outro tipo de discurso em que normas válidas sejam apropriadas diante de todos os aspectos relevantes da situação, vista da maneira mais abrangente possível⁵⁰¹. As normas *prima facie* aplicáveis permanecem abertas a novas interpretações em face das situações e ganham sentido concreto apenas diante da relevância dos fatos.

Para Habermas, isso fica evidente no contexto de conflito entre normas, em que a validade por si só não explica como visualizar a situação, pelo conhecimento limitado que se tem. O significado das normas muda em cada situação e se depende do contexto para que se possa produzir uma interpretação das normas válidas.

[E]m tais casos deve ser determinado qual norma *prima facie* válida, candidata à aplicação, se mostra a mais apropriada para a situação, se descrita o mais exhaustivamente o possível em vista de todas suas características relevantes. As normas que são eclipsadas pela norma de fato aplicada em um caso não perdem sua validade, mas formam uma ordem normativa coerente com todas as outras normas válidas. Do ponto de vista da coerência, as relações nessa ordem se modificam com cada caso, que leva à seleção da “única norma apropriada”. [...] [É] a situação particular cuja interpretação apropriada primeiro confere uma forma definida de ordem coerente à massa não coordenada de normas válidas⁵⁰². (tradução livre)

A correta formulação da norma válida só se dá no julgamento singular de prescrição de ações. E é no campo da situação que se decide qual norma [válida], dentre a constelação do sistema jurídico, é adequada, pela descrição completa dos fatos juridicamente relevantes⁵⁰³.

A partir disso, é possível fazer a conexão com os discursos sobre a relação e a situação jurídicas. A relação jurídica se vincula a essa dimensão da justificação da norma, pois a analisa a partir dos aspectos necessários para a teorização e formação conceitual de uma normatividade acerca dos contatos entre sujeitos. Com a relação jurídica, tem-se um discurso pelo qual todos

⁵⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. US: MIT Press, 1993. p. 13-14; 31-39.

⁵⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. US: MIT Press, 1993.

⁵⁰² No original: “The problem to which both respond becomes apparent in the case of conflict between norms, for in such cases it must be determined which of the *prima facie* valid norms that are candidates for application proves to be the one most appropriate to a situation, described as exhaustively as possible in all of its relevant features. The norms that are eclipsed by the norm actually applied in a given case do not thereby lose their validity but form a coherent normative order together with all other valid rules. From the standpoint of coherence, the relations within this order shift with each new case that leads to the selection of the “single appropriate norm.” [...] [I]t is the particular situation whose appropriate interpretation first confers the determinate shape of a coherent order on the unordered mass of valid norms”. HABERMAS, Jürgen. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. US: MIT Press, 1993. p. 38.

⁵⁰³ Habermas explica que não é possível justificar normas e defender ações concretas ao mesmo tempo, pois o conhecimento da norma válida não diz sobre a configuração da situação particular. HABERMAS, Jürgen. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. US: MIT Press, 1993. p. 128-129.

os possivelmente afetados integram a argumentação, enquanto detentores de direitos e deveres, posições ativas e passivas. No entanto, o pré-existente da norma não diz nada sobre a situação concreta do direito (a validade da norma não implica qualquer decisão sobre sua adequação a uma situação⁵⁰⁴), de forma que ainda faltaria uma operação pela qual se compõe o quadro da realidade. É dizer, as abstrações da relação jurídica não explicam e não desenvolvem a adequação das normas às situações de efetivo direito ou dever.

As posições a isso relativas somente podem ser configuradas em vista de uma adequada aplicação da normatividade, o que em si mesmo modifica o seu escopo e os seus sentidos. Na situação jurídica, a ideia de relação jurídica assume apenas um papel de fundo, justificatório para com a existência de normas que atribuam direitos ou deveres. Aquela adequada e, conseqüentemente, a ser aplicada, é uma que permite visualizar os dados relevantes da realidade, sem que com isso colapse todo o restante arcabouço jurídico presente, em sua forma abstrata, na norma jurídica.

Retoma-se aqui as críticas da situação jurídica como um centro de interesses: na medida em que esse centro pode ser formado na abstração, pela referência a uma criação generalizada ou de interesses em comum, definidos pela norma jurídica, permanece ainda dependente da relação jurídica. Por isso só pode concluir que a relação é o encontro entre situações. Uma relação jurídica, no entanto, não existe na prática, pois não se atenta às características relevantes do caso e aos interesses individuais dos seres concretos. Nesse sentido, o centro de interesses é mais uma forma de trazer a relação jurídica como fulcral à discussão, em vez de focar na situação enquanto campo concreto de sentido da norma.

E a aparente contraditoriedade de normas jurídicas, como aquelas que extinguem a personalidade da pessoa com a morte e persistem a protegê-la contra lesões póstumas, não se resolve no campo da justificação – por meio da relação jurídica, focalizando a abstração das posições que os sujeitos podem ocupar, apenas em vista do conceito legalmente estrito de pessoa –, mas no das aplicações adequadas em vista dos elementos relevantes da realidade.

Lúcio Antônio, retomando a diferenciação de Günther entre os discursos de justificação e aplicação, vai explicar que esses primeiros adotam uma dimensão contrafática, porque estabelecem aquilo que é válido independente das situações; em contrapartida, nos segundos, promove-se uma reconstrução inteira da situação, à luz tanto daquilo que é particular

⁵⁰⁴ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 70.

ao caso concreto quanto àquilo que se mantêm igual e já foi contemplado pela validade da norma⁵⁰⁵.

A norma é assim aplicada como se tivesse sido possível saber de tudo e a todo tempo, em conjugação com o completo conjunto normativo presente – um sistema de princípios *prima facie* pertinentes – e com todos os dados relevantes do caso para a tomada de decisão. A norma válida é adequada se os participantes do discurso conseguem se eximir da carga argumentativa de demonstrar ser ela compatível com todas as demais normas potencialmente aplicáveis. Isso não implica em perda de força normativa daquelas que não foram tidas por corretas ao caso, significando apenas a busca por uma interpretação coerente e pautada na completa descrição da realidade fática, compatibilizando a norma adequada com a situação a qual se aplica⁵⁰⁶.

Nos novos contextos jurídicos, o sistema é reinterpretado, na medida em que se reconstrói a norma em face das novas circunstâncias que surgem⁵⁰⁷.

A partir de tais considerações, Lúcio Antônio volta sua análise à possibilidade de construção da situação jurídica como concepção capaz de superar, de forma plena, a tradicional teorização da relação jurídica. Uma primeira formulação que informa o pensamento da relação jurídica seria advinda de Friedrich Carl von Savigny, pelo qual o direito subjetivo é um poder concedido à vontade do indivíduo e consentido pelos demais. O Direito, nesses termos, é um servo da moral e garantidor de um espaço de livre arbítrio, em que cada indivíduo possui domínio de sua vontade em independência às vontades alheias⁵⁰⁸.

As relações dentro desse meio só poderiam ser de pessoa a pessoa, pois se dão em vista do domínio da vontade livre, estabelecendo poder sobre os atos de um sujeito, na forma das obrigações (subtração de uma ação do livre arbítrio do obrigado). A constituição jurídica seria esse sistema de regras em que direitos subjetivos, enquanto liberdades da vontade, justificariam-se por si só, em face de um poder natural de se ampliar aos outros. Os direitos subjetivos são, assim, interpretados apenas pela sua justificação: devem ser protegidos porque são esferas de não intervenção na vontade. E o pensamento jurídico somente pode se dar em vista de relações

⁵⁰⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁰⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 65.

⁵⁰⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁰⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

entre sujeitos, pois os poderes precisam ser justificados pela liberdade de agir perante o outro; o direito funcionalmente estende o poder natural⁵⁰⁹.

Para Lúcio Antônio, Savigny atualizou construções filosóficas que a dogmática jurídica ainda hoje não consegue se desvencilhar, posto a permanência de uma aparente indissociabilidade entre direitos e deveres, que nesse contexto deitou suas raízes⁵¹⁰. Em Savigny, os direitos são marcados por um vínculo de restrição de liberdade perante outro que, no uso de sua vontade liberada pela razão, escolheu se obrigar. O uso de uma liberdade só poderia se dar na correlação entre direitos e deveres⁵¹¹.

[E]sta correlação entre direito e dever somente pode ser pensada se recuperarmos todo um pano-de fundo da filosofia moral kantiana à época reinante: a existência de uma liberdade absoluta na razão reconhecida, enquanto dotada de um valor intrínseco, a todos os indivíduos permite primeiramente a) um dever geral correlato a esta autonomia privada de não-interferência na esfera alheia, afinal, ao sujeito cabe, de maneira absoluta e livre, determinar a si mesmo; b) em segundo lugar a existência de um dever específico somente poderia ser fundamentado enquanto uso próprio desta autonomia moral para impor deveres a si mesmo: nada, além do uso desta autonomia moralmente fundada justificaria o estabelecimento de um dever que não fosse "negativo", de não-interferência⁵¹².

Essa fundamentação moral, de intrínseco valor de liberdade da vontade, vai perdendo força em favor de uma explicação positivista do direito subjetivo como força fática de obrigatoriedade, sem com isso abandonar a centralidade da relação. Com Bernhard Windscheid, os direitos subjetivos consistem naquele poder que o ordenamento jurídico confere e garante a um sujeito. Os direitos são justificados enquanto mandatos (normas) pertinentes ao ordenamento, pelo que a validade se mostra pelo uso das faculdades de coerção que são conferidas aos sujeitos⁵¹³. O Direito confere ao titular um poder de determinar a conduta de outra pessoa, pelo que se mantém o pensamento em termos de sujeição e de bilateralidade⁵¹⁴.

Com isso, tanto em Savigny quanto em Windscheid, os direitos subjetivos são reduzidos a um problema de validade que se extrai da justificação das normas que seriam, por si mesma, aplicáveis em vista de seu conteúdo. A vontade do sujeito (enquanto direito)

⁵⁰⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 79-82.

⁵¹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵¹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 294.

⁵¹² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 275.

⁵¹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵¹⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

demandaria a correlação com um dever de não intervenção na liberdade absoluta (Savigny) ou de não descumprimento de mandato do ordenamento configurado pela voluntariedade do indivíduo (Windscheid)⁵¹⁵.

Tal operação também não se modifica em Rudolf von Jhering, que combinaria o positivismo de Windscheid com um giro utilitarista. Para o autor, a vontade não aparece mais como centro de compreensão dos direitos subjetivos, e sim como sua força motriz, na medida em que o conceito predominante é o de utilidade. Essa se mede por meio de interesses, que são a forma de valorar algo como útil, pelo que os direitos subjetivos são medidas de utilidade na forma de interesses juridicamente protegidos e reconhecidos pelo legislador, em dimensão justificatória⁵¹⁶. Os direitos se dão em relação às necessidades humanas (interesses que são concretizáveis)⁵¹⁷.

Na sequência, Lúcio Antônio investiga uma perspectiva que começa a se desvencilhar dessa proposta até então pertinente exclusivamente à relação jurídica. Com Paul Roubier, os direitos subjetivos passam a representar um bem apropriado pelo sujeito no direito objetivo. E, por serem referentes a bens apropriáveis, os direitos subjetivos deveriam sempre ser renunciáveis, pelo que são reduzidos a um núcleo de livre disposição dos sujeitos, necessitando da dimensão da restituição e da orientação a um fim⁵¹⁸.

Se assim não estiver conformado o elemento jurídico, não há que se falar em direito, mas em um dever generalizado. Seria o caso, para Roubier, dos direitos da personalidade, que seriam situações de dever e sequer constituiriam direitos, uma vez que não se poderia deles dispor, e não são bens apropriados⁵¹⁹. Para lidar com essa diferenciação entre direitos e deveres, parte da noção de situação jurídica, um complexo que abrange ambas as categorias.

Direitos e deveres se diferenciam não apenas pela possibilidade (ou não) de disposição, mas também quanto às formas de reagir a suas violações: do dever infringido pode nascer um direito subjetivo a ser resguardado pelo canal institucionalizado do Judiciário, mas também

⁵¹⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 84.

⁵¹⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵¹⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85-88.

⁵¹⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

⁵¹⁹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

podem haver deveres lesados dos quais não decorre qualquer direito, mesmo que questionados em ações judiciais de responsabilidade, surgindo apenas uma situação de dever-sanção⁵²⁰.

Assim, direitos e deveres incidem em circunstâncias distintas e dizem respeito a elementos diversos de uma situação jurídica, pelo que sequer pode se falar que de todo dever advém um direito subjetivo⁵²¹. A chave para entender a situação jurídica seria a centralidade do direito ou do dever: situações jurídicas subjetivas são aquelas que focalizam a vantagem do titular, enquanto nas situações jurídicas objetivas os deveres se sobressaem⁵²². É possível, em uma dada ocorrência jurídica, focalizar deveres sem a contraparte dos direitos.

Para Roubier, as situações jurídicas não surgem da lei, pois o quadro indicado abstratamente precisa ocorrer sob a forma dos fatos jurídicos; somente há situações jurídicas concretas, e o que a norma faz é estabelecer as condições de sua constituição, os atos e fatos que são juridicamente relevantes para criar efeitos que dela irão decorrer. Em vista disso, como a diferença entre relação jurídica e situação jurídica diz respeito ao abstrato e ao concreto, o primeiro conceito se tornaria desnecessário, pois a situação permite aplicação vasta, a tantos casos quantos possam ser percebidos no Direito: direitos e deveres poderiam ser tomados como situações jurídicas⁵²³.

Outros teóricos também teriam fornecido contribuições a essa forma de pensar. Gaston Jèze, em um dos primeiros desenvolvimentos da situação jurídica, destaca que as situações são examinadas em si mesmas, nas conformações que se dão como poderes ou deveres jurídicos⁵²⁴.

O passo seguinte a ser dado para a teoria seria a superação de uma interpretação moral vinculada à vontade do titular, com o entendimento de que direitos e deveres só existem no concreto, frente a situações especificadas, e não pela análise das condições da norma⁵²⁵.

[O] sentido da norma para um caso concreto só se fazer perante *este caso concreto*, e não em “abstrato” como maneira de absorver todo o seu conteúdo para, a partir de então, deduzir todas as suas hipóteses aplicativas. [...] [D]evemos apontar a superação

⁵²⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 98-99.

⁵²¹ Roubier permanece preso, todavia, ao entendimento de que, no direito privado, toda infração de direito implica em infração de dever, pois existiria o dever geral de respeitar direitos. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 100.

⁵²² Ainda para Roubier, situações subjetivas dizem respeito a medidas de restituição frente a uma violação, enquanto situações objetivas seriam de natureza reparatória, pela ausência de bens apropriados.

⁵²³ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 286-293. Lúcio Antônio Chamon entende que a grande crítica à teorização de Roubier é sua vinculação ao princípio moral, pela importância ainda presente da vontade/intenção do agente.

⁵²⁴ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 281-285.

⁵²⁵ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

da necessidade de dois polos determinados como algo que acerta no cerne da teoria da relação jurídica que já se mostrava insuficiente para explicar o Direito e permitir uma operacionalidade adequada do mesmo⁵²⁶.

Para Lúcio Antônio, então, o Direito é formado como sistema de normas *prima facie* aplicáveis e se dá diante do caso, por meio da reconstrução proporcionada pelas operações de justificação e aplicação, e a ideia de iguais liberdades não é dada ou pré-constituída, por um recurso à moral, mas se constrói no discurso, fruto de uma releitura do que significam direitos e deveres. Na argumentação que circunda o caso concreto vai haver uma dimensão de interpretação sobre qual a melhor forma de ler a imputação dos direitos e dos deveres, pela configuração de liberdades ou não liberdades⁵²⁷.

Os direitos [subjctivos] são, assim, um reconhecimento argumentativamente construído de esferas de liberdade – de opção e posicionamento em face de uma circunstância – deixadas ao sujeito, conformadas em face do caso. Os deveres, por outro lado, seriam problematizações em que inexistente uma esfera de liberdade: ao sujeito não é dado decidir como agir, consistindo em ilícito a violação dessa forma de conduta⁵²⁸.

Ambas as figuras se encontram no interior de situações jurídicas: situações de aplicação da norma que consistem em conjunturas fáticas recortadas e construídas na argumentação, sempre interpretadas em face de um enfoque jurídico de direitos e deveres. Os juízos normativos, isso é, aplicação das regras do direito, somente tomam em conta situações concretas configuradas e reconstruídas, não existindo em abstrato.

Os direitos e deveres só se tornam relevantes na problematização, quando se consideram todas as circunstâncias do caso, e a norma é vista como adequada para aquela configuração específica. Em vista disso, direitos e deveres podem ser aspectos recortados de uma mesma situação, centrais até no argumento, mas não há reciprocidade necessária, pois afirmar uma liberdade não implica em afirmar uma não-liberdade alheia correlata (o que implica dizer que infração de dever não corresponde a infração de direito)⁵²⁹.

⁵²⁶ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 281-285.

⁵²⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 105-109

⁵²⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵²⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

É por isso que situações não são relações jurídicas formadas por sujeitos morais: o direito não é um poder [absoluto] de submeter a vontade alheia, e sim uma esfera de liberdade que diz respeito exclusivamente ao sujeito mesmo, questionável na via institucional⁵³⁰.

E, da mesma forma, não há deveres gerais ou direitos negativos, pois só na aplicação se pode constatar concretamente quem tem direito ou dever, frisando-se sempre que a situação jurídica – e as liberdades legítimas que dela decorrem – surge no reconhecimento discursivo e com a problematização de todas as circunstâncias e de todo o conjunto de normas.

[O] que devemos sempre nos lembrar é que quaisquer direitos e deveres são problematizados a partir de uma situação argumentativamente reconstruída, pois qualquer juízo de adequabilidade que conclua por liberdades ou não-liberdades sempre é concreto e referido àquela situação a partir da qual o próprio caso, e o Direito, foram interpretados. Não há um "dever geral" desde um ponto de vista da aplicação normativa: podemos é falar em um dever, em princípio, bem como em um dever definitivamente imputado quando problematizamos aquela circunstância, quando trazemos aquela situação para a problematização. [...] [N]ão podemos pretender compreender o direito ou o dever como "uma" situação jurídica. Antes, a situação jurídica é capaz de ser interpretada de maneira, dependendo do caso, a realçar o direito de um ou o dever de outro. Isto porque as situações jurídicas – enquanto circunstâncias fáticas recortadas e interpretadas a partir do Direito - podem se fazer conformadas de diferentes posições: posições de liberdade de arbítrio (direito)/posições de falta de liberdade (dever); referentes a sujeitos diferentes, ou referentes a um mesmo sujeito, sendo que cada uma dessas posições, como todo seu substrato fático e normativo, pode ser discursivamente problematizada⁵³¹.

Existem direitos e deveres em princípio imputáveis, que formam um pano de fundo na dimensão da justificação, mas há que se problematizar e argumentar na situação reconstruída: os participantes do discurso realizam os recortes da situação à luz do direito e definem se há direitos ou deveres⁵³².

Com essa proposta reconstrutiva, Lúcio Antônio esclarece que há um esvaziamento de categorias jurídicas tais como faculdade, permissão, obrigação, ônus: há apenas esferas (ou posições) de liberdade ou não-liberdade, direitos ou deveres. Os direitos são essas liberdades deixadas à cargo do sujeito, motivadas à luz das mais diferentes razões possíveis – éticas, pragmáticas e morais –, cuja violação consiste justamente num prejuízo ao exercício desse *locus* livre e autodeterminado, enquanto os deveres são as condutas definidas que não se pode decidir pela não realização (há razões normativas para exigir outra conduta⁵³³).

⁵³⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 113.

⁵³¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110-112.

⁵³² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110-113.

⁵³³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 180

Essas esferas não estão disponíveis de antemão, pois os sentidos da conduta dos sujeitos são interpretados e problematizados na situação⁵³⁴, na argumentação dos afetados. Somente no caso poderá ser dito se deveres e direitos foram violados, bem como se a violação de dever implicou em violação de direito⁵³⁵. A correlatividade deixa de ter papel central e se torna apenas uma possibilidade a ser levada em conta na operacionalização do direito.

Para Lúcio Antônio, essa dimensão da prática do direito que se funda no princípio democrático não permite entender direitos ou situações como constituídos de interesses. Isso porque os interesses nunca serão referentes aos indivíduos concretos que existem na situação, e só podem assumir a dimensão de justificação da norma⁵³⁶.

A situação jurídica é, antes, um juízo discursivo de atribuição de sentido normativo ao caso investigado, um recorte do acontecimento fático que “deve ser juridicamente interpretado a fim de se apreender seu significado para o Direito”⁵³⁷.

A norma ganha sua densidade semântica, sua significação social, quando confrontada pela realidade fática, que demonstra a existência de elementos que fogem à sua análise estrita/formal.

Na situação, o caso é reconstruído e as normas *prima facie* aplicáveis são descartadas em favor daquela tida por correta⁵³⁸, o que ocorre na identificação de quais são os direitos e deveres (que, se violados, podem juridicamente configurar ilícitos constatáveis), quem são os sujeitos afetados, e quais são os participantes da argumentação em torno do sentido adequado a se dar ao ordenamento jurídico.

Como o próprio nome já nos indica, situações jurídicas são situações cujos sentidos são determinados pelo Direito no marco de um caso concreto e através de um juízo de adequabilidade normativa, em que se leva em conta a distinção entre discursos de justificação e aplicação desde uma ótica democrática⁵³⁹.

⁵³⁴ “O sentido jurídico da conduta do sujeito não é dado pelo mesmo, mas baseado numa série de pré-compreensões hermeneuticamente compartilhadas e problematizáveis à luz de pressupostos pragmáticos (universais) na/da argumentação”. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 116

⁵³⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 114-117

⁵³⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵³⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 295.

⁵³⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 296-297.

⁵³⁹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 296-297. Em sentido semelhante, destaca o autor que “a problematização acerca de direitos e deveres envolve que sejam determinadas situações pinçadas e desdobradas argumentativamente. [...] Inclusive, por esta mesma via da institucionalização é que os direitos e deveres jurídicos cobram legitimidade em sua construção: não por serem desdobramentos de princípios morais,

E da mesma forma que da norma não se produzem situações (em abstrato), também não se extraem os indivíduos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. A posição de sujeito, e de pessoa, também surge na argumentação em torno do caso⁵⁴⁰.

Para Lúcio Antônio, a noção de personalidade carrega um resquício moral, em que o homem (sujeito) teria tal qualidade pela sua própria autonomia enquanto “pessoa natural” para o Direito. Assim, embasa-se tal visão da personalidade pela existência de uma vontade, um fundamento ontológico para sua atribuição. No entanto, há que se problematizar uma interpretação moralizante e positivista, pois não é papel exclusivo do Estado, enquanto produtor de normas jurídicas, conceder a personalidade, necessária para reconhecer direitos a serem tutelados. Não cabe ao Estado toda a prática jurídica, e nesse sentido a pessoa se forma no interior da argumentação em torno das circunstâncias concretas⁵⁴¹.

Nessa visão, a personalidade é centrada e visualizada em conta de uma situação específica, pelo que a centralidade se encontra não em motivos ontológicos de atribuição da qualidade de ser pessoa, mas em uma imputação de direitos e deveres reconhecidos no caso argumentado. O conceito “pessoa” é reconstruído para ser concebido enquanto “referencial para a imputação problematizada argumentativamente, em face de uma situação jurídica também recortada na argumentação”⁵⁴².

Assim, tanto a ideia de personalidade quanto a de sujeitos de direitos/deveres se encontram no interior do argumento jurídico e significam apenas um centro para imputar direitos e deveres, um referencial da prática e do discurso⁵⁴³.

Com isso queremos dizer que a noção de pessoa é determinável no interior da própria *práxis*; a *práxis* é quem mesmo constrói seus referenciais de imputação de direitos e deveres formando, assim, juízos de imputação problematizáveis não só no que tange ao seu destinatário/afetado, mas também no que se refere às liberdades, ou não-liberdades, envolvidas. Isto nos leva a concluir que o Direito trata-se de um sistema operacionalmente aberto e fechado: enquanto construção de uma *práxis* o Direito, ao

mas por se apresentarem como frutos de um processo democrático institucionalizados em que todos tiveram, e têm, a possibilidade de participar com iguais liberdades a serem consideradas em face da concreta situação de cada participante.” CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 186-189..

⁵⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁴¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁴² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 145.

⁵⁴³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

mesmo tempo em que funda a si mesmo, mantém-se aberto ao pano-de-fundo que nosso mundo-da-vida moderno constitui⁵⁴⁴.

Para o autor, a pessoa como referencial de imputação de posições jurídicas seria hábil a recontextualizar diversas discussões contemporâneas, como a questão acerca da natureza jurídica do nascituro. A compreensão dos direitos e deveres fora da relação jurídica implica que esses mesmos direitos e deveres tenham referência a situações em que o nascituro é o centro do argumento de imputação. O nascituro, na situação concreta, pode ser o centro de imputação de direitos e deveres: direitos dele, deveres de outrem⁵⁴⁵.

Portanto, ser pessoa é estar no centro da argumentação de uma situação a que se imputam liberdades ou não liberdades, figurar como referencial criado por meio da qual se deve analisar o caso concreto e a existência dessas esferas. Uma concepção como essa pode permitir que a categoria da personalidade seja inserida na prática, pois é deixada a cargo dos participantes afetados à delimitação de seu sentido e importância⁵⁴⁶.

Com isso, Lúcio Antônio consegue chamar atenção para o fato de que a personalidade não é “mera figura de linguagem”, uma categoria formal necessária à própria possibilidade de se pensar direitos e deveres, mas uma concepção argumentativa que diz sobre algo relevante no interior do Direito⁵⁴⁷. A ideia de pessoa possibilita construir uma prática discursiva do ordenamento, pois em torno dela diversas estratégias argumentativas podem ser realizadas. Veja-se, novamente, a discussão acerca do nascituro:

Do que vem sendo afirmado, não concluímos que sempre, e em qualquer argumentação, sejam tais figuras reconhecidas como dotadas de "personalidade", isto é, enquanto "referenciais para imputação". Isto é algo problematizado em cada discurso a ser tomado em conta. Não significa que em toda argumentação o nascituro, por exemplo, seja considerado como sujeito à imputação; afinal, poder-se-ia ter optado por uma estratégia de argumentação que leve em conta, naquelas circunstâncias, os deveres de outrem e não os “direitos” do nascituro. Disto se pode concluir que tratar como sujeito à imputação não implica, necessariamente, tratá-lo como sujeito de direitos e deveres: depende da argumentação levada adiante e das questões na mesma problematizada. "Naquela situação, em face daquela circunstância, foram tão-somente problematizadas tais ou quais posições, e não todo o universo abstrato delas..."⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 146

⁵⁴⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁴⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 146

⁵⁴⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 149.

⁵⁴⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 148.

Por ser um conceito discursivo, a personalidade vai depender da reconstrução que os sujeitos envolvidos fazem do caso, o que implica na escolha do uso de certas narrativas. Pode-se escolher privilegiar um aspecto do caso em detrimento do outro, para fins de definição de liberdades ou não-liberdades, mas isso será feito em vista do sujeito que é construído na argumentação, o que se faz no campo da linguagem⁵⁴⁹.

A situação jurídica não recorre à titularidade de um direito (das pessoas vivas ou das pessoas mortas) ou à inserção no raciocínio da relação jurídica, o que a torna um meio de explicação adequado para a tutela *post mortem* da pessoa humana.

No capítulo 2, viu-se que a identidade narrativa, uma forma de dar significado à permanência intersubjetiva do sujeito no tempo, não está disponível de pronto e depende de um ato de construção de história de vida, realizado tanto pelo narrador da trama quanto pelos demais sujeitos que realizam sua leitura. Isso se dá em um contexto de entrelaçamento de narrativas, pois ninguém é autor exclusivo de sua própria história: há uma mistura de eventos e sujeitos para com narrativas alheias, de forma que os sentidos dos fatos somente se dão no ato de interpretação daqueles que estão envolvidos na configuração de uma narrativa. A identidade é dinâmica e atualizável, podendo com isso impactar a vida dos que permanecem após a morte de uma pessoa.

E a situação jurídica também compartilha a visão de que os sujeitos não estão disponíveis de antemão, como dados fáticos à espera de interpretação. Tanto as pessoas quanto as normas jurídicas somente se concretizam ao analisar a situação total existente, promovendo-se uma construção do sentido da tutela jurídica que se entende como adequada em vista dos participantes do discurso.

Na complexidade da situação jurídica, é possível depreender a diversidade de métodos e centros de análise pelo qual se podem entender existentes esferas de liberdade e não liberdade. Ao reconstruir uma situação tida como lesiva, os sujeitos podem priorizar uma estratégia interpretativa e, com isso, construir o espaço pelo qual entendem que há significados jurídicos a serem protegidos. Assim, de uma pretensa lesão à identidade narrativa do morto – que não é dada *a priori*, em vista de um modelo acabado da pessoa, construído em vida, mas depende da análise da situação concreta, vista pela lente daqueles que promovem a tutela e (re)constróem a identidade do falecido –, diversos enfoques jurídicos podem surgir.

⁵⁴⁹ Pode-se retomar, na medida do possível, as considerações de Torquato Castro. A personalidade não é pré-jurídica, pois só se ocupa a posição de pessoa no universo que é criado pelo Direito (e pela situação jurídica). O atributo da personalidade é dado pelas restrições sociais e culturais existentes, distribuindo o campo de possibilidade de atuação do conceito.

Os centros de imputação normativa não são, com isso, pré-existentes, e não dizem respeito ao morto ou aos vivos, exclusivamente. Pelo contrário, são construídos no momento que se recontam as suas obras de vida, e podem dizer respeito a mais que um sujeito: não há como saber previamente à consideração de todos os elementos pertinentes e adequados. A situação pode, pela liberdade argumentativa que é o ponto forte de sua teoria, englobar diversas posições e estar atenta aos sujeitos e às esferas tidas como relevantes no caso concreto.

Na teoria de Lúcio Antônio, a situação não é aquilo que antecede a relação, pois sempre vai ser o contexto de aplicação da norma, e a relação é por si abstracionista⁵⁵⁰. A análise adequada é sempre em termos de esferas e não de vínculos e sujeições; com isso, consegue-se escapar do pensamento que da lesão ao dever surge o direito e, conseqüentemente, uma relação entre dois sujeitos. Isso na realidade transforma a situação jurídica em conceito instrumental à relação, uma maneira de a entender em termos derivados, e não uma verdadeira nova forma de encarar o fenômeno de aplicação de normas jurídicas.

Com isso, permite-se identificar, ao contrário da relação jurídica, como uma mesma série de circunstâncias pode afetar as obras de vida dos diversos sujeitos envolvidos, interpretados e configurados na medida em que constituem referenciais de imputação de direitos e deveres. Ainda que reste a possibilidade de analiticamente se distinguir esferas de lesões a liberdades e não liberdades, todas têm atenção ao sujeito narrativo e ao entrelaçamento de histórias.

Não há como se pensar em direitos do morto efetivamente, uma vez que estes teriam que dizer respeito ao próprio sujeito, uma esfera do titular na dimensão de livre continuação de sua conduta. Nas situações lesivas, a liberdade de agir de um falecido não foi violada.

No entanto, isso não implica na não configuração da sua importância ainda presente, pois se mantém um sentido de dever jurídico: os vivos devem respeito aos mortos, o que implica também dever de proteção. O centro de imputação normativa, nesses casos, é conformado enquanto um centro de dever de respeito à memória – síntese e experiência narrativizada da pessoa humana. Na proteção da identidade narrativa do falecido, há a constituição de uma situação jurídica socialmente relevante.

É possível então a existência de deveres pela figura do morto, enquanto centro de atenção jurídica, o que é suficiente para conformar uma situação que existe por si mesma e é digna de proteção.

⁵⁵⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

A situação, todavia, é complexa, pelo que se pode visualizar que os vivos também tenham suas próprias liberdades violadas (têm seus próprios direitos subjetivos violados). De uma mesma situação podem surgir diversas posições de direitos e de deveres. Com efeito, a situação jurídica sequer poderia negar que os direitos dos vivos, suas esferas de liberdades, são violadas, pois é certo que suas capacidades de conformar livremente suas ações podem ser afetadas. Mas isso é devido ao entrelaçamento de histórias do morto e dos vivos: nesse sentido, a própria lesão aos direitos destes demonstra por si só a continuação e presença do morto. É porque ele viveu e tem uma história a ser (re)contada que ambos os sujeitos têm proteção a tal faceta de suas vidas.

Em alguma medida, os deveres e direitos que podem ser identificados no contexto de aplicação da norma dizem respeito à trama de vida do morto, partindo da construção identitária realizada antes da morte pelo próprio falecido e se desenvolvendo rumo à sua memória e a continuação de sua narrativa na forma contada pelas pessoas vivas, que promovem ativamente a devida proteção, na dimensão de recepção e leitura da obra narrada.

Na configuração da situação jurídica, tem-se uma experiência que toma por foco esses centros de imputação normativa, que incluem tanto os mortos quanto os vivos. Não há separação artificial a ser feita.

Há uma re-escrita da obra a partir do momento em que é necessário analisar uma situação [potencialmente danosa], o que se dará pela ótica daqueles que estão vivos, partindo do caráter biográfico da identidade que o falecido buscou perpetuar. O morto não possui mais autonomia para promover a proteção [e o desenvolvimento] de sua personalidade e de seus interesses; de qualquer forma, dizer que os vivos apenas agem em proteção a ele ou a seus próprios propósitos, sem estarem investidos nesse ato, promove uma separação estanque da situação total envolvida. Na situação jurídica, capta-se a dimensão total de entrelaçamento de identidades dos abrangidos na situação lesiva. Não há uma lesão individual a cada parte, mas um dano total que afetou todos os interessados e participantes da construção argumentativa de suas identidades e de seus sujeitos narrados, configurados juridicamente enquanto posições a serem tuteladas: deveres para com os mortos de serem respeitados e protegidos, direitos dos vivos de não serem prejudicados.

Ao defender que a proteção póstuma ainda diz respeito ao falecido, não está a se defender a aplicação de uma norma que sequer está fundamentada em um discurso de justificação, crítica comumente realizada pelos autores que defendem a tese do direito exclusivo dos vivos. O art. 12, parágrafo único, do CC, certamente pode ter a pessoa morta como centro

do significado de sua aplicação, o que se dará à vista da argumentação que é realizada pelos vivos.

Ao trabalhar diretamente a figura do morto, Lúcio Antônio se mostra contrário à atribuição de personalidade, pela impossibilidade de reconhecer autonomia jurídica. O caso seria diferente para o nascituro, pois as posições já garantidas (anteriores ao nascimento com vida) seriam feitas em vista do exercício futuro ou atual de autonomia de pessoa, a que o ente poderia vir a exercer⁵⁵¹.

No entanto, essa distinção não parece se sustentar. Ao morto ainda persiste um sentido de agência, como ressaltado no capítulo 1, não enquanto intencionalidade, mas como causalidade, posto os vivos exercerem condutas em face da presença constante daquele em suas vidas. Preserva-se também um sentido de autonomia não enquanto autodeterminação de sua vida corpórea [não mais presente], mas de influência no sentido da vida e na autodeterminação dos demais sujeitos vivos. De modo semelhante, o falecido ainda figura como possível centro argumentativo para imputação de direitos e deveres, pois a partir do ato de reconstrução de sua narrativa diversas posições jurídicas podem se originar.

Ademais, Lúcio Antônio, ao abordar as repercussões jurídicas da figura da criança (que não teria capacidade jurídica para decidir sobre os próprios atos), e das pessoas jurídicas – personificação de atividades –, assevera que o direito não exige uma consciência moral para a afirmação da personalidade dos referenciais criados na situação. Não é necessário reconhecer decisões como autônomas/da consciência para que algo tenha valor dentro do discurso como centro de imputação⁵⁵².

Assim também em relação às pessoas falecidas: não se imputam direitos e deveres em vista da autonomia dos sujeitos envolvidos, mas pela centralidade que um determinado sujeito narrado pode assumir na argumentação jurídica, pela construção de um feixe de liberdades e não-liberdades.

Somente uma operação como essa permite que a tutela dos entes a que a positividade do Direito não atribui expressamente personalidade pode ser coerentemente entendida como decorrente do próprio fenômeno democrático, isso é, da aplicação das normas legitimamente instituídas. O morto não é assim, uma exceção que confirma a regra da personalidade como atributo da vida biológica, mas sim um dos fenômenos da existência que merecem a tutela

⁵⁵¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151.

⁵⁵² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 189-190.

jurídica em seus próprios termos e em vista de uma teorização totalizante e coerente sobre o que significa proteger a pessoa humana, em todos os momentos em que se encontra presente.

4 O RESPEITO À CONSTRUÇÃO IDENTITÁRIA ENQUANTO CENTRO DE PROTEÇÃO JURÍDICA

No capítulo anterior, por uma análise das teorias conceituais no âmbito jurídico, buscou-se demonstrar a inadequação da relação jurídica para fins de tutela da pessoa falecida. Assim, o presente capítulo abordará as noções no âmbito do Direito que, no contexto da situação jurídica, justifiquem e expliquem a tutela da pessoa falecida, na linha de uma preocupação com a memória e a identidade do morto e das pessoas vivas que dele se lembram e ativamente realizam a proteção.

4.1 A PESSOA FALECIDA E A CONSTRUÇÃO DE UM RESPEITO À SUA MEMÓRIA

A ideia de identidade, como focalizada no capítulo 2, é um esforço pelo qual os sujeitos buscam se entender situados no fluxo da temporalidade, em contato com os demais e com o meio social. E esse fluir do tempo, na medida em que é constitutivo da experiência de estar situado no mundo, é de certo modo destruidor⁵⁵³, pois ameaça deixar os indivíduos relegados ao esquecimento.

Contra essa potência destrutiva, a memória se apresenta como uma estratégia de persistência, uma manutenção do contínuo. A noção de reminiscência (*anamnese*) exemplifica isso: pela memória tem-se a capacidade de recuperar, de forma ativa, o que foi experimentado; o que se possuía e foi esquecido⁵⁵⁴. Na tradição platônica, a memória se associava a uma forma do conhecimento, do redescobrir a verdade que já se sabia. A reminiscência é o reconhecimento da essência, em que se encontra o mundo que se perdeu no sensível. Na visão aristotélica, *anamnese* é a evocação voluntária do passado inscrito nos moldes do tempo presente, por meio de seu conhecimento objetivo e rigoroso, e não a sua mera conservação (*mneme*)⁵⁵⁵.

A memória implica, dessa forma, uma participação emotiva e fragmentária, que permite enquadrar o passado em esquemas conceituais, reconfigurados em vista do presente. Sua ausência reduziria a vida a uma série de momentos sem sentido. Como destaca Paolo Rossi,

⁵⁵³ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 15.

⁵⁵⁴ ROSSI, Paolo. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 15-16.

⁵⁵⁵ “Como já observado, não existe algo como a memória do presente enquanto presente, pois o presente é objeto apenas da percepção, e o futuro, da expectativa, mas o objeto mesmo da memória é o passado. Toda memória, portanto, pressupõe passagem do tempo [...] reminiscência é a reinstauração na consciência de algo que estava lá antes, mas havia desaparecido” (tradução livre). No original: “*As already observed, there is no such thing as memory of the present while present, for the present is object only of perception, and the future, of expectation, but the object of memory is the past. All memory, therefore, implies a time elapsed [...] recollection is the reinstatement in consciousness of something which was there before but had disappeared*”. ARISTOTÉLES. *On memory and remembrance*. Translated by J. I. Beare. The Internet Classics Archive by Daniel C. Stevenson. 1994-2009. Disponível em <http://classics.mit.edu/Aristotle/memory.html>. Acesso em 07 jun 2022

a memória tem a ver com a identidade e com a noção de persistir, pela sua função, não neutra, de manter firmes as imagens do que já ocorreu, no jogo entre lembrar e esquecer⁵⁵⁶.

O ato de memória não se faz no alinhamento cronológico dos fatos, mas em sua ordenação, avaliação e até exclusão. Por meio do lembrar e do esquecer, atribui-se sentido à realidade e se permite que as pessoas, reapropriadas de seus passados, gerem seus futuros⁵⁵⁷.

Nessa perspectiva, a memória assume um papel de definição da realidade, pelas escolhas que se faz entre o que é perpetuado pela lembrança e o que é ressignificado pelo esquecimento.

A seleção do que importa e do que não importa para a Memória é produto da distinção entre o que gera e o que impede o florescimento da própria vida: é um mapa ou roteiro para o desejo, mas também para sua contenção, mapa que inclui excluir caminhos, cidades, paisagens. [...] Memória é uma escolha política sobre o futuro, e sua tarefa consiste em operar distinções (entre o real e o apenas imaginado, mas também entre o que devemos lembrar e o que devemos esquecer, não no sentido de apagar, o que seria impossível, mas no sentido de ressignificar os fatos, em si mesmos dispersos e episódicos, mas unidos pela linha temporal da Memória)⁵⁵⁸.

Para Joël Candau, a memória é uma perspectiva de combate ao tempo, pois por ela o passado é revivido e relembrado, tornando-se acessível. A memória constitui a vida, ao se colar o que foi na perspectiva de entender aquilo que será. Por meio dela, promove-se uma reconstrução contínua e atualizada do passado, pelo que os sujeitos conseguem compartilhar práticas e representações individuais e coletivas de si e dos outros. Na memória, encontram-se as condições para a consciência e conhecimento do sujeito, sendo uma forma de cognição, de conhecimento retrabalhado dos acontecimentos reordenados e reativados⁵⁵⁹.

No entanto, não configura uma reconstituição fiel, pela dimensão de perda que sempre está presente quando se tenta remoldar o passado. E, dessa forma, a memória é entendida não como um conteúdo específico a ser redescoberto, mas um tipo de enquadramento, dotado de objetivos e estratégias: uma prática, em que a memória é aquilo que dela se faz⁵⁶⁰.

Para Candau, memória e identidade estão conectadas de modo íntimo, pois, na busca memorial, a identidade encontra um ponto de apoio, pelo que o futuro pode se medir por aquilo que se passou. Enquanto uma “força da identidade”, a memória é o modo pelo qual essa se

⁵⁵⁶ ROSSI, Paolo. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 24-30

⁵⁵⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. Memória, lembrança e esquecimento: ou sobre como construir o futuro. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V.24 N.48 (2021). Dossiê - Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco. DOI <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n48p79-91>. p. 80-81.

⁵⁵⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. Memória, lembrança e esquecimento: ou sobre como construir o futuro. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V.24 N.48 (2021). Dossiê - Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco. DOI <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n48p79-91>. p. 84-89.

⁵⁵⁹ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 61

⁵⁶⁰ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 9-17.

perpetua, na produção de uma história de vida. Ela a alimenta, atuando na construção e reapropriação do si mesmo, para chegar à sua individualidade e à sua dimensão coletiva⁵⁶¹.

O esforço que se faz, pela memória, de reconstrução identitária depende das escolhas memoriais que se faz, isso é, a abordagem que se assume perante os eventos do passado, a ação efetivada sobre a identidade, no jogo entre esquecimento e lembrança.

Se a memória é "geradora" de identidade, no sentido que participa de sua construção, essa identidade, por outro lado, molda predisposições que vão levar os indivíduos a "incorporar" certos aspectos particulares do passado, a fazer escolhas memoriais [...] que dependem da representação que ele faz de sua própria identidade, construída "no interior de uma lembrança". Finalmente, não seria equivocado pensar memória e identidade como dois fenômenos distintos, um preexistente ao outro? [...] De fato, memória e identidade se entrecruzam indissociáveis, se reforçam mutuamente desde o momento de sua emergência até sua inevitável dissolução. Não há busca identitária sem memória e, inversamente, a busca memorial é sempre acompanhada de um sentimento de identidade, pelo menos individualmente⁵⁶².

Há que se diferenciar, no nível individual, três tipos possíveis de memória. Em primeiro lugar, tem-se a protomemória, aquele conjunto de saberes resistentes e compartilhados, inconscientes e automáticos, que os indivíduos praticam por hábito. Nesse caso, não há representação do passado, mas sua presença ativa no corpo do sujeito, pelo que imperceptivelmente aplica códigos sociais implícitos. Em segundo lugar, há a memória de alto nível, de reconhecimento, com o qual os indivíduos se recordam, conscientemente ou não, de lembranças autobiográficas e de saberes, crenças, sensações. Por fim, no terceiro lugar, há metamemória: a memória reivindicada sobre o si, a ideia que os sujeitos têm sobre sua própria memória e a capacidade de falar sobre quem são, quais são seus interesses, suas histórias etc. Nessa dimensão encontra-se a construção explícita da identidade, pois os indivíduos representam suas memórias e unem-se ao passado, tomando conhecimento sobre o que se diz dela⁵⁶³.

Essa dimensão individual é completada por outra, coletiva, na qual há apenas memória de alto nível ou meta. A memória coletiva é uma representação, "um enunciado que membros de um grupo vão produzir a respeito de uma memória supostamente comum a todos os membros desse grupo"⁵⁶⁴. Tanto na dimensão individual quanto na coletiva, os sujeitos se conectam com as representações que fazem sobre suas histórias, pelo que a memória vai ser entendida como a identidade em ação⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016.

⁵⁶² CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 19.

⁵⁶³ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 23-25;

⁵⁶⁴ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 24

⁵⁶⁵ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 25.

Para Maurice Halbwachs, cada memória individual é um ponto de vista da coletiva, dependendo do local que ocupa e das relações que se formam. As lembranças precisam de pontos de contato para se constituir e os eventos deixam repercussões e traços que podem ser lembrados no interior de uma prática⁵⁶⁶.

Para que uma memória individual pudesse existir, seria necessária a constituição de um quadro social, de um grupo a que se permanece em contato. Esses quadros são reconstituídos a partir das lembranças do indivíduo e dos demais. A recordação do passado seria essa capacidade de se recolocar no grupo, pensar e se lembrar como um membro, adotando seu ponto de vista. Todo ato de memória é um contato com o outro e uma experiência recontada por várias pessoas, pelo que o passado do grupo se confunde com o passado da pessoa⁵⁶⁷.

Para Halbwachs, as memórias individual e coletiva consistem em objetos de estudo distintos. Aquela individual está presente em uma consciência ligada a um corpo, analisada em vista de seus próprios recursos; já a coletiva é uma corrente de pensamento, que retém do passado o que está vivo no conhecimento do grupo que a mantém. A partir dessa perspectiva social, e dos atos de lembrança que a proporcionam, a memória acaba por perdurar mais do que sua ligação a um corpo único e se apoia na história vivida, em que a ideia de “eu” se alarga aos limites do grupo^{568 569}.

Candau explica que há múltiplas lembranças possíveis de um mesmo acontecimento, estimuladas pelo contexto; a presença do passado no presente é complexa e vai demandar uma dimensão criativa. Isso porque as representações culturais – aquilo que se faz público pela expressão – nunca equivale às representações mentais – ao estado subjetivo – do próprio indivíduo. A memória que se protege não pode ser a memória conforme o próprio sujeito, mas aquela conforme as pessoas que interpretam as representações públicas disponíveis⁵⁷⁰. Essa lembrança dos acontecimentos pode ser compartilhada, mas sempre diferirá em proporção maior ou menor daquelas do próprio indivíduo ou dos demais membros da comunidade, em

⁵⁶⁶ HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990. Ed. Digital.

⁵⁶⁷ “A idéia que representamos mais facilmente, composta de elementos tão pessoais e particulares quanto o quisermos, é a idéia que os outros fazem de nós; e os acontecimentos de nossa vida que estão sempre mais presentes são também os mais gravados na memória dos grupos mais chegados a nós. [...] [E] é por podermos nos apoiar na memória dos outros que somos capazes, a qualquer momento, e quando quisermos, de lembrá-los.” HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990. Ed. Digital.

⁵⁶⁸ As lembranças são o que proporcionam uma reintegração no espaço e no tempo, uma forma de entendimento em comum. Nesse sentido, Halbwachs define a lembrança como uma reconstrução do passado a partir do presente. HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990. Ed. Digital.

⁵⁶⁹ Candau apresenta uma crítica à ideia de memória coletiva como um conjunto de lembranças comuns a um grupo. Embora os indivíduos não criem suas identidades em independência, pois há compartilhamento de produção de significações, na memória que se expressa sempre há um resquício que não é compartilhado. CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016.

⁵⁷⁰ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 31-34.

vista de suas histórias pessoais. Diferencia-se, com isso, as representações factuais das semânticas: é possível que uma mesma comunidade compartilhe entendimentos quanto à existência de fatos concretos, mas a probabilidade de uma representação de idênticos sentidos atribuídos a esses fatos é menor em contextos de grande difusão social⁵⁷¹.

A memória coletiva somente poderia ser construída se certos estados mentais pudessem ser, em alguma medida, compartilhados por grupos sociais, de maior ou menor escala, e isso ocorre quando as memórias individuais se abrem umas às outras, visando objetivos comuns e tendo o mesmo horizonte⁵⁷². Ou seja, a formação de um contexto semântico comum de identidade não se efetiva no nível da representação mental, mas principalmente naquela dimensão coletiva pela qual se pode apoiar nas memórias que os outros fazem. A lembrança individual, com isso, perdeu seu caráter isolado, e a memória social/coletiva funciona como uma regulação dos quadros pelos quais as memórias dos outros se apoiam mutuamente, em abertura ao contato com as variadas memórias individuais⁵⁷³.

O trabalho que se faz sobre a memória não é individual, pois se compõe dos quadros sociais: a memória de um indivíduo (e sobre um indivíduo) é transformada pela visão do presente, do momento em que o ato de memória se efetiva. Os sujeitos contemporâneos e os eventos atuais informam a voz narrativa⁵⁷⁴.

Nesse sentido, Candau explica que a imagem construída a partir do passado se dá em vista dos elementos do momento da evocação, em torno de certos sentidos estáveis que podem ser conservados e configuram um núcleo memorial. A mobilização do passado, feita pelos atos de memória, não visa reconstituir uma imagem fiel da coisa lembrada, e sim construir um passado outro, entre a história e a ficção, que é dotado de toda a trajetória de vida desenvolvida até então⁵⁷⁵, evidenciando “essa aptidão especificamente humana que consiste em dominar o próprio passado para inventariar não o vivido [...], mas o que fica do vivido”⁵⁷⁶.

Todo ato memorial tem, com isso, uma dimensão teleológica, pois a recordação se faz integrando o futuro a esse passado no tempo presente. Organiza-se o passado na busca de uma imagem satisfatória, em função de objetivos e relações existentes no agora. E essa conduta de colocar em ordem os acontecimentos significativos denota uma estratégia identitária.

⁵⁷¹ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 37.

⁵⁷² CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 48;

⁵⁷³ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 49-50.

⁵⁷⁴ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 77-78.

⁵⁷⁵ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 67-77.

⁵⁷⁶ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 71.

Já que a identidade não pode ser totalmente lembrada, visto que a memória é feita de lembranças e de esquecimentos, o que pode estar presente é apenas uma arte de sua narração, na tentativa de evitar o desaparecimento. Na recordação, justifica-se a trajetória de vida de uma pessoa específica: a identidade, para que conte como uma vida que tenha valido a pena e que merece ser recordada, depende da memória que se faz dela, o que é essencial para a reconstrução posterior do sujeito em termos de narrativa⁵⁷⁷.

Produzindo esse passado composto e recomposto, o trabalho complexo da memória autobiográfica objetiva construir um mundo relativamente estável, verossímil e previsível, no qual os desejos e projetos de vida adquiram sentido e a sucessão de episódios biográficos perde seu caráter aleatório e desordenado para se integrar em um *continuum* o mais lógico possível [...] Além disso, o fato de dotar de coerência sua trajetória de vida satisfaz uma preocupação que podemos qualificar como estética: permite ao narrador transformar a seus próprios olhos a narrativa de si próprio em uma "bela história", quer dizer, uma vida completa, rica em experiências de toda natureza. Nesse sentido, todo aquele que recorda domestica o passado e, sobretudo, dele se apropria, incorpora e coloca sua marca em uma espécie de selo memorial que atua como significante da identidade⁵⁷⁸.

O trabalho de memória é o trabalho sobre a identidade, construindo de novo aquilo que se acredita ser uma totalidade de vida criativamente reapropriada. Pelos atos memoriais que se fazem (sobre) uma história, há uma organização total da experiência. O discurso sobre a identidade toma a forma de uma narrativa realizada pela memória, em que se pode construir uma verdade sobre o sujeito.

Assim, é por um trabalho de recordação e de lembrança que o sujeito pode se perpetuar e sua realidade pode ser apreendida pelos demais. Com a memória, toma-se consciência, no presente, do sujeito que lembra e do sujeito que é lembrado, pelo viés daqueles que realizam a prática de dar sentido aos acontecimentos de uma vida.

A comunicação de sentidos por meio de atos da memória não pode assumir um viés passivo, como mera transmissão do passado. Há, na realidade, uma maneira de fazer a identidade algo vivo, um modo de estar no mundo.

Isso se dá também em relação à memória que se faz do morto, para Candau, posto a sua presença nas manifestações de lembrança contemporâneas demonstra uma preocupação não só com o que se faz de sua vida, como também como ela impacta o mundo dos vivos.

Se Comte considerava que o culto aos mortos era o fundamento mesmo das sociedades, se Halbwachs confere a isso o poder de aproximar os laços familiares, se em Minot isso tem por efeito "consolidar o grupo", se a perda da memória dos mortos era percebida como uma ameaça na comunidade monástica medieval, é porque a

⁵⁷⁷ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016.

⁵⁷⁸ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 73-74. Apoiando-se em Paul Ricoeur, o autor entende que o ato de narração é o princípio pelo qual não se repete a história, mas a cria.

memória dos mortos é um recurso essencial para a identidade mesmo. O monumento aos mortos, e, mais ainda, o cenotáfio ou a tumba do soldado desconhecido que faz com que o trabalho da memória se realize plenamente, chama a atenção "sobre um fato digno de ser evocado por uma comunidade que ele contribui para unir"⁵⁷⁹.

Ressalta-se a necessidade de cumprir certos deveres de memória, para que a identidade possa ser mantida⁵⁸⁰. Pode-se falar no dever de recordação/lembrança, para que o sujeito [a ser lembrado] não se torne vazio na sua ausência e, com isso, desapareça; e no dever de respeito à reconstrução que se faz da identidade, não podendo estar desvincilhada de certas representações sedimentadas.

No entanto, há também a possibilidade de construção de deveres de esquecimento, enquanto um campo de construção de novos sentidos. Esquecer-se faz parte do jogo identitário e evita os abusos da memória, pois novas identidades somente surgem com certas potências que advêm do esquecimento⁵⁸¹. Falar de memória de um sujeito é, portanto, equacioná-la na dimensão da lembrança e do esquecimento.

A memória, em sua dimensão teleológica, guarda fortes relações com a prática jurídica, que também implica em decisões seletivas quanto àquilo que deve ser valorizado e, com isso, mantido de forma presente na sociedade. Conforme explica Stephan Kirste, o Direito realiza uma contribuição à memória cultural e tem, dessa forma, uma função memorial. Ao lidar ativamente com o passado, no processo de criação jurídica, decide-se sobre sua duração como norma e sobre sua influência na prática⁵⁸². A memória poderia então ser dotada de uma forma jurídica, pelo que se permite conferir à lembrança e ao esquecimento uma forma coercitiva.

O Direito possui uma função de sincronização, pois sua autonomia frente às outras formas de comunicação social consegue causar, com grande intensidade, um efeito normativo de lembrança ou esquecimento. E a formação de uma memória jurídica, no interior de seu sistema positivo, perpassa o controle que tem sobre a relevância normativa do passado, transformando o conceito de memória cultural em uma unidade funcional controlável⁵⁸³.

Para Kirste, a memória, além de uma capacidade psíquica individual, também pode ser vista como um conceito sistêmico, como disponibilidade, por meios discursivos, de

⁵⁷⁹ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 145.

⁵⁸⁰ CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 126.

⁵⁸¹ Candau ressalta que o esquecimento faz parte da experiência de tomar consciência da perda que advém da morte de uma pessoa. Ele cita o caso do povo manouche, em que esquecer do morto é respeitar a singularidade que uma memória poderia alterar. CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016. p. 129.

⁵⁸² KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343.

⁵⁸³ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 322-323.

informações relevantes, na escolha entre lembrar e esquecer⁵⁸⁴. Individualmente, tem um caráter instável e fragmentado, por não poder transmitir a subjetividade que lhe é inerente, sendo completada por uma dimensão coletiva (de construtividade por meio de simbolizações e práticas) e cultural – em grupos ou sociedades maiores, com perspectiva de longo prazo –, apropriando-se de mídias e instituições⁵⁸⁵.

Não age só na perspectiva da apreensão, mas da organização de dados do sistema social que lhe integra. E, ao adequar tais dados, o passado se torna atualizado pela apresentação que dele se faz, em que sempre há alternativas e estratégias distintas. Com isso, se pode influenciar normativamente as realizações da memória⁵⁸⁶.

Por repousar em decisões sobre lembrar e esquecer, a memória social pode ser coordenada a partir de atividades de memória normativamente acessíveis pelo Direito. O passado não é apenas aceito, mas vinculado de forma seletiva, cunhado na forma de alternativas de ações preferenciais⁵⁸⁷. A atualidade do passado depende da seleção jurídica que é realizada, e certo(s) modelo(s) de futuro(s) é(são) criado(s) a partir das decisões sobre as ofertas de ações que são determinadas.

No sistema jurídico – Direito aqui entendido como sistema normativo positivado, não como sistema de comunicação – a atualidade do passado depende da seleção jurídica através de legislação e sua aplicação. Da mesma forma, coerção do Direito significa que ação futura depende desse passado selecionado. O Direito reconstrói o passado, avalia sua relevância e a necessidade de continuar a dar-lhe validade com coerção normativa. [...] Faz parte, portanto, das características da estrutura do Direito no trato com o passado o fato de relacionar-se com ele de forma seletiva. Essa seleção é cunhada por decisões de valor no momento da aprovação da lei e, também, de sua aplicação⁵⁸⁸.

Estabiliza-se, com isso, certos conteúdos normativos, e as discussões de valor são gravadas na coletividade. Nessa equação apresenta-se a lembrança, enquanto forma coercitiva do que deve ser feito, pela manutenção de um objeto a ser mantido, e o esquecimento, que cria um espaço livre de ação, permitindo que se aja livremente sem vinculação a um certo

⁵⁸⁴ A definição do autor: “capacidade de ter à disposição informações com base em uma decisão entre lembrar e esquecer, utilizados certos meios (mídia)” KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 328.

⁵⁸⁵ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 324.

⁵⁸⁶ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343.

⁵⁸⁷ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343.

⁵⁸⁸ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 334.

passado⁵⁸⁹. O resultado do esquecimento e da lembrança, dentro desse sistema, é a influência sobre decisões valorativas, sobre aquilo que deve ou não ser mantido como estava, sobre a possibilidade de liberar os indivíduos para agir da forma como bem entenderem⁵⁹⁰.

Nessa perspectiva, o Direito também tem uma função de “superar” o passado, escolhendo e descrevendo o que dele é relevante⁵⁹¹. Pela seleção decisória, com consequências e alternativas abertas, o passado pode ser construído de forma estável, o que leva Kirste a concluir que o Direito, na dimensão da memória, trabalha com o passado pela unidade funcional da lembrança/esquecimento⁵⁹².

O Direito contribui para a formação de uma memória cultural pela seleção e estabilização que proporciona, controlando sua relevância jurídica e se tornando um conceito intrínseco, o que implica decisões sobre aquilo que deve ser protegido e sobre as (não) liberdades de ação em seu interior. E isso em vista de suas funções memoriais, que incluem em sua forma jurídica as contribuições que a memória – individual, do próprio sujeito; coletiva, dos sujeitos uns sobre os outros; cultural, das instituições e mídias sobre si e sobre os sujeitos – pode fornecer⁵⁹³.

François Ost, por sua vez, vê o fenômeno jurídico como uma forma de temporalizar o social. Pela norma jurídica, tem-se um tempo que é carregado de sentido instituinte, pelo que a função do jurídico é, performativamente, dar as marcas sociais para identidade e autonomia⁵⁹⁴.

Uma das instituições jurídicas que traz um tempo portador de sentido é a memória, uma construção social/objeto jurídico que é interior à própria prática. Uma das funções primárias da prática jurídica seria registrar a lembrança dos acontecimentos que importaram e ainda importam, sendo capazes de dar uma direção às vidas dos sujeitos⁵⁹⁵.

Isso ocorre em vista de quatro paradoxos sobre a ação da memória. O primeiro deles é que essa se forma de modo social e não individual. As lembranças somente podem se exprimir por termos emprestados, tomados da comunidade afetiva da qual se adota o ponto de vista. O

⁵⁸⁹ Para Kirste, apoiado em Nietzsche, o esquecimento libera capacidades de assimilação de informação para o sistema. A perspectiva do novo, do não vinculado, da concentração sobre as possibilidades do sujeito, se dá a partir do esquecimento. KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 326-335.

⁵⁹⁰ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343.

⁵⁹¹ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 337

⁵⁹² KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343. p. 339

⁵⁹³ KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343.

⁵⁹⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

⁵⁹⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 49.

segundo diz respeito à sua operação: somente se dá a partir do presente, e não do passado; na memória tem-se uma reinterpretação coletiva dos dados que são alimentados por sedimentações de sentido. A retenção que a memória possibilita é uma reconstrução normativa e não uma recuperação genuína. Isso é complementado pelo terceiro paradoxo, pelo qual a memória é uma disposição ativa (depende de atos voluntários), e não passiva espontânea, e o quarto, em que, em razão de sua função estruturante da realidade, ao decidir sobre aquilo que deve ser dado prevalência, a memória pressupõe ao mesmo tempo a lembrança e o esquecimento⁵⁹⁶.

O que deve ser esquecido e o que deve ser lembrado se dão na medida necessária, pelo que o Direito se torna uma tradição, composta de sedimentações sucessivas, que garantem a existência de identidades históricas. Ao agir dessa forma, a prática jurídica protege as informações relevantes, permitindo o desenvolvimento das vidas a partir de uma memória comum. Por instituir o tempo, define o jogo por meio do qual as ações humanas são interpretadas, as orientações pelas quais as pessoas e os valores se inserem numa prática temporalizada de exercer memória social autorizada⁵⁹⁷.

As pessoas a quem o Direito temporaliza são aquelas inscritas em seu jogo, de formas compatíveis com suas possibilidades no presente. É o caso, por exemplo, da inserção do morto na proteção jurídica:

No momento em que as pessoas mortas não são mais sujeitos de direito, o direito positivo atribui, no entanto, um estatuto jurídico aos defuntos ao mesmo tempo que protege de diversas formas a lembrança de sua personalidade; ora se trata de garantir, através das incriminações penais, o respeito devido aos restos mortais, ora ações de responsabilidade civil protegendo *post mortem* a honra e a reputação do defunto, ora ainda assegurando a boa execução das vontades da pessoa morta, no que diz respeito às modalidades de seus funerais ou à transmissão de seus bens, principalmente⁵⁹⁸.

E isso é possível porque, para o jurídico, o presente se dá em vista de cada caso, em que se sugere a sua verdade, por meio da reapropriação e da redescoberta das narrativas. Os passados são (re)compostos e as memórias seletivas, compondo uma certa base compartilhada. Por trabalhar com a continuidade e a repetição, essa atividade de reescrita é permitida com certos limites, pois deve ser feita com base na memória compartilhada, sem a qual não haveria pretensões de identidade e perenidade⁵⁹⁹.

Nessa performance, há um esforço de memória que opõe resistência ao tempo, na forma da comemoração e rememoração do passado – lembrar e esquecer conforme relevante.

⁵⁹⁶ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 57-60.

⁵⁹⁷ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

⁵⁹⁸ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 88-89.

⁵⁹⁹ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 42

É dado sentido jurídico àquilo que ocorreu em vista dos valores daqueles que atuam concretamente no momento atual. É nesses termos que se pode falar de políticas memoriais, escolhas sobre o que deve valer via direitos, o que deve ser instituído via recordação e o que pode ser esquecido para a construção de liberdades futuras⁶⁰⁰.

É no campo jurídico que surge essa perspectiva intergeracional, em que as ações do passado e do presente são integradas e voltadas para o futuro, para a tarefa que se assume frente aos objetivos que se tem. Para Ost, deve-se falar em uma ótica da responsabilidade, de uma geração que assume responsabilidades [jurídicas] sobre a outra por meio da transmissão dos dados que são reconstituídos⁶⁰¹.

Nessa estratégia de assimilação, as (não) liberdades de ação das pessoas inseridas no jogo jurídico se dão em vista de quem elas foram e de quem continuarão sendo, conforme as identidades que constroem constantemente. E uma forma jurídica que institui socialmente esse jogo é a ideia de memória.

Conecta-se esse raciocínio com as três facetas do conceito de memória, trabalhadas por Daniel Vieira Sarapu. A primeira é a percepção de que a memória é uma conexão do indivíduo com sua temporalidade, uma propriedade por meio da qual se interligam as dimensões temporais sem privilegiar qualquer uma delas. Nessa relação de equilíbrio, a lembrança e o esquecimento agem para manter a informação que será utilizada para o futuro, descartando tudo que é desnecessário sobre o passado. A memória é o resultado dessa equação de pertinência e relevância sobre os dados que informam a ação presente⁶⁰². Isso se dá, por exemplo, com a memória biológica, que atualiza a experiência individual, presentificando as lembranças e habilidades advindas do passado. Só há na memória as informações disponíveis para a ação relevante atual. O que também é o caso conforme a teoria dos sistemas: a memória da sociedade exerce função comunicativa da experiência marcante, separando presente e passado. O

⁶⁰⁰ Referida postura deve englobar, dentro de si, tanto políticas de memória quanto políticas de esquecimento. OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

⁶⁰¹ "Uma vez que herdamos do passado instituições justas mas perfectíveis, um meio natural diversificado, mas sempre na expectativa de invenção, um patrimônio cultural insondável, mas sempre no aguardo de interpretação, resta-nos transmitir este dado para reconstruí-lo sem cessar - esta é a nossa responsabilidade [...] Uma palavra do poeta René Char esclarece esta responsabilidade: 'nossa herança não é precedida por nenhum testamento'. [...] Uma 'herança sem testamento', eis aí todo o tempo, e a responsabilidade igualmente. A herança, ou a necessária ligação do passado com o futuro; a ausência de testamento, ou a força de reinventar-lhe o sentido." OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 408-409.

⁶⁰² SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 213.

esquecimento não permite o acúmulo de comunicações irrelevantes, tornando a memória o campo do possível, uma realidade construída que condiciona as liberdades de agir⁶⁰³.

Uma segunda função é a de constituição da identidade individual, na medida em que o conjunto de lembranças define as bases das individualidades presentes na coletividade. Na formação identitária por meio das reminiscências compartilhadas, os sujeitos se inserem numa tradição de valores, com histórias, eventos e sentimentos comuns, proporcionando uma disposição de respeito para com o próximo que partilha da memória social⁶⁰⁴. Nas particularidades das vivências passadas, reativadas pela recordação, encontram-se marcos de referência sobre o “quem” [ipse] da pessoa e em que medida ela é única em relação ao grupo.

E, ainda, a terceira função, pela qual os relatos do passado são dispostos por traços a serem contados. A memória é uma disposição da experiência por via narrativa, que tem a mesma duração que a própria existência do sujeito narrado, uma síntese do passado mediada pela trama ordenadora dos fatos e episódios selecionados e relevantes⁶⁰⁵.

[A] memória consiste não apenas nas funções de acesso e registro da experiência do passado, mas também em sua organização. Para tanto, a memória emprega a seleção e o esquecimento dos episódios pretéritos a fim de construir uma trama que enlaça os eventos dignos de recordação e condena ao limbo da extinção ou mesmo do completo esquecimento aqueles considerados irrelevantes ou traumáticos - isto é, capazes de gerar uma paralisia na dinâmica evolutiva do sujeito⁶⁰⁶.

A partir disso, tem-se a memória como uma forma de organizar a experiência humana, em conexão com a temporalidade, formulando um conceito apropriado aos sujeitos quanto às suas próprias identidades. O indivíduo que é memorializado, por esse conteúdo decantado que advém do lembrar e do esquecer, é uma pessoa com identidade, formulada através do entendimento narrativo de sua história, a qual os demais membros da comunidade também contribuem para formar.

Conforme indica Daniel Vieira Sarapu, o que resta após as operações da memória é um conteúdo relevante, que informa sobre como as pessoas devem tomar ações e viver suas vidas, na linha de seus projetos pessoais e do tipo de relações que gostariam de ter umas com as outras⁶⁰⁷.

⁶⁰³ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁶⁰⁴ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 214.

⁶⁰⁵ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 214.

⁶⁰⁶ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 277.

⁶⁰⁷ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

Pode-se concluir, nesse momento, que um ato de memória é um ato de proteção de uma informação relevante, que diz respeito às identidades dos sujeitos envolvidos nesse fazer memorial/narrativo. O que traz, ante as funções memoriais do Direito, uma memória jurídica dos sujeitos a serem resguardados⁶⁰⁸. Os impactos que uma proteção da pessoa falecida deve exercer no campo jurídico podem ser melhor entendidos a partir da caracterização do dever jurídico e da responsabilidade – no sentido de Ost – que é passada para o campo dos vivos, que efetivamente realizam atos de lembrança e, também, de esquecimento, na medida em que são liberados para certas ações não vinculadas à memória formada.

Um autor que trabalha nessa perspectiva é Jeffrey Blustein, que parte em sua obra de uma concepção fenomenológica da lembrança, entendida a partir da prática de lembrar que é sentida como sendo não opcional para quem a efetiva, em vista de uma série de intuições morais sobre a necessidade de se reter na memória e sobre o dever de não se esquecer⁶⁰⁹.

Assim, essa prática, de forma pública ou privada, pode ser entendida não apenas como uma escolha pessoal ou coletiva, mas como imperativo de memória, que surge pela persistência da responsabilidade moral sobre condutas no tempo, tornando pessoas individual e coletivamente obrigadas a fazer esforços para guardar o passado e preservar os traços que dele se têm⁶¹⁰.

O papel da memória justifica-se parcialmente no fato de que os sujeitos devem agir com base nas responsabilidades que têm sobre a lembrança, por isso ser constitutivo e instrumental à tomada de responsabilidade sobre o passado, o que deve ser feito. Tomar responsabilidade sobre o passado é assumir os encargos sobre a lembrança que se faz⁶¹¹. A responsabilidade sobre aspectos de um passado é importante para se obter um sentido profundo sobre as atitudes e inclinações de quem se lembra e de quem se é lembrado. Gera-se (auto)conhecimento, percebe-se o si como tendo uma história a qual exerceu controle.

Somente é possível tomar responsabilidade se o passado é lembrado, e aqueles que são responsáveis têm o dever de lembrar, seja pela obrigação de corrigir erros passados, seja pelo

⁶⁰⁸ Acerca desse conceito de memória jurídica, Daniel Vieira Sarapu o percebe inicialmente na capacidade do direito se conectar com a temporalidade, por meio da análise das consistências de comunicação sobre a realidade temporal do sistema social que deve adentrar no código jurídico. Em sequência, a memória jurídica também é a tarefa do direito de, por meio normativo, preservar tradições sociais que formam a base do convívio em comum, bem como de representar a memória social que mantém reforçada uma identidade coletiva. Essa memória se expressa na objetivação do direito em formas culturais, que dizem sobre um passado em comum. O autor conclui: “a memória jurídica seria a metanarrativa que possibilita a organização da experiência jurídica em uma estrutura narrativa que possibilita ao intérprete uma compreensão temporal de sua atividade”. SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: Uma Compreensão Temporal do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 278.

⁶⁰⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶¹⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 29-33

⁶¹¹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

dever de cumprir promessas e compromissos feitos. E essas obrigações têm tanto a ver com o passado pessoal – a pessoa em vista de seu próprio passado – quanto com o passado coletivo – o passado compartilhado pelas pessoas de um grupo⁶¹².

A conexão entre memória e obrigação também perpassa a noção de identidade individual e coletiva, em vista da importância das obrigações, inclusive as de lembrança, para sua constituição. Há interesse em se identificar o que contribuiu significativamente para definir uma vida, na perspectiva da própria pessoa e na dos outros, no sentido do que foi feito, das relações que se criou, dos bens que se deteve, dos projetos que explicam seus atos e das considerações do meio sobre o si mesmo que foi vivido⁶¹³.

E a identidade coletiva encontra-se naquele tipo de identidade sobre o “nós”, e não sobre o “eu e você”. A ideia de identidade de um grupo não exige, com isso, grandes arquétipos gerais da sociedade, sendo possível falar em memória coletiva e identidade do grupo quando esteja presente uma atitude relativa ao “nós”. Em Blustein, a identidade tem uma significação ética, o que a vincula ao conceito de obrigação. Isso por possuir um sentido descritivo e normativo: além de dizer sobre as características que moldam e condicionam alguém, também é fonte de valores que são internos à posse de uma determinada identidade e que são explicados por ela⁶¹⁴.

A identidade tem normatividade na medida em que é internamente conectada aos valores e às obrigações que dela decorrem. Por estabelecerem certos limites e invocarem dimensões de compromisso e vínculos, dando contornos normativos particulares às vidas, os deveres constituem certa identidade pessoal em grau que até os direitos não conseguem⁶¹⁵.

Obrigações são internamente relacionadas às identidades, mas somente em relação àqueles deveres que fornecem boas razões para a organização de uma vida. A responsabilidade advém de uma identidade prática: uma concepção do si e do outro em que se vê uma vida como algo valoroso e as ações como dignas de comemoração. Nessa identidade normativa, as razões para sua existência expressam sua identidade e o que esta não permite (suas restrições) tem a forma de deveres⁶¹⁶.

Aquilo do qual se lembra assume também função normativa. As obrigações advindas da identidade são obrigações de lembrar sobre aquele passado que é internamente ligado à

⁶¹² BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶¹³ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 43.

⁶¹⁴ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 44.

⁶¹⁵ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 46.

⁶¹⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 46.

forma pela qual a identidade se constrói⁶¹⁷. É dizer, a significância ética e moral da memória está correlacionada com a existência de obrigações para com a identidade que é por elas formada.

Como e o quê lembramos parcialmente determina quem nós somos, e quem somos é normativo para nós, isso é, um fundo para valores e obrigações de vários tipos. Aqui o significado normativo da memória consiste em seu relacionamento com quaisquer valores e obrigações específicos que podem plausivelmente ser construídos como ingredientes de uma identidade particular. [...] [L]embrar de certos eventos ou episódios ou pessoas se encontra, em si mesmo, dentre as obrigações que são explicadas como surgindo de uma identidade que é antecedentemente moldada de diversas formas pela memória⁶¹⁸. (tradução livre)

As responsabilidades que são advindas da importância da identidade pessoal e coletiva demandam que o passado seja tratado da maneira que merece, pelo que uma memória verdadeira a ser perpetuada é uma de suas facetas. Assim, não se deve ignorar, reprimir, falsificar, negar ou dissociar o passado, estando-se aberto às formas pelas quais se deve interpretar as ações, os episódios, o caráter, tudo que de alguma forma implicaria agência dos sujeitos⁶¹⁹.

Na tomada de responsabilidade, o passado é alterado, sendo construído um novo sentido quanto às ações ocorridas e fazendo-o estar em uma relação distinta com o presente. Ainda que detenha múltiplas configurações, não se negam pretensões de veracidade, uma vez que faz parte de uma construção comum. A história de um sujeito não é exclusiva dele, mas depende das percepções memoriais dos outros com quem teve contato; a responsabilidade sobre o passado, pela lembrança, se dá no *framework* de uma memória coletiva⁶²⁰.

Para que isso seja feito, deve-se também se apropriar do passado, tê-lo como próprio e conectado através do tempo. Ver a parcela de si que há na história, perceber certos projetos estáveis e coerentes que definem a vida, experimentar o passado e sentir a verdade dele, se engajar e estender sua agência.

Somada a essa atitude de apropriação, haveria também a de tematização, pela qual se identificam temas e se traçam conexões do passado com o presente, organizando os eventos de forma significativa. Nisso, a forma pela qual alguém persiste com sentido depende da percepção

⁶¹⁷ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 49.

⁶¹⁸ No original: “*How and what we remember partly determine who we are, and who we are is normative for us, that is, a ground of values and obligations of various sorts. Here memory’s normative significance consists in its relationship to whatever specific values and obligations can plausibly be construed as ingredients of a particular identity [...] remembrance of certain events or episodes or persons is itself among the obligations that are explained as arising from an identity that is antecedently shaped in diverse ways by memory*”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 48-49.

⁶¹⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶²⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

de como certos temas informam a experiência atual, o que é feito ao contar histórias com coerência de desenvolvimento para com os elementos da vida⁶²¹.

A partir disso, nota-se como os vivos tematizam o morto ao realizar sua própria tematização, proporcionando a união com suas vidas presentes. E isso é possível pela memória, o passo inicial para a responsabilidade sobre os falecidos. Não se pode falar apenas em lembrança, mas em uma tomada de responsabilidade sobre o fato de se lembrar⁶²². A memória não é apenas memória, mas dever de memória, dever sobre o passado que se torna acessível.

Blustein entende que a memória, quando relativa às identidades coletivas, cumpre um papel simbólico de resistência à injustiça ocasionada pelo esquecimento e outras manifestações lesivas. Para o autor, referidas identidades são constituídas por narrativas históricas que conectam intergeracionalmente os sujeitos envolvidos, nas perspectivas de quem é lembrado, de quem se lembra e de quem comete certas injustiças⁶²³.

Abordando a questão a partir do exemplo de injustiças históricas, isso é, lesões que foram cometidas no passado a grupos definidos, Blustein antevê a existência de *entitlements* (titularidades) pelos descendentes, e a compensação que é por eles recebida é algo devido ao grupo da qual participam e somente porque ainda participam dessa comunidade⁶²⁴.

O argumento dos *entitlements* dos descendentes pode ser estendido às lesões que ocorrem não apenas em um passado histórico, mas referentes aos sujeitos históricos e narrativos que fazem parte do coletivo atual. A demanda de lembrança é também legitimada como uma demanda por reconhecimento das identidades e histórias do grupo⁶²⁵, pelo que se requer que injustiças, públicas ou privadas, sejam (re)vistas em atitudes memoriais. A lembrança seria devida aos descendentes vivos, pois o grupo tem direito de ter o seu próprio passado validado socialmente.

E a identidade que é formada na narrativa corresponde tanto aos contributos realizados pelo próprio sujeito falecido, no ato de se narrar, como dos demais que recebem e contribuem para a produção dessa obra de vida. Os descendentes vivos, ao realizar uma proteção da memória contra danos causados à reconstrução de uma narrativa específica, protegem ao mesmo tempo o sujeito lembrado e as suas leituras a respeito de suas identidades. A validação do passado – na forma da proteção contra injustiças e danos – é, ao mesmo tempo, um ato que

⁶²¹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 75-77.

⁶²² BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 103.

⁶²³ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 158.

⁶²⁴ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 161.

⁶²⁵ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 163.

informa sobre a pessoa falecida e sobre as pessoas atuais. Assim, o reconhecimento devido demanda assegurar ao grupo atual um entendimento de sua história que sustente seu valor e o sentido coletivo de suas identidades, o que implica na proteção dos sujeitos que a compõem, tanto passados quanto presentes⁶²⁶.

Porque a lembrança cumpre uma demanda por reconhecimento, é um projeto que por sua natureza requer outros, e deve ser engajada conjuntamente pelos descendentes bem como por aqueles que devem ou estão tomando responsabilidades pelos erros no passado. Fazer da lembrança um projeto coletivo é um jeito de publicamente reconhecer e afirmar o valor e significado que o passado de um grupo tem para um grupo, e porque a concepção que o grupo tem de si é entrelaçado com o entendimento que tem de sua história, ao reconhecer e afirmar a identidade coletiva do grupo. Representa o compromisso daqueles que herdaram o legado da responsabilidade de, nos termos de Waldron, “respeitar e ajudar a sustentar um sentido dignificado de identidade-em-memória para as pessoas afetadas”⁶²⁷. (tradução livre)

Os atos de não reconhecimento são propriamente entendidos enquanto danos, na medida em que não permitem ao grupo que promove uma reconstrução de seu passado a oportunidade de ter sua história construída na forma como a entendem⁶²⁸.

Para possibilitar um entendimento do grupo sobre seu passado, ações reparativas são devidas, uma vez que simbolizam um comprometimento social em lembrar e reconhecer, de forma pública, certas injustiças para com a narrativa em questão. A reparação, que pode se dar de forma simbólica, é percebida como atos "em memória de", como demonstrações de uma lembrança coletiva⁶²⁹. Com isso, lembrar se torna uma forma de agir simbolicamente e de reconhecer identidade.

Os atos de memória, tais como os de reconhecimento e reparação, são instâncias pelas quais se percebe a existência de uma responsabilidade pela memória compartilhada, que é de

⁶²⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶²⁷ No original: “*Because remembrance fulfills a demand for recognition, it is a project that by its nature requires others, and it ought to be engaged in jointly by the descendants as well as by those who are or should be willing to take responsibility for the past wrongdoing. Making remembrance a joint project is a way of publicly recognizing and affirming the value and significance that a group’s past has for the group, and because a group’s conception of itself is bound up with its understanding of its history, of recognizing and affirming the group’s collective identity. It represents a commitment by those who have inherited the legacy of responsibility to, in Waldron’s words, ‘respect and help sustain a dignified sense of identity-in-memory for the people affected’.*” BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 164.

⁶²⁸ “[A]té mesmo grupos que não possuem desvantagens e desigualdades políticas, sociais e econômicas podem ainda, legitimamente, ter queixas nesses termos. Nós podemos usar a linguagem dos danos – como tenho feito – para descrever os efeitos de ter negado o devido reconhecimento público de seu passado”. (tradução livre). No original: “[E]ven those groups that are not disadvantaged by political, social, and economic inequalities may still have legitimate grievances on the former grounds. We can use the language of harm – as I have been doing – to describe the effects of being denied due public recognition of their past.” BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 165.

⁶²⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 166. Para Blustein, atos simbólicos podem ser compensatórios mesmo que ninguém lesado esteja vivo para ser compensado.

todos os membros da comunidade. O coletivo é responsável pela lembrança que se faz, não apenas por ter possivelmente cometido certas injustiças, mas por ter que tomar alguma atitude a respeito do dano ocorrido⁶³⁰.

No entanto, em razão da presença de responsabilidades especiais para com a lembrança de pessoas específicas, que possuem deveres memoriais mais concretos e individualizados, certos indivíduos são os mais adequados à manutenção do imperativo memorial. Para Blustein, essas obrigações seriam mais bem cumpridas por comunidades particulares, em vista de uma relação especial com os eventos e sujeitos envolvidos⁶³¹.

Assim, as pessoas que são responsáveis pelo que se faz da memória reproduzida na sociedade a respeito de alguém são aqueles que possuem uma relação interna com o sujeito lembrado, uma conexão com essa forma particular de vida a ser mantida. Em perspectiva ética, deve-se lembrar como uma forma de afirmar a relação entre pessoas específicas que possuem relacionamentos valiosos, que ajudaram e ainda ajudam a sustentar um projeto de vida, uma forma de viver.

Esses deveres pressupõem laços particulares dentre os membros de uma coletividade e, quando são cumpridos, esses laços – lações que nos mantêm unidos, não com a humanidade como um todo – são afirmados e reforçados. Especificamente, dentre esses laços, há aqueles que são constitutivos da identidade. Deveres éticos, portanto, abrangem atos memoriais que são significativos para a identidade de grupos, e cumpri-los é uma parte integral do que faz um grupo ter uma identidade coletiva que vale a pena ser mantida⁶³². (tradução livre)

Sendo justificados com base no valor de manter os relacionamentos significativos que existiam enquanto a pessoa ainda estava viva, pelas atividades memoriais, os deveres recaem sobre certas pessoas. Não apenas deveres de lembrar, mas responsabilidade sobre a proteção que se faz, na promoção de uma forma de memória e no impedimento que a história de uma pessoa seja alvo de injustiças. Tais atos de lembrança podem tomar vários modos, como uma retomada voluntária do passado, proteção contra falsidades que são cometidas a respeito de eventos, bem como reparação de danos que restaram historicamente não reconhecidos⁶³³.

Assim, enquanto a obrigação de lembrança possui uma dimensão abrangente, pelo que é devido respeito por todos nos atos de memória que são efetuados, certos sujeitos possuem

⁶³⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶³¹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 222.

⁶³² No original: “*These oughts presuppose particular ties among the members of a collective and when they are fulfilled, those ties – ties that bind us to one another, not to mankind at large – are affirmed and strengthened. Specifically, among these are ties that are identity-constituting. Ethical oughts, therefore, encompass memorial acts that are significant for the identity of groups, and fulfilling them is an integral part of a group’s having a collective identity worth sustaining*”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 228.

⁶³³ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

responsabilidades mais específicas, de zelar para que a perpetuação da memória devida seja feita da forma mais adequada. Pode-se falar, a partir disso, para Blustein, em uma ética da memória, que governa a lembrança no domínio das relações pessoais, aplicada aos deveres memoriais relativos aos sujeitos que possuem vivências sociais mais desenvolvidas⁶³⁴.

Seria o caso do dever de lembrar dos entes queridos, já falecidos, pelo que os vivos precisam se preocupar com a importância ética de perpetuar os relacionamentos, que detinham com as pessoas que foram significativas em suas vidas⁶³⁵.

No entanto, nós podemos propriamente falar em uma obrigação de lembrar dos mortos, e dos entes queridos em particular, se o ter de tal memória for atribuível a nós como uma responsabilidade, e como usualmente pensamos sobre isso, assim é possível porque tem algo que podemos fazer para lembrar e para evitar esquecer. [...] E, é claro, se nós podemos ser responsáveis por nossas memórias de diversas formas, de forma que faz sentido falar de uma obrigação de lembrar, então esquecer pode, em alguns casos, configurar uma falha moral pela qual nós podemos propriamente ser tidos como culpados^{636 637}. (tradução livre)

Para Blustein, isso pode ser feito a partir de uma ótica consequencialista, na qual a ação de lembrança é guiada pela finalidade de obter um estado positivo de bens intrínsecos ou de valores⁶³⁸. Deve-se lembrar por causa das boas consequências desse ato. Um exemplo disso seria a lembrança dos mortos que foram vítimas inocentes de injustiças históricas. Lembra-se do passado para pensar formas institucionais de evitar sua reincidência, por meio de mecanismos como a punição e o perdão. Geralmente, na ótica consequencialista, se emprega uma justificativa comunitária ou coletiva, associada a grandes injustiças; a memória é pensada como cumprimento de um dever a serviço da reconstrução social⁶³⁹.

No entanto, seria possível abordar um imperativo de lembrança a partir de uma tese expressionista, que vê certas atitudes como tendo um valor intrínseco (não vinculado ao

⁶³⁴ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶³⁵ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 245.

⁶³⁶ No original: “However, we can only properly speak about an obligation to remember the dead, and the dear departed in particular, if the having of such memories is attributable to us as our responsibility, and as we usually think about this, this is because there is something we can do to help ourselves remember and to avoid forgetting. [...] And of course, if we can be responsible for our memories in these various ways, so that it makes sense to speak about an obligation to remember, then forgetting may, in some instances, be a moral failing and one for which we can be rightly faulted”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 251-252.

⁶³⁷ Para Blustein, a lembrança se faz por três possíveis modos mnemônicos: *reminding*, em que se induz o atuante a fazer ou pensar algo que, do contrário, ele poderia esquecer de fazer, tornando a pessoa morta um ser evocado pelo atuante e referenciado por ele; *reminiscing*, uma forma não utilitária em que se lembra não dos fatos sobre a pessoa, mas sobre ela mesma, pelo que retorna na atividade e está nisso presente; *recognizing*, retomada de sentido de familiaridade na experiência, pela percepção de que certas ações estão interrelacionadas, por exemplo, com uma ação feita por outra pessoa ou em outro momento. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 248-250.

⁶³⁸ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 35.

⁶³⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

resultado). A lembrança é o foco da responsabilidade, independente do papel que traz em vista de consequências positivas ou negativas⁶⁴⁰.

Deve-se lembrar não apenas por consequências boas, mas porque certas atitudes são necessárias perante o morto, e a forma pela qual se lembra expressa uma valorização do sujeito lembrado por parte dos agentes da memória⁶⁴¹.

O argumento expressivista é mais apropriado para indivíduos particulares, visto que permite que sejam lembrados da forma como eram em vida, e não em termos generalistas, como uma instância do respeito que é devido a todos⁶⁴² ⁶⁴³. É sensível às diversas normas que podem existir a respeito das atitudes que devem ser tomadas.

Enquanto a todos o dever de respeito à sua memória é devido, o imperativo moral pode ter contornos particulares em relação a determinadas pessoas, exigindo certas posturas, como a de proteção contra danos causados. Isso porque as maneiras pelas quais as pessoas expressam a lembrança àqueles 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 comunidade⁶⁴⁴.

Nesse sentido, a maneira pela qual a pessoa é lembrada não só representa uma valorização das condutas que o falecido tinha em vida, mas uma valorização de sua pessoa como um todo, que pode ser expressa por diversos mecanismos⁶⁴⁵. Lembrar do outro é garantir que sua existência foi composta de sentido e impactou a vida daqueles que praticam o ato de lembrança; a formação da personalidade de cada um é impactada em grande medida pelas formas em que esse passado se relaciona com os projetos existenciais para o futuro, da mesma forma que a memória do outro o faz constantemente presente na vivência cotidiana.

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

⁶⁴⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 36-38

⁶⁴¹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁴² BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 264. Também há justificativas particulares, e mais argumentos de caráter consequencialista serão abordados na seção 4.2, como a noção de *affecting assurances* e *chilling effects*.

⁶⁴³ “Com respeito à lembrança do morto, em particular, uma visão expressivista se preocupa prioritariamente não com as consequências do lembrar, mas se o morto está sendo apropriadamente valorizado na forma como está sendo lembrado e no modo pelo qual nós devemos expressar essa valorização em nossas ações memoriais. (tradução livre). No original: “*With respect to remembering the dead, in particular, an expressive account concerns itself chiefly not with the consequences of remembering, but with whether the deceased are properly valued in the way we remember them and with how we should express our valuing in our memorial actions.*” BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 267

⁶⁴⁴ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁴⁵ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 269.

que, mesmo não sendo mais sujeito às experiências sensoriais, o morto ainda se encontra constituído no mundo, perpetuado pelas pessoas vivas. 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, preservando certa conexão⁶⁴⁶.

Blustein expõe três teses expressivistas que justificam a atribuição de um dever de lembrança do morto, quando aplicada aos entes queridos⁶⁴⁷. O primeiro argumento, a *rescue from insignificance view* (visão do resgate da insignificância), 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. A atribuição de significado à existência da pessoa falecida estaria em consonância com a visão normalmente adotada de que as atividades e condutas desempenhadas em vida devem ser levadas a sério e não serão simplesmente apagadas pelo passar do tempo⁶⁴⁸.

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 lembrança⁶⁴⁹.

Seria importante atribuir significado à vida de uma pessoa, o que se dá em vista da comunidade, pelo que uma ideia de reconhecimento pode ser tomada em um sentido fraco, de modo que, não obstante não se exija a validação do modo de viver, seria necessário reconhecer que a pessoa teve uma vida que vale ser recordada⁶⁵⁰, uma expressão pública e cultural de sua existência.

O resgate da insignificância é uma dimensão de respeito à memória de uma pessoa, de reafirmação do ser lembrado e de não violação de seu caráter. Nos atos de lembrança, “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”⁶⁵¹. O respeito é o conteúdo mínimo e suficiente do qual todo ato de lembrança deve ser composto.

⁶⁴⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 269

⁶⁴⁷ As três teses expressivistas, bem como as repercussões disso para uma prática jurídica, foram estudadas em outro trabalho, a qual agora se faz referência. Naquela oportunidade, a ênfase da pesquisa se deu quanto à possibilidade de construir uma argumentação sobre a aplicabilidade jurídica de tais argumentos a partir da noção de autonomia dialógica. FERREIRA, A.M.S. Da lembrança à autonomia: o dever de respeito à memória como forma de tutela da pessoa. In *Revista Brasileira de Prática Jurídica*. v. 03, p. 08-33, 2022. ISSN: 2675-7516.

⁶⁴⁸ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 270.

⁶⁴⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁵⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 271.

⁶⁵¹ 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, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 272-273.

O segundo argumento, *enduring duties view* (visão dos deveres resistentes), prevê a existência de deveres especiais das pessoas com as quais se têm relacionamentos próximos, figurando como fonte de obrigações morais de lembrança. A existência de tais deveres permite que a pessoa possa ser responsabilizada mesmo que o descumprimento de tais comandos nunca seja descoberto pelo outro. A violação do dever não é, nesses termos, sensível ao descobrimento da violação pelo lesado, visto que o dano se efetivou independente de sua consciência, como é o caso do *post mortem*⁶⁵². O dever, nesse caso, não se configuraria em um dever para com o morto, mas um dever para quem a pessoa era, quando viva, pois as razões de sua existência permanecem em vigor⁶⁵³.

Nesse sentido, os deveres que são atribuídos às pessoas vivas 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. E a morte, por si só, não retira a importância de tais deveres⁶⁵⁴.

O último argumento, a *reciprocity view* (visão da reciprocidade), é fundamentado nos interesses de indivíduos racionais que refletem sobre suas preocupações morais e sobre os laços de cooperação que tornam a vida social e política possível⁶⁵⁵. A imposição de deveres aos sucessores da comunidade é condicional à legitimidade de reconhecer que esses deveres de lembrança também foram impostos pelos seus antecessores. A ideia de reciprocidade se sustenta no fato de que a existência de uma pessoa é 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 morte⁶⁵⁶.

Surgem, com isso, desejos dirigidos à posteridade, vontades sobre o que outros devem fazer para preservar o que foi importante em vida, após a morte. E o sujeito fundamenta sua convicção de que seus desejos à posteridade serão cumpridos por um teste de reciprocidade: os

⁶⁵² BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 274.

⁶⁵³ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 274-275.

⁶⁵⁴ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁵⁵ THOMPSON, Janna. Inherited Obligations and Generational Continuity. In: *Canadian Journal of Philosophy*. Volume 29, Number 4, December 1999. p. 493-516.

⁶⁵⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 277.

desejos são legitimamente impostos a pessoas futuras se as vontades e projetos dos antecessores também sejam aceitos na mesma medida⁶⁵⁷.

Assim, o critério para a razoabilidade se baseia na legitimidade das demandas de lembrança e na existência de possíveis motivos justificáveis para as suas rejeições, que poderiam assumir 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 deve exigir, para o *post mortem*, uma postura das demais pessoas que ele entendesse como razoável de lhe serem exigidas em vida.

E 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 sucessores⁶⁵⁸. O cumprimento de tais deveres não se dá pela motivação individual do sujeito que assim teria desejado, nem pelos desejos dos vivos, mas sim por uma questão de determinação discursiva-social. A reciprocidade se dá na dimensão da promessa, da expectativa e da responsabilidade, que é construída e cumprida pelos antecessores e sucessores sucessivamente⁶⁵⁹.

A tradição de lembrança constitui um horizonte de saberes prévios compartilhados que indicam uma aceitação racionalizada pela comunidade de que é valoroso e significativo preservar a existência e a lembrança daqueles que já faleceram. Garante-se um espaço de construção pública, em que se pode racionalmente definir o escopo da proteção à memória pela via comunicativa, e um espaço de construção privada, 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. Ambos os espaços se pressupõem: a construção pública 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 os sujeitos interagem dentro das condições procedimentais estabelecidas na tradição de lembrança.

A tradição de fidelidade à lembrança faz parte de um projeto de comunidade transgeracional, estendida além do imediato ambiente pela noção de obrigações para com as gerações passadas e futuras. Obrigações geracionais não se baseiam em sentimentos, mas em

⁶⁵⁷ THOMPSON, Janna. Inherited Obligations and Generational Continuity. In: *Canadian Journal of Philosophy*. Volume 29, Number 4, December 1999. p. 493-516. p. 503.

⁶⁵⁸ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 280.

⁶⁵⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 246.

uma racionalidade advinda das próprias noções de identidade pessoal e coletiva, constituída pelas expectativas sobre os resultados das ações e ideias dos sujeitos, mesmo após suas mortes. Eventos futuros podem contar como implementações de projetos presentes⁶⁶⁰ e é possível deixar às outras gerações o cumprimento ou, pelo menos, o respeito, a planos de vida que ainda fazem sentido na ausência de um aspecto corporal.

Nossas obrigações com gerações futuras derivam de um sentido de comunidade que se alonga e se estende pelas gerações e em direção ao futuro. Parte do que constitui a comunidade transgeracional é a ideia de obrigações entre gerações. [...] Quando as pessoas se comportam de uma forma que indica mais que simples respeito às gerações passadas, parece que suas atitudes para com o passado não são apenas uma resposta à vontade assumida das gerações passadas que pessoas futuras deveriam respeitar, mas também um reconhecimento que o passado remoto é, em um sentido integral, parte de suas identidades⁶⁶¹. (tradução livre)

E o que constrói a existência de uma comunidade transgeracional é o debate sobre essas visões de mundo contidas nas identidades que persistem pelo tempo, integrando os diferentes *selves* aos diferentes momentos da vida social⁶⁶². Com a permanência da identidade, pelas obrigações geracionais que integram o indivíduo na vida em comum, preserva-se por consequência a importância do sujeito falecido.

Os três argumentos expressivistas, em conjunto, demonstrariam porque existem deveres para com os demais membros da comunidade e, em especial, com os entes queridos, que não se encerram com a morte da pessoa; pelo contrário, auxiliam na empreitada de trazer significado ao projeto de vida que este possuía. E, no contexto póstumo, fazem com que a prática de lembrança 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. 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.

A existência do dever de lembrar, na linha do resgate da insignificância, impõe aos demais a manutenção de uma atitude de valorização da pessoa mesmo após a morte, assim como

⁶⁶⁰ DE-SHALIT, Avner. *Why posterity matters*. Environmental policies and future generations. London and New York: Routledge, 1995. p. 37.

⁶⁶¹ No original: “*Our obligations to future generations derive from a sense of a community that stretches and extends over generations and into the future. Part of what the transgenerational community stands for is the idea of obligations between generations. [...] When people behave in a way that indicates more than simple respect to past generations, it seems that their attitude to the past is not only a response to the assumed will of past generations that future people should respect them and their achievements, but also an acknowledgement that the remote past is in a sense an integral part of their identities.*” DE-SHALIT, Avner. *Why posterity matters*. Environmental policies and future generations. London and New York: Routledge, 1995. p. 14-20.

⁶⁶² DE-SHALIT, Avner. *Why posterity matters*. Environmental policies and future generations. London and New York: Routledge, 1995. p. 39

merecia ser valorizada em vida. Não apenas reconhecer o sujeito, mas preservá-lo: não seria suficiente descrever quem ele foi, deve-se, na realidade, mantê-lo viva no espaço moral⁶⁶³.

Para Patrick Stokes, a preservação da pessoa falecida via memória não se dá por ela ter um direito a isso, mas sim por possuir um valor intrínseco, que é perdido no esquecimento. Seria o caso, em sua ótica, do que ocorre quando se apaga o perfil de um morto em uma rede social⁶⁶⁴. Os restos digitais seriam a forma pela qual os mortos ficam na presença dos vivos, um modo radicalmente diminuído de pessoa, que só persiste até que a memorialização pare. Mas, ao deletar essa persona virtual, o próprio morto é deletado do mundo social, perdendo, com isso, seu valor⁶⁶⁵.

Não é uma imposição que os mortos fazem aos vivos, como se tivessem um poder de agir. Pelo contrário: os falecidos dependem em muito daqueles que ficam para trás. Ao realizar atos de lembrança, os vivos dão aos mortos aquela vitalidade obrigacional necessária para manutenção de um sentido de personalidade. Assim, memorializar é manter a pessoa viva e um vício na forma da memória pode ser considerado um dano ao sujeito que é lembrado⁶⁶⁶. O que informaria toda a prática da memória é o fato de as pessoas falecidas, por si mesmas, serem merecedoras de lembrança.

Nós não lembramos dos mortos porque eles assim desejavam, ou porque eles têm um direito a ser lembrado, ou porque, do contrário, seria prejudicial ao seu bem-estar. Lembrar do morto é testemunhar. Toda recordação é um testemunho do ser e da importância de quem é lembrado. Aqui está nosso amigo: ele importa. A ênfase na pessoa morta é, aqui, a alguém com valor intrínseco, e não a um agente com direitos ou interesses. Nem sequer é sobre o interesse próprio dos vivos⁶⁶⁷. (tradução livre)

A noção de testemunho é uma importante forma de configurar os atos memoriais relativos aos falecidos, pois é uma maneira de conectar memória individual e coletiva. O ato de prestar testemunho (*bearing witness*) preserva o passado, tanto de pessoas quanto de comunidades, por consistir em um ato de registro da “voz” de alguém, de contar sua história da forma correta, o que é relevante para impedir injustiças de grande e pequena escala⁶⁶⁸.

⁶⁶³ STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 105

⁶⁶⁴ STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 105.

⁶⁶⁵ STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 107.

⁶⁶⁶ STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021.

⁶⁶⁷ No original: “*We do not remember the dead because they wanted us to, or because they have a right to be remembered, or because in so doing we serve their welfare. To remember the dead is to testify. Every recollection is a testimony to the being and importance of those we remember. Here lies our friend: she matters. The emphasis here is on the dead person as someone with intrinsic value, not as an agent with rights or interests. Nor is it about self-interest on the part of the living*”. STOKES, Patrick. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021. p. 104.

⁶⁶⁸ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 301-302.

Para Blustein, o testemunho é um modo restrito de memória, que tem a capacidade de informar sobre o sofrimento dos outros, dando lugar central à pessoa lesada, ao retratar o dano que lhe foi causado. E a testemunha, ao contar a verdade sobre o que ocorreu, não apenas cumpre com uma obrigação de lembrar face ao dano, mas de contar a verdade sobre como esse dano afeta a pessoa: há uma responsabilidade sobre a verdade⁶⁶⁹.

O testemunho é, assim, um pronunciamento perante uma audiência, prestado por uma testemunha que tem competência e autoridade para falar sobre o evento, recordando o passado e o preservando⁶⁷⁰. Uma testemunha dá evidências da verdade de seu relato, e os outros são convidados a aceitar o que foi dito.

Ricoeur vai explicar que o testemunho é uma narrativa biográfica sobre um acontecimento do passado, em dois planos: o da realidade factual do relato (descrição da cena narrada), e da autoridade declaratória da experiência do autor (sua confiabilidade)⁶⁷¹. É um trabalho restaurativo sobre um respeito que é devido ao sujeito lembrado, muito mais o cumprimento de um dever do que realização de um direito. Ao se dar atenção ao testemunho sobre os danos, afirma-se a personalidade daquele que os sofreu; de maneira similar, isso somente é possível na medida em que a audiência confia no testemunho e dá autoridade a quem o profere, justamente por ter testemunhado⁶⁷².

Em uma variedade de casos importantes, o pronunciamento daquele que presta testemunho é ou consiste parcialmente em uma demanda ou reivindicação de ser ouvido. Especificamente, é uma reivindicação ou demanda de ser ouvido como a pessoa em posse da verdade sobre o aquilo que ocorreu e o direito de falar sobre, mesmo que a audiência não queira, ou especialmente caso a audiência não queira. É uma demanda a ser ouvido porque ela é a pessoa que está testemunhando, e a razão pela qual ela se pronuncia à audiência é tida como válida depende da audiência lhe conceder autoridade para assim o fazer. [...] [N]ós afirmamos a dignidade daqueles cuja personalidade foi negada, pela violação aos seus direitos, quando damos atenção respeitosa ao testemunho sobre os danos que sofreram⁶⁷³. (tradução livre)

⁶⁶⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁷⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 305. Os três elementos do testemunho, analiticamente analisados, são: um relato prestado por i) uma testemunha com autoridade ii) perante uma audiência que iii) precisa do testemunho para evidenciar algo.

⁶⁷¹ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007. p. 172-175.

⁶⁷² RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

⁶⁷³ No original: “*In a range of important cases, the address of the one who bears witness is or partly consists in a claim or demand to be heard. Specifically, it is a claim or demand to be heard as a person in possession of the truth about what took place and the right to tell it, even if the audience does not, and perhaps especially if the audience does not, want to hear it. It is a demand to be heard because she is the one testifying, and the reason she addresses to the audience is accepted as valid only if the audience accords her the authority to make this demand. [W]e affirm the dignity of those whose personhood was denied by violations of their rights when we give respectful attention to their testimony about the wrongs they suffered*”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 306.

O testemunho é um exercício de agência interpessoal, ao demandar confiança e comunicabilidade sobre o que foi testemunhado. E a força desse ato está no fato de que não é apenas um trabalho de demonstrar evidências (como se para provocar o simples convencimento dos receptores); existe algo de relevante sobre o falante em si mesmo, que está preparado para assumir o que disse e se dispor como confiável⁶⁷⁴.

A autoridade dada ao falante para endereçar injustiças do passado deriva, em princípio, de sua experiência em primeira mão, quando se trata de uma vítima direta. Nesse caso, seria necessário adotar uma postura de humildade epistêmica frente ao relato, de presunção de veracidade a seu favor, pois quem viveu o dano tem uma posição evidencial indisponível aos demais⁶⁷⁵. As vítimas têm vantagem no relato que podem prestar, pois a habilidade de testemunhar depende de conseguir demonstrar a experiência da pessoa que sofre a injustiça.

No entanto, o testemunho não se limita às vítimas diretas, pois indivíduos e comunidades podem tomar responsabilidade de falar pelos danos aos mortos, na condição de vítimas indiretas. Nesses casos, a autoridade dos descendentes e do grupo para falar em nome de seus membros vem do significado particular da história familiar/coletiva⁶⁷⁶. Esses entes queridos sobreviventes podem continuar a memória do morto e realizar o testemunho, tanto em seus nomes próprios quanto em nome do falecido (vítima direta). Não há que se negar a dimensão de dano que afeta ambos os sujeitos envolvidos no relato indireto⁶⁷⁷.

A testemunha traz esse relato porque uma dada audiência não tem evidências e ignora a verdade sobre aquilo a qual a testemunha pode afirmar. Precisa-se de clarificação e direcionamento sobre um evento que é significativo de um ponto de vista social. O prestar testemunho é geralmente feito na promoção de algum fim externo ao próprio processo de lembrar, tal como a proteção contra injustiças. O ato é intencional e objetiva falar a verdade na medida em que se propõe a atingir um público. Por ser para uma audiência, o testemunho dos mortos pode ser um meio efetivo de abordar as injustiças sofridas pelo morto e pelos parentes, permitindo ações reparativas⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Blustein explica que, no testemunho, se confia antes no falante do que no testemunho. Com isso, a audiência é informada sobre a verdade de algo, porque é atribuído ao falante o status de autoridade sobre um assunto que precisa de evidências. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p.309-310.

⁶⁷⁵ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 312.

⁶⁷⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁶⁷⁷ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 313-314.

⁶⁷⁸ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 315-317.

Esse ato pode ser sobre algo no passado, tomando a forma da lembrança, ou pode ser sobre algo que o falante crê importante que não seja esquecido. Assim, é tanto uma forma de recordar quanto uma forma de transmitir a memória para o futuro, podendo ter como objeto ataques a interesses pessoais bem como violações, decorrentes de condutas injustificadas alheias, a um respeito devido⁶⁷⁹.

Na medida em que pode ser prestado por quem foi diretamente afetado ou por alguém que lhe era próximo, sendo recepcionado por uma audiência, o ato de prestar testemunho ajuda a moldar uma identidade coletiva. Há uma transformação de uma dimensão privada em pública, pois a pessoa é reafirmada enquanto detentora de projetos de vida perante os demais. No testemunho, a pessoa lembrada é vista como digna de respeito em iguais condições às pessoas que fazem a lembrança e que estão convivendo no contexto atual⁶⁸⁰.

Existe um valor intrínseco na própria afirmação que advém do testemunho, independente da promoção de consequências desejáveis (como bem-estar dos sobreviventes e reconstrução social). Por ser uma comunicação submetida aos ditames da veracidade, representa uma capacidade de se preocupar com a manutenção da identidade do sujeito, afetada em vista das injustiças não respondidas enquanto em vida ou que podem advir após sua morte⁶⁸¹.

Há uma expressão simbólica da posição que se assume – ao lado da pessoa lembrada. Na interessoalidade do testemunho, não apenas se preenche informações sobre o passado, mas se promove uma tentativa de fazer com que a audiência compartilhe da visão transmitida, o que pode ser a melhor estratégia quando a capacidade de impedir danos é limitada, como no caso póstumo. Colocar o falante e a audiência ao lado do respeito pela pessoa lembrada e pelo seu projeto de vida é valoroso por assegurar a dignidade daquele sujeito que, do contrário, seria silenciado, por depender da voz daqueles que estão vivos para narrar sua história⁶⁸².

No ato de memória, o outro pode ser encarregado de contar a verdade sobre um sujeito. Para Blustein, isso se efetiva por meio dos *proxys* – pessoas ou grupos que vão dar voz narrativa a quem não pode mais a efetuar por conta própria. A função desse testemunho de segunda mão diz respeito à agência e à voz (capacidade de falar sobre si mesmo) do morto – a vítima fala através da testemunha, exercendo a possibilidade (precária) de dizer sobre sua vida e reforçando

⁶⁷⁹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 327.

⁶⁸⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 324.

⁶⁸¹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 332-337.

⁶⁸² BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 340.

sua agência⁶⁸³, em conexão com as ideias de memória e identidade narrativa. No diálogo que se instaura entre testemunha e audiência, o morto é ouvido e sua posição de digno de respeito é restaurada.

A conexão entre moldar e contar a verdade, por um lado, e entre dignidade e agência moral, de outro, não somente ajuda a explicar o valor moral em prestar testemunho quanto a seu próprio sofrimento, mas também em prestar testemunho sobre o sofrimento dos outros, tanto como um ato memorial como um testemunho em nome daqueles que ainda sofrem. [...] Sem um *proxy* para contar a verdade em seu lugar, o dano (e a vítima) podem ser esquecidos por aqueles que deveriam lembrar dele (e dela) ou, se lembrado de qualquer forma, pode ser negado ou trivializado ou justificado. [...] [A]o dar voz à vítima silenciosa, o *proxy* pode ajudar a criar uma audiência receptiva a seu testemunho. [...] Contar a verdade em seu nome pode ajudar a trazer outras mudanças, como reviver projetos válidos que a vítima perseguia, mas que definharam desde sua morte, ou motivar outros a encontrar maneiras de preservar sua memória⁶⁸⁴. (tradução livre)

Não se deve desconfiar, de imediato, dessa testemunha *proxy*, pois do contrário se pode deixar o morto sem voz, e a audiência pode precisar de uma testemunha, ainda que secundária, para que a injustiça não persista e o dano seja reparado. Com isso, os representantes teriam autoridade para testemunhar mesmo sem consentimento ou transferência explícita por parte da pessoa ainda em vida, sendo importante apenas que se consiga avaliá-los como presentes/contidos na história das pessoas envolvidas⁶⁸⁵.

Assim, os representantes da linha familiar, bem como amigos próximos, conseguem entender a injustiça como também sendo sobre suas identidades, enquanto indivíduos, na medida em que constitutivas de uma história comum. As testemunhas são pessoas que têm algo a dizer a respeito da injustiça sofrida, em conexão com questões sociais e comunitárias, e afirmam, por seu ato, a dignidade de quem não pode mais falar por si e o respeito à história que é contada sobre os envolvidos: tanto o morto, como a si mesmos⁶⁸⁶. Aqueles que testemunham afirmam a importância de quem é lembrado e, conseqüentemente, dos sujeitos que fazem a lembrança, do ato de lembrar e da necessidade de não deixar o dano sem reparação.

⁶⁸³ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 342-345.

⁶⁸⁴ No original: “*The connection between shaping and telling the truth, on the one hand, and dignity and moral agency, on the other, not only helps to explain the moral value of bearing witness to one’s own suffering, but also bearing witness to the suffering of others, both as a memorial act and as testimony on behalf of those still suffering [...] Without a proxy to tell the truth on his behalf, the wrongdoing (and the victim) may be forgotten by those who ought to remember it (and him), or if remembered at all, the wrongdoing may be denied or trivialized or excused. [...] [B]y giving voice to the voiceless victim, the proxy may be able to help create such an audience for his testimony. [...] Telling the truth on his behalf can bring about other changes as well, such as reviving worthwhile projects that the victim pursued but that have languished since his death or motivating others to find ways of preserving his memory*”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 343-44.

⁶⁸⁵ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 349.

⁶⁸⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

Para esse tipo de injustiça, o dano causado à vítima original é também um dano causado aos descendentes enquanto membros de uma família particular, e no testemunho desse dano, eles também testemunham sobre seu sofrimento presente (que, é claro, constitui um tipo diferente de sofrimento do que o sofrimento da vítima original), uma resposta adequada e natural à situação. [...] A família ou comunidade tem uma história, uma história que contém injustiças, e essa história ajuda a forjar e constituir as identidades individuais e coletivas dos descendentes e sucessores das vítimas⁶⁸⁷. (tradução livre)

Como explica Ricoeur, na intercessão entre a memória individual e a coletiva, existe o plano da relação com os próximos, essas pessoas que se importam com os acontecimentos na vida do sujeito lembrado; sujeitos que contaram para o morto e com os quais ele contará, na prática da memória particular das pessoas individuais e na memória pública das comunidades. Os próximos são aqueles a quem se pode imputar a responsabilidade pelas ações do si, na aprovação de sua existência e na valoração de suas ações⁶⁸⁸.

Ao serem capazes de afirmar o ser da pessoa lembrada, na aprovação do existir em reciprocidade, o papel de memória é atribuído a esses próximos. Por isso, o testemunho se faz enquanto ato de natureza dúplice, sobre o passado do falecido e o sujeito vivo presente, pois cada testemunha fala sobre si e sobre o que (quem) narra. Esse sujeito narrador se autodesigna como presente na história e autorizado a falar sobre os sujeitos envolvidos, mostrando como sua própria história pessoal está enredada nesse conjunto de tramas⁶⁸⁹.

A memória que é atribuída a esse próximo se encontra na união entre a manutenção de suas próprias identidades e o cumprimento dos deveres de lembrança e proteção que têm para com o morto, uma instância do dever geral de respeito que lhes é devido. Como indicado anteriormente, a memória enquanto uma categoria jurídica também deve ser capaz de se apropriar, em seu interior, desses deveres de memória, pelos quais se testemunha sobre a vida do falecido, em um esforço dos vivos de convencer a comunidade sobre a importância dessa história de vida que não deve ser perdida e, acima disso, deve ser respeitada.

Nessa dimensão, a memória é o mecanismo que permite que o jurídico se aproprie do tempo social, pelo que a proteção dos sujeitos falecidos é revestida, normativamente, com a ideia de memória de sua vida e testemunho de sua existência, conforme as narrativas contadas pelos vivos que seguem sendo perpetuadas após sua morte.

⁶⁸⁷ No original: “*For this class of injustices, the wrong done to the original victim is also a wrong done to the descendants qua members of a particular family, and in testifying to that wrong, they also testify to their present suffering (a different kind of suffering than the suffering of the original victims, to be sure), which is a natural and fitting response to it [...] The family or community has a history, a history that contains injustice, and this history helps forge and constitute the identities, individual and collective, of the victims’ descendants and successors*”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 348-353.

⁶⁸⁸ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007. p. 142.

⁶⁸⁹ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007. p. 173-175.

Essa memória se dá no jogo da equação entre lembrar e esquecer, pois deve ser feita em vista de certos conteúdos que limitam a liberdade de agir dos sujeitos atuais, pela necessidade de cumprimento de certos deveres de recordação e de lembrança, mas também em consideração àquilo que deve ser esquecido, permitindo às pessoas um livre campo de definição de suas condutas.

Os sujeitos contemporâneos que promovem a recordação do falecido devem ser capazes de encontrar mecanismos apropriados para realizar esta lembrança, em continuação e proteção da prática narrativa de contar sobre a identidade deste e de suas próprias, enquanto devem encontrar ainda um campo aberto para que realizem seus próprios projetos pessoais, o que se dá na intercessão entre memória, responsabilidade e testemunho. Em vista desse campo de possibilidades, a prática jurídica deve observar em que medida a pessoa falecida deve ser lembrada e esquecida, nas proporções adequadas.

Vistas as razões pelas quais a memória é uma forma eficaz de proteger e de justificar a proteção que é devida, resta analisar, na figura dos danos póstumos, o esquema jurídico apropriado para isso.

4.2 A CATEGORIA JURÍDICA DOS DANOS PÓSTUMOS

A proteção da pessoa falecida em relação aos eventos que potencialmente a afetam após a sua morte depende da construção de uma categoria de danos que, juridicamente, seja apropriada a justificá-la. No entanto, para isso, há que se abordar novamente o aparente caráter paradoxal da situação do morto: há que se assumir a morte como o fim da capacidade de experimentar ações (ou de estar ciente daquilo que lhe diz respeito), ao mesmo tempo em que é possível entender que os eventos *post mortem* continuam a ser sobre o falecido, mesmo este não sendo afetado em sentido direto.

James Stacey Taylor é um autor que assume a visão expressa pela impossibilidade de ocorrência de danos póstumos, isso é, de lesões que ocorram a um sujeito após seu falecimento. Para o autor, a pergunta acerca da possibilidade ou não desses danos deve ser respondida tendo em vista se há como conceber que uma pessoa sofrerá um dano mesmo sendo incapaz de experimentá-lo. Em vista disso, assume como base uma teoria hedonista – o bem-estar das pessoas depende dos prazeres ou dores que podem experimentar⁶⁹⁰ – para responder de forma negativa ao questionamento.

⁶⁹⁰ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 39-51.

Taylor busca mostrar que eventos *post mortem* não podem lesar a pessoa que um dia viveu e agora está morta. O autor assevera que uma visão competente do hedonismo precisa aceitar que existe a possibilidade de que certas coisas tenham valor intrínseco e não sejam analisadas puramente pelo viés do bem-estar, isso é, indo além da qualidade das experiências⁶⁹¹.

No entanto, há que se distinguir entre o que é um dano “para” (*for*) uma pessoa, e um dano “a” (*to*) uma pessoa. Um dano “para” uma pessoa impede que exista um estado de coisas que ela valoriza independentemente de considerações acerca de sua experiência; algo é lesivo “a” uma pessoa se afeta o seu bem-estar, sua sensação de dor ou sofrimento em sentido amplo, bem como a ausência de uma sensação positiva injustificadamente ausente⁶⁹².

Quando analisada essa distinção à luz da atribuição de eventos a pessoas, seria possível esclarecer como algo pode ser um dano para uma pessoa sem que seja à pessoa. Para Taylor, portanto, para que uma pessoa sofra uma lesão (“a” um sujeito, não “para”) é necessário que cause uma experiência que é pior (ou que impeça experiências melhores) do que se o evento não tivesse ocorrido. Ou seja, mesmo as lesões a certos interesses não constituem danos até o momento em que isso afete determinadas sensações. Até então, esse desrespeito permanece apenas como um dano para a pessoa⁶⁹³. A partir disso, conclui-se que os danos póstumos não são possíveis: um evento *post mortem* nunca poderia ser um dano à pessoa, apenas para a pessoa, pois não há qualquer experiência a ser explorada⁶⁹⁴.

Enquanto tal, reivindicações de terceira-pessoa de que algo é um dano para a pessoa (por exemplo, “pobre Ricardo – ele teria ficado devastado caso soubesse que o seu bar iria fechar...”) devem ser entendidas como sendo similares a reivindicações sobre o efeito que teria tido no sujeito caso tivesse afetado suas experiências. [...] Por exemplo, quando em “Declínio e Queda”, romance de Evelyn Waugh, o guardião de Paul Pennyfeather o castigou por ter sido expulso da Universidade de Oxford, ao lhe dizer que estava feliz que seu pai (o de Paul) não viveu para ver essa desgraça, ele está dizendo que a desgraça de Paul é um dano para seu pai (isso é, é um estado de coisas que o pai de Paul teria tido como desvalioso), e que não é um dano a seu pai (isso é, ele está feliz que seu pai foi poupado dos efeitos adversos que isso teria tido em seu bem-estar)⁶⁹⁵. (tradução livre)

⁶⁹¹ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 43.

⁶⁹² TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 44.

⁶⁹³ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 44.

⁶⁹⁴ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 45.

⁶⁹⁵ No original: “As such, third-person claims that something is a harm for a person (e.g., “Poor Richard – he would have been devastated had he known The Castle pub would close...”) are to be understood as being similar to claims about the effect that it would have had upon her had it affected her experiences. [...] For example, when in Evelyn Waugh’s novel *Decline and Fall* Paul Pennyfeather’s guardian chastised him for being sent down from Oxford University by telling him that he was glad that his (Paul’s) father had not lived to witness his disgrace he is holding both that Paul’s disgrace is a harm for his father (i.e., it was a state of affairs that Paul’s father would have disvalued in itself), and that it is not a harm to his father (i.e., he is glad that his father was spared the adverse effect that this would have had on his well-being).” TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 44.

O autor não nega que o não cumprimento póstumo de projetos do falecido pode causar sentimentos negativos para seus familiares e entes queridos, e nem mesmo que o morto, quando vivo, seria adversamente afetado caso soubesse das lesões futuras a seus interesses. Para ele, todavia, é suficiente demonstrar que o falecido em si não sofre danos, pois estes eventos não têm como afetar seu bem-estar⁶⁹⁶.

Dando sequência à argumentação, Taylor faz uma diferenciação entre *harms* (danos) e *wrongs* (injustiças), entendendo que não apenas há motivos válidos para entender que uma pessoa falecida não pode sofrer danos, como também há justificativa para a compreensão que ela também não pode ser injustiçada⁶⁹⁷.

A versão mais persuasiva de uma tese que defende que os mortos podem ser injustiçados ditaria simplesmente que é errado tratar uma pessoa de uma maneira que ela não merece ser tratada, independentemente de estar viva no momento de sua ocorrência⁶⁹⁸. No entanto, isso deve ser rejeitado para o autor, pois, para argumentar que um sujeito S não merecia que um evento E lhe ocorresse significa dizer que E é um mau a S. Como já argumentado anteriormente, todavia, não há razões suficientes para dizer que, postumamente, E pode ser um mau “a” S, sendo possível falar apenas em mau “para” S⁶⁹⁹.

Taylor também entende que um evento E não pode ser um mau para S, pois não há argumentação consistente nesse sentido. Para rebater uma possível construção que defendesse essa visão, o autor escolhe enfrentar as três teses de Blustein acerca da existência de um imperativo de memória.

Quanto ao argumento do resgate da insignificância – que propõe a existência de um dever de lembrança para com o morto como expressão de respeito à sua dignidade enquanto pessoa particular e membro da comunidade humana –, destaca-se que não há força suficiente para estabelecer uma obrigação moral, apenas demonstrando que as pessoas vivas ainda valorizam os mortos. O dever não seria, com isso, para o falecido, logo o seu descumprimento não constituiria um dano; não haveria caráter moral, apenas uma lógica consistente com o fato de que eram pessoas valiosas enquanto vivas⁷⁰⁰.

O resgate da insignificância não seria capaz de diferenciar avaliações pessoais e impessoais da dignidade humana. Não estaria claro por que o respeito à dignidade humana impõe que os mortos sejam lembrados. Assim, o ato de lembrança – que promove afirmação da

⁶⁹⁶ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 50.

⁶⁹⁷ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012.

⁶⁹⁸ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 56.

⁶⁹⁹ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 56.

⁷⁰⁰ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 59.

individualidade e dignidade do ser lembrado como ainda dotado de significado – seria necessário por um critério de consistência (sentimental), mas não moral, o que retiraria a força da visão. Para o autor, a vida da pessoa pode ter sentido pessoal para ela mesmo que esteja desacompanhada da lembrança que é feita pelos outros, pelo que não pode ser uma justificativa para obrigações de memória⁷⁰¹.

A resposta de Taylor a esse argumento se baseia numa compreensão insuficiente do que significa participar de uma comunidade intergeracional. Defender, como faz, que uma vida pode continuar a reter significado mesmo que não seja lembrada é negar a medida pela qual a identidade narrada dos falecidos continua a influenciar a maneira pela qual os vivos se interpretam no seu cotidiano. Não só isso, enfatiza em demasia um critério de danos em primeira-pessoa (como é característico de seu paradigma hedonista) e não consegue reconhecer a dimensão da pessoa como um ser em terceira-pessoa, que é recepcionada pelo contexto comunitário-linguístico que a cerca e é, a partir disso, dotado de importância. Assim, não percebe que a lembrança vai além da promoção do bem-estar e possui função expressivista; os próprios atos de memória são o que proporcionam um sentido continuado de importância dos projetos existenciais defendidos em vida pelo morto e que persistem por meio dos vivos. A preservação de sua voz – e de sua dimensão de agência enquanto causalidade – somente podem ser compreendidas quando descoladas de uma avaliação puramente pessoal de história de vida.

Em sequência, quanto ao argumento dos deveres resistentes, Taylor afirma que Blustein não conseguiu justificar a existência destes, pois não haveria como deter deveres para algo que não existe⁷⁰². Essa resposta, para ser satisfatória, depende de uma visão personalista das obrigações morais. No entanto, no paradigma situacionista adotado por esse trabalho, é evidente que a situação de dever não é criada por uma relação entre dois sujeitos, que correlacionam direitos e deveres (sejam estes jurídicos ou morais). Estes podem surgir do enfrentamento da realidade e do posicionamento linguístico que se assume perante uma presença narrativa do sujeito no ato contínuo de vivência das identidades dos vivos, o que é suficiente para embasar uma proteção a ser fornecida.

Os deveres dos entes queridos que Blustein desenvolve podem ser entendidos a partir da concepção dos *proxys* e dos próximos, desenvolvidos no segundo capítulo, pois são pessoas que, por uma certa conectividade com o sujeito enquanto ainda vivo, possuem a autoridade necessária para prestar testemunho perante uma audiência. Testemunho esse que é evidência de

⁷⁰¹ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 60.

⁷⁰² TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 62.

uma demanda por memória, existente no seio da coletividade, e de uma responsabilidade pelo que se faz com o passado.

A crítica ao terceiro argumento – da reciprocidade – apresenta caráter analítico, pois Taylor entende que Blustein não provou que os sucessores vão ter uma obrigação que as gerações presentes os impuseram, apenas mostrando que não se pode razoavelmente rejeitar essa circunstância⁷⁰³. No entanto, as razões que justificam a adequação da visão da reciprocidade são evidentes na tradição de fidelidade à lembrança e responsabilidade para com o passado, que foram expostas no delongar desse capítulo.

Taylor pretende que a sua distinção entre danos "a" e danos "para" seja suficiente para demonstrar a impossibilidade de danos póstumos enquanto se preserva a necessidade de cumprir com os desejos do falecido. Isso porque tais desejos são realizados como uma forma de continuar a prática social de honrar os compromissos feitos no passado, para que, por seu turno, os interesses dos vivos sejam avançados no futuro. Até mesmo uma teoria hedonista precisa reconhecer que existem razões para manter uma práxis em que as preferências por um estado futuro de coisas sejam preservadas, mesmo que a pessoa não mais exista⁷⁰⁴. No entanto, o autor deixa fora de sua análise casos em que essa "vontade do falecido" não foi exposta em vida e, portanto, cabe aos vivos dar sentido aos eventos ocorridos postumamente. É nesse campo de atuação que a narratividade da vida e a construção da situação concreta atuam, pois fornecem os aportes teóricos necessários para que a memória do morto seja protegida em conjunto com a lembrança que os entes queridos dela fazem.

Uma teoria como a de Taylor, por isso, não consegue responder ao desafio do entrelaçamento de histórias, pois vê os sujeitos como separados e justificando suas razões de agir com base em simples reciprocidade. Isso, todavia, não é feito na prática social com base em uma concepção de bem-estar dos sujeitos que agem pela lembrança, mas em vista da conexão que suas próprias identidades fazem com o ato de memória que é realizado.

É dizer: uma categoria como a de danos póstumos deve assumir uma função dupla, pois, ao mesmo tempo em que justifica uma proteção perante a figura do falecido, preservando na medida do possível a obra de vida que tentou perpetuar, explica também em que medida os vivos são afetados por essas manifestações lesivas, em suas próprias vivências atuais e em suas conexões com o morto. Feita a análise de um posicionamento que nega a figura dos danos póstumos, o trabalho se encaminha a investigar duas possíveis linhas de raciocínio que justifiquem sua adequação frente à necessidade de proteção da pessoa falecida.

⁷⁰³ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012.

⁷⁰⁴ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. p. 67.

4.2.1 Danos póstumos como lesões a interesses persistentes

Um autor que trabalha a construção da categoria dos danos póstumos é Daniel Sperling, que visualiza uma conexão entre os conceitos de dano e interesse que possibilitaria sua aplicabilidade ao caso dos falecidos. Para o autor, a noção de interesses, quando conectada à de danos, seria maleável suficiente para deter significado moral e jurídico em uma amplitude de casos, possibilitando a atribuição de uma posição legal ao morto que, ainda que menor que a detida em vida, não pode ser ignorada pela vivência da comunidade⁷⁰⁵.

Uma definição de danos somente pode ser aplicável ao caso de sujeitos sem consciência (como o morto) na medida em que a ideia de lesão se conecte com o lesado a partir dos interesses que ele poderia ainda deter⁷⁰⁶. O interesse consiste no investimento no bem-estar de algo, uma relação em que se quer melhorar a prosperidade de um estado de coisas, pelo que o não cumprimento ou avanço desses desejos deixa o sujeito em uma situação pior. A sua importância vem do valor social atribuído a seu conteúdo e das contribuições que o seu titular deu à sua formação. E o dano é, propriamente, o não avanço ou desrespeito a essa construção realizada, que se encontra em uma condição pior do que estaria caso não tivesse ocorrido⁷⁰⁷.

O dano como lesão a interesses significa uma frustração do estado de coisas com base na descrição do que poderia ter ocorrido caso este fosse protegido, pelo que os interesses póstumos, e conseqüentemente os danos póstumos, são aqueles resultantes do seu não cumprimento ou avanço após a morte da pessoa⁷⁰⁸.

Para Sperling, o interesse pode ser visto de um parâmetro subjetivo ou objetivo, bem como pode estar conectado à consciência ou não de sua existência, significando que não precisa de um estado mental a ele conectado. O parâmetro objetivo seria preferível, pois privilegia a realização dos fins e não apenas o sentimento pessoal a eles ligado, considerando a expectativa social da comunidade sobre no que consiste a não violação de interesses. Com isso, há proteção substantiva aos casos que fogem da norma – concernentes a um sujeito com exercício não mitigado de suas faculdades e que pode gerar um juízo em primeira-pessoa de suas experiências sobre os eventos⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 9.

⁷⁰⁶ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷⁰⁷ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 9-10.

⁷⁰⁸ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷⁰⁹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 11.

Isso fica claro a partir da categorização dos tipos possíveis de interesse. Há aqueles presentes no período pré-nascimento (*pre-birth interests*), que dizem respeito às condições pelas quais o ser virá a nascer – proteção quanto às condições físicas e sociais do ambiente em que será gestado, por exemplo –, examinados retroativamente e cujo cumprimento depende de o ente em questão nascer com vida. Em sequência, têm-se os interesses da vida (*life interests*), preocupados com a qualidade da experiência do viver e da consciência do cumprimento desses desejos, dependentes, portanto, da existência da pessoa e do fato de estar viva (em sentido biológico), tais como integridade física, financeira, ausência de dor etc. Enquanto este segundo se aplica na hipótese de manutenção de certos parâmetros de funcionamento corpóreo, a terceira categoria, dos interesses pós-vida (*after-life interests*), surge estritamente após a morte, como a destinação do corpo e a doação de órgãos. Por último, há ainda os interesses duradouros da vida (*far life-long interests*), que não dependem de características temporalizadas como os anteriores, aplicando-se àquilo que pode ocorrer tanto durante a vida quanto durante a morte, como o respeito pela privacidade e reputação. Existe nessa última categoria um investimento pessoal (querer realizá-los por conta própria) e impessoal (querer que sejam realizados independentemente de ser pelo próprio sujeito) em seu cumprimento⁷¹⁰.

Não seria possível simplificar a categoria de interesses apenas àqueles concernentes ao momento funcional da vida, pois são distintas as maneiras e os tempos pelos quais podem aparecer. E, se desrespeitados os interesses pós-vida ou duradouros, haveria que se falar em danos póstumos.

Para embasar essa conclusão, Sperling entende que é necessário rebater dois tipos de dilema: o da experiência e o do sujeito. Quanto ao primeiro, refere-se à possibilidade de se falar em dano se a pessoa não sabe que foi lesionada ou não o experimentou; já o segundo postula que não há sujeito que possa sofrer o dano póstumo, pois a pessoa não mais existe⁷¹¹.

O primeiro dilema é rejeitado pelo autor por entender que um estado experiencial presente não é de todo relevante para determinar a existência de um interesse, do contrário sequer seria possível a projeção de interesses futuros⁷¹². O interesse é uma propriedade

⁷¹⁰ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 13-15.

⁷¹¹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 15.

⁷¹² O segundo argumento de Blustein, referente aos deveres resistentes, também parte da perspectiva de que a ciência do interesse não é fundamental para dizer sobre sua existência e cumprimento.

relacional, ditando sobre o que acontece em relação a alguém, e não sensorial (o que uma pessoa sente que ocorre com ela)⁷¹³.

Nesse sentido, poderia se falar do dano em uma perspectiva linguística, em que seu advento pode ser verificado mesmo sem a existência necessária do sujeito a que essa propriedade se atribui⁷¹⁴. Essa derivação pela linguagem é demonstrada pela diferença entre mudanças reais e mudanças de Cambridge. As primeiras são aquelas em que uma condição intrínseca (propriedades dos corpos que são independentes do que ocorre externamente a eles, por exemplo ter um formato retangular) era anteriormente satisfeita e, após o evento, não é mais. As mudanças de Cambridge, por outro lado, afetam características extrínsecas, que ocorrem em virtude da existência de outros objetos (e.g. estar longe de algo, ser alto em comparação com alguém)⁷¹⁵.

O dano só pode ser uma mudança cambridgiana, sendo determinada em referência à pessoa que era antes do dano e como ela foi impactada por isso, dependendo da característica relacional de alguém ter sido lesado, não havendo problema em conceptualizar o dano póstumo como lesão de interesse nessa ótica⁷¹⁶.

O dilema relativo ao sujeito diz respeito à extinção da existência humana, tornando difícil pensar em qualquer tipo de persistência como algo diferente do corpo, que não possui mais suas características funcionais. Assim, a dificuldade seria justamente no caráter final da morte, que torna não presentes as condições e habilidades para que se possa cumprir os projetos e desejos, impedindo que seja dado sentido à vida. O paradigma não seria mais o de permanência da pessoa, mas de sua destruição e de preclusão de qualquer oportunidade de avanço dos seus interesses⁷¹⁷.

Referida visão, que possui certa identidade com a tese da terminação – quando aplicada ao postulado dos danos póstumos – é comumente apresentada a partir da máxima de Epicuro sobre a morte como indiferente filosófico:

⁷¹³ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 17.

⁷¹⁴ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 26.

⁷¹⁵ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 29-30. Para Sperling, a lembrança é um exemplo de mudança de Cambridge, porque o sujeito que lembra muda as propriedades do lembrado de “não estar na memória” para “estar na memória”.

⁷¹⁶ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 30. O autor vê problemas nessa visão por entender que uma das condições para que ocorra uma mudança de Cambridge é que o sujeito que sofre a alteração deve ser o mesmo que detinha uma característica anterior; na morte, não haveria mais que se falar em sujeito que detenha qualquer característica. No entanto, a rejeição do dilema do sujeito, exposta em sequência, também implica na rejeição desse apontamento, permitindo a consistência da diferenciação mudança real/de Cambridge.

⁷¹⁷ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

Acostuma-te à ideia de que a morte para nós não é nada, visto que todo bem e todo mal residem nas sensações, e a morte é justamente a privação das sensações. [...] Então, o mais terrível de todos os males, a morte, não significa nada para nós, justamente porque, quando estamos vivos, é a morte que não está presente; ao contrário, quando a morte está presente, nós é que não estamos. A morte, portanto, não é nada, nem para os vivos, nem para os mortos, já que para aqueles ela não existe, ao passo que estes não estão mais aqui⁷¹⁸.

Epicuro parte da premissa de que a morte configura uma situação de não-existência, pois existir pressupõe a sensação de experiências e a morte é, por definição, a cessação das experiências. Assim, a estrutura da argumentação de Epicuro pode ser apresentada de forma silogística: i) para que algo seja danoso a uma pessoa, é necessário que a pessoa possa ser afetada por ela, e ii) para que a pessoa possa ser afetada por algo, é necessário que ela exista; logo iii) a morte [morrer] não pode ser um dano ao sujeito que morreu⁷¹⁹.

Uma forma de interpretar o silogismo diz respeito à própria possibilidade de ocorrência de um dano. Morrer, isso é, não existir, não pode ser um dano a ninguém, pois o próprio evento-morte garante que não há indivíduo a ser lesado. A morte, seria, portanto, um fenômeno que ao mesmo tempo que encerra a vida humana, encerra a possibilidade de sofrer algum dano.

A derivação do epicurismo para os danos póstumos é que os interesses *post mortem* nunca podem ser “sobre a pessoa”, pois não há como nada ser bom ou ruim para um sujeito que não mais existe⁷²⁰. No entanto, o problema dessa visão é justamente ver a existência como condição necessária para a configuração de um dano. O argumento epicurista serve para explicar os “interesses da vida”, mas não os “pós-vida” ou “duradouros”. Um estado de coisas pode afetar a pessoa enquanto e depois de existir, desde que não seja de um tipo experiencial⁷²¹; a morte representa uma privação apenas dos interesses de primeira-pessoa, sendo possível a persistência daqueles analisados em terceira-pessoa, como já abordado anteriormente.

Ademais, o dilema do sujeito implica uma visão personalista e subjetivista da existência, que não consegue visualizar o ser objeto de proteção como indo além de um organizado material de funções biológicas. Os interesses podem persistir mesmo que a pessoa tenha morrido e, aparentemente, não mais exista⁷²².

⁷¹⁸ EPICURO. *Carta sobre a felicidade (a Meneceu)*. Trad. Álvaro Lorencini; Enzo Del Carratore. São Paulo: UNESP, 2002. p. 25-29. A tese epicurista e os argumentos aptos a enfrenta-la, quando aplicados ao evento morte em si, foram melhor explorados em trabalho próprio, a que ora se faz referência: FERREIRA, A.M.S. Responsabilidade civil por dano da morte: algumas contribuições filosóficas. In *Revista do CAAP* v. 26, p. 1-22, 2021. ISBN: 1415-0344.

⁷¹⁹ ROSENBAUM, Stephen. Epicurus and Annihilation. In: *The Philosophical Quarterly*. Volume 39, Issue 154, January 1989, Pages 81–90, DOI: 10.2307/2220353. p. 83; KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012. p. 216

⁷²⁰ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷²¹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 20.

⁷²² SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

Sperling analisa duas maneiras de justificar a sobrevivência desses interesses a partir do paradigma de suas atribuições a um sujeito. A primeira delas é o entendimento de que a pessoa que sofre o dano não é um sujeito póstumo que persistiria, mas a pessoa que era enquanto viva.

Considere o ato linguístico de descrever uma pessoa morta. Existem duas coisas distintas que alguém pode fazer ao tentar descrever um amigo que está, agora, morto: a) ele pode descrever o amigo morto como ele era em um estágio de sua vida, isso é, como uma pessoa viva; b) ele pode descrever o amigo morto como ele é agora, na morte – decompondo-se, talvez, em uma cova. Em (a), nós podemos dizer que existe uma descrição de uma pessoa *ante-mortem* depois da sua morte, enquanto em (b) existe uma descrição de uma pessoa *post-mortem* após sua morte. [...] Todas as injustiças cometidas contra os mortos são cometidas contra seus *selves ante-mortem*⁷²³. (tradução livre)

O sujeito *ante-mortem* seria um modo de criar uma relação causal suficiente a explicar porque um dano pode ocorrer quanto aos interesses da pessoa viva não mais existente. Isso porque, por meio dessa operação lógica, evidencia-se o fato de que os interesses da pessoa seriam derrotados mesmo que ela soubesse ou não; o dano tem como referência o sujeito que viveu de uma determinada forma, e não a sua composição física atual (de cadáver)⁷²⁴.

A outra maneira entende que os danos póstumos são possíveis porque uma pessoa pode estar em uma condição danosa independente do momento de vida, uma vez que as qualidades perenes são identificadas por sua história de vida e suas possibilidades, e não pelo seu estado atualmente caracterizado. O dano, assim, não é um atributo que deve ser temporalmente referenciado, pois o valor dos interesses que foram lesados continua existente⁷²⁵.

Sperling possui, por sua vez, uma proposta própria de justificação dos danos póstumos, a partir da construção da figura do *Human Subject* (Sujeito Humano), um ente que detém todos os interesses que pertenciam à pessoa que os titularizava quando estava viva⁷²⁶. Para o autor,

⁷²³ No original: “Consider the linguistic act of describing a dead person. There are two different things a person might do if he sets out to describe a friend of his who is now dead: (a) he can describe the dead friend as he was at some stage of his life—i.e., as a living person. (b) he can describe the dead friend as he is now, in death—mouldering, perhaps, in a grave. In (a), we may say that there is a description of an ante-mortem person after his death, while in (b) there is a description of a post-mortem person after his death. [...] All wrongs committed against the dead are committed against their *antemortem selves*”. PITCHER, George. The misfortunes of the dead. In BENATAR, David (Ed.). *Life, Death, and Meaning*. Key philosophical readings on the big questions. 3ª Ed. Rowman & Littlefield, 2016. p. 207-215. p. 209. No mesmo sentido, cf: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. 1. Oxford University Press, 1984, ISBN 0195034090; 9780195034097. Em vista da formulação central da teoria da ante-mortem person ter sido desenvolvida por esses autores, é comumente referenciada na literatura como argumento de Pitcher-Feinberg.

⁷²⁴ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷²⁵ O autor rejeita esse argumento por entender ser difícil ignorar a dimensão temporal, que influencia a relação que se forma entre o dano e as circunstâncias que o causaram. SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷²⁶ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 34-48.

existem formas diferentes pelas quais alguém pode existir, não sendo necessário representar uma atualidade no sentido da vivência biológica, desde que contenha em si algum conteúdo que possa ser dotado de significado moral e jurídico. O sujeito tem uma existência persistente no tempo enquanto detentor de interesses, por participar na comunidade moral, na ordem lógica e não material⁷²⁷.

O Sujeito Humano pode, então, ser construído como essa representação de uma existência continuada em dimensão linguística, detendo os interesses da/para a pessoa que morreu. Esse sujeito, por não ser uma entidade física (dotada apenas de sentido ético), pertenceria à comunidade, pelo que os membros desta possuem uma titulação (que pode ser jurídica) para proteger tais desejos⁷²⁸. Seria, assim, um construto lógico pelo qual os direitos seriam mantidos em atividade, cujo conteúdo é definido pelos interesses que a pessoa poderia ter protegido caso estivesse viva, referente à categoria “pós-vida” ou “duradouros”⁷²⁹. Não existiria um ponto em que o sujeito deixa de existir, podendo-se falar apenas em fim dos efeitos que seus interesses poderiam ter^{730 731}.

Esse Sujeito Humano a que Sperling se refere, que sustenta os interesses da pessoa que morreu, seria crucial para permitir o reconhecimento da existência simbólica do falecido, uma forma distinta de estar no mundo, que toma lugar na linguagem, nas ações e nas posses dos seres existentes⁷³².

Essa forma simbólica é um modo de (re)presentar a existência real da pessoa que já foi, com manutenção do interesse de ser percebida como um todo integral a ser protegido, cujas características não podem ser lesadas pelo simples fato de não persistir como uma entidade

⁷²⁷ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 34-35

⁷²⁸ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷²⁹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 38.

⁷³⁰ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 36.

⁷³¹ “O sujeito que detêm interesses pós-vida ou duradouros continua a existir após a morte da pessoa cujos interesses pertencem. [...] A derrocada desses interesses após a morte da pessoa pode constituir um dano jurídico que ocorre no momento do evento danoso. Nesse cenário, danos póstumos são possíveis por meio da frustração ou retrocesso desses interesses. A condição danosa ocorre simultaneamente ao ato danoso, e o sujeito lesado é o Sujeito Humano e não a pessoa *ante-mortem* que não mais existe após a morte” (tradução livre). No original: “*The subject bearing after-life and far-lifelong interests continues to exist after the death of the person whose interests they are. [...] The defeat of these interests after the death of the person may constitute legal harm occurring at the moment of the harmful event. In such a scenario, posthumous harm is possible through the thwarting or setting back of these interests. The harmful condition occurs simultaneously with the harmful act, and the subject harmed is the Human Subject and not the ante-mortem person who no longer exists after death*”. SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 40.

⁷³² SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

biológica. Também aumenta, com isso, os limites pelos quais pode ser ainda percebido como um sujeito existente, ainda que de modo distinto e diminuído⁷³³.

A existência simbólica também se mede na resposta hipotética que a pessoa teria em face das ações que não experienciou, pois dentro do *self* prospectivo haveria a dimensão de como o sujeito se enxerga pelos outros no futuro, bem como dos possíveis aspectos que poderia assumir em vista de eventos não ocorridos⁷³⁴.

Ronald Dworkin também trabalha com a noção de interesses como uma maneira apropriada para a proteção de uma pessoa que não se encontra com plena capacidade de tomar suas próprias decisões – tomando como exemplo de estudo pacientes que não podem decidir, por si mesmos, a respeito do encerramento de suas vidas. Para o autor, a proteção da autonomia de uma pessoa inconsciente demandaria perquirir o que o sujeito teria decidido, nas condições apropriadas, sendo notavelmente um exercício reconstrutivo⁷³⁵.

As pessoas julgam ser capazes de dizer o que o ente querido gostaria, o que se faz com base em uma imagem da personalidade que ele perpetuava. Assim, ao buscar o que o sujeito teria querido, desenvolvem-se as condições de consistência de quem ele era, o que acaba por configurar em uma dimensão de sua autonomia, também, ainda que por meios indiretos⁷³⁶. No desenvolvimento dessa personalidade como um todo, cria-se uma visão de autonomia sobre o sujeito em questão, mas, além disso, de perpetuação de seus melhores interesses, que se encontram presentes no fato de que é valioso à pessoa protegida que sua vida seja interpretada como sendo estruturada por temas. Nesse sentido, não é relevante o fato de que o próprio sujeito não está pensando sobre o assunto: é suficiente construir o cenário por meio do qual se imagina como ele teria decidido⁷³⁷.

Para Dworkin, uma interpretação correta da morte de uma pessoa deve ser compatível com a maneira pela qual viveu, tal qual o último ato de uma peça, que deve refletir o que foi construído na trama até então. O morrer deve possibilitar um fim apropriado para aquela pessoa específica, existindo maneiras diferentes de se analisar no que consiste uma boa vida (e, conseqüentemente, do que configura uma vida que foi bem vivida)⁷³⁸.

⁷³³ Para Sperling, esse conceito tem uma conexão intrínseca com a ideia de *social self*, uma forma de entender o si mesmo na perspectiva do outro, pelo que, na atitude de reconhecer o seu próprio *self*, referencia-se na perspectiva do outrem. SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 42-43

⁷³⁴ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷³⁵ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 191-192.

⁷³⁶ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 192.

⁷³⁷ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 192.

⁷³⁸ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 199.

Para que essa análise seja possível, devem ser identificadas certas ideias críticas que fazem com que o viver seja interpretado como sendo sucedido ou não, o que se distingue das concepções sobre o que é prazeroso no cotidiano⁷³⁹. Assim, existem dois tipos de raciocínios no que tange à maneira pela qual os sujeitos desejam levar suas vidas. Há os interesses experienciais (*experience interests*), que incidem sobre eventos valiosos, julgados um a um, em que a pessoa extrai prazer ou benefícios em perspectiva subjetiva. É aquilo que é feito porque se sente bem com isso e, nesses termos, não é um tipo de interesse que faz a vida, como um todo, pior por ter sido restringido. É temporalmente delimitado, pois, após passada uma dor momentânea, não é mais relevante para a história de vida o fato de que, em um dia específico, o sujeito sofreu com determinada experiência⁷⁴⁰.

Em contrapartida, têm-se os interesses críticos: resultantes de uma avaliação totalizante que faz uma vida ser melhor por terem sido cumpridos, e pior por terem sido lesados. Esse tipo de interesse representa uma concepção sobre o que significava vida boa para uma determinada pessoa, consistindo em um juízo crítico que vai além de uma preferência momentânea; é o que faz a própria vida ter sentido, algo que o sujeito sente possuir responsabilidade sobre⁷⁴¹.

Dworkin explica que essa distinção informa a existência de um estilo de vida que, na interpretação que o sujeito faz de si, mostra-se como apropriada a seu caráter. Isso demonstra que, enquanto interesses experienciais são vividos numa dimensão do presente imediato, interesses críticos são retroativos, pelo que se avalia o passado em vista do presente (tal qual num ato de memória). E certo sentido de identidade é descoberto nessa investigação, ao que se pode dar a denominação de uma vida com integridade, que surge na busca por convicções substantivas a respeito de quem o sujeito é/era⁷⁴².

Essa noção de integridade da vida – que parece depender da personalidade de uma pessoa e de seus interesses críticos – se dá em uma tensão entre a visão pessoal do sujeito sobre o si-mesmo e as circunstâncias específicas culturais da qual surge, demonstrando que se trata muito mais de juízos de valor (essa é a vida que é tida como boa de ser vivida) do que juízos de veracidade (essa é a vida boa a ser vivida)⁷⁴³.

Pessoas acreditam ser importante não apenas que suas vidas contenham uma variedade das corretas experiências, conquistas, e conexões, mas que tenham também uma estrutura que expresse uma escolha coerente acerca desses – para alguns, que

⁷³⁹ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 201.

⁷⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 201.

⁷⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 201-203.

⁷⁴² DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 202.

⁷⁴³ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 206.

exiba um compromisso firme e autodefinidor de uma visão ou caráter ou conquista que a vida como um todo, vista como uma narrativa integral e criativa, ilustra e expressa. [...] A integridade desempenha dois papéis nessa história: é a marca da convicção, do compromisso, não só da escolha passada; também reflete um investimento, a ideia de que o valor da vida está em parte na sua integridade, de forma que ter já sido estabelecida como uma forma de vida argumenta em favor de que continue a ser essa mesma forma de vida, mesmo que longe de ser de modo conclusivo⁷⁴⁴. (tradução livre)

Esses dois tipos de interesse informam como tratar uma pessoa com respeito à sua integridade e influenciam no ato de levar em conta o que se deve fazer em face de um outro sujeito incapaz de decidir por si, como no caso das pessoas inconscientes para Dworkin, e na hipótese das pessoas falecidas, para os fins do presente trabalho. Uma escolha a ser tomada deve refletir os valores que lhe foram importantes em vida, o seu caráter⁷⁴⁵; os interesses críticos assumem lugar privilegiado nessa proposta de reconstruir a vida íntegra da pessoa a ser protegida, em oposição aos interesses experienciais, que não tem influência nos momentos em que não há subjetividade a ser tutelada.

A ideia de interesses críticos explica, para Dworkin, a dificuldade que cerca os casos em que há falta de autonomia do sujeito que será afetado pela escolha a ser feita. Isso porque uma concepção do que seriam seus "melhores interesses" depende de muitos fatores de primeira-pessoa (como a pessoa enxerga sua integridade de vida e o caráter de sua história), o que impede uma tomada de decisão coletiva e abstrata, que imponha como todos os casos devem ser uniformemente tratados. No entanto, mesmo que a pessoa não exerça sua autonomia enquanto em vida, as decisões sobre seus interesses deveriam ser deixadas a seus familiares ou outros indivíduos que, pela relação que desenvolveram durante a convivência, teriam uma autoridade privilegiada sobre sua integridade – ainda que de segunda mão⁷⁴⁶.

A ideia de integridade reconhece que não há sempre escolhas consistentes, nem mesmo vidas reflexivas; encoraja apenas que a pessoa seja capaz de viver uma vida distintiva à luz de seu próprio caráter autoconstruído, pelo que os seus interesses do presente devem se relacionar com os interesses do passado. Um viver estruturado por seus próprios valores, a partir de interesses críticos, possibilita a autocomposição de sua personalidade⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ No original: “People think it important not just that their life contain a variety of the right experiences, achievements, and connections, but that it have a structure that expresses a coherent choice among these— for some, that it display a steady, self-defining commitment to a vision of character or achievement that the life as a whole, seen as an integral creative narrative, illustrates and expresses. [...] Integrity plays two parts in this story: it is the mark of conviction, of commitment, not just past choice; it also reflects investment, the idea that the value of a life lies in part in its integrity, so that its having already been established as one kind of life argues, though of course far from conclusively, that it should go on being that kind of life”. DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 205-206.

⁷⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 211.

⁷⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.

⁷⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.

Ainda que essa dimensão de autonomia – tomar importantes decisões por si mesmo – não seja mais possível para um sujeito, a pessoa tem direito a decisões em seu melhor interesse (que devem protegê-lo de ser tratado com indignidade), a uma atitude a ser tomada pela comunidade que demonstre respeito para com a pessoa que foi⁷⁴⁸.

Um tratamento digno é aquele que reconhece a existência de interesses críticos e trata uma história de vida como um todo a ser mantido sem lesões. Isso explica porque a derrota de interesses críticos (no presente) afeta a existência como um todo: o que ocorre no agora pode repercutir na construção de sujeito que vinha sendo formada. Por meio do vocabulário do respeito, expresso nas atitudes dos entes queridos, reafirma-se a importância da vida que foi vivida⁷⁴⁹, o que se aplica tanto aos casos das pessoas com demência quanto aos falecidos.

Ainda que o autor trabalhe tal visão no contexto de pessoas inconscientes, há de se pensar no pulo para o falecido, como o faz Tina Davey. Segunda a autora, como morte e experiência são mutuamente excludentes, o único tipo de interesse que poderia sobreviver ao fim da vida seria o crítico – presente por exemplo na manutenção de privacidade da pessoa –, que pode ser lesado por violações póstumas⁷⁵⁰.

Para Davey, a noção de interesses críticos se vincula à cultura da morte, trabalhada anteriormente no primeiro capítulo, que antevê que o morto é lembrado como era em vida, de forma que a continuidade de sua privacidade é uma manutenção da pessoa que um dia viveu, a quem ainda é devido respeito. Além disso, também, se conecta a uma dimensão de proteção dos vivos (tanto o sujeito antes da morte quanto os entes queridos), ao efetuar garantias (*effecting assurances*) de que o falecido será tratado de uma maneira pela qual os vivos também gostariam de ser tratados, possuindo um interesse resistente de não serem lesados *post mortem*⁷⁵¹.

Enquanto uma defensora da visão da *ante-mortem person*, Davey acredita que existe um interesse continuado que pode ser lesado postumamente, porque a possibilidade dessa violação afeta as escolhas enquanto a pessoa estava viva. E, junto a isso, os vivos sofrem ao saber que a proteção de seus interesses não sobreviverá à morte (sendo desencorajados de tomar certas posturas de vida e tendo restrições em suas escolhas)⁷⁵². Há uma dimensão de dano que

⁷⁴⁸ DWORIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 233-234.

⁷⁴⁹ DWORIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 237.

⁷⁵⁰ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020

⁷⁵¹ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁷⁵² DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020. p. 204.

afeta o morto (na medida em que toca o sujeito que era enquanto vivo, pois viola seus interesses continuados de não ter sua personalidade violada) e os vivos (que buscam garantias de que seus interesses resistentes não serão descumpridos *post mortem*).

A teorização de Dworkin e Davey é crucial na medida em que apresenta uma justificativa coerente quanto à manutenção de interesses resistentes, pois informam as decisões que devem ser tomadas a respeito do falecido, na tentativa de perpetuar sua história de vida. Há, todavia, que se atentar ao fato de que essa vida íntegra é alvo de um esforço de (re)construção pelos vivos, e não de redescoberta, como pode ser entendido em um primeiro momento.

A vida com integridade não pode ser investigada apenas a partir de um colocar-se na posição do morto, perquirindo sobre o que ele teria desejado (em uma espécie de assunção de sua posição de primeira-pessoa); há a dimensão de investimento dos vivos, na medida em que também buscam suas próprias vidas íntegras. O entrelaçamento entre as histórias, como trabalhado no segundo capítulo, impõe que o sujeito falecido, que não pode mais falar por si, tenha sua voz pronunciada pelos seus entes queridos, que interpretam seus interesses persistentes no esforço de perpetuar sua presença e sua agência em conjunto com as liberdades possibilitadas por uma dimensão necessária de esquecimento.

Além disso, é de se notar que o caráter narrativo da vida com integridade não é, como Dworkin mesmo reconhece⁷⁵³, puramente concordante, mas concordante-discordante, na medida em que se aceita que a união dos atos de uma vida se dá mediante uma trama organizadora que é construída no ato de narrar a história. Certamente, a reconstrução que é operada pelos vivos tem um aspecto de alteridade maior do que se fosse realizada pelo próprio morto, o que acentua esse caráter concordante-discordante, mas é fundamental entender que ele sempre está presente em qualquer atividade investigativa da identidade narrativa.

Passada a investigação sobre os interesses póstumos, Sperling volta sua análise ao âmbito jurídico, buscando entender se esse Sujeito Humano que detém os interesses da pessoa morta também é contemplado pelos direitos a que podem corresponder. Nesse ponto, frisa que sua investigação não se centra na análise do *status* moral do morto e nem na descoberta de quem é o titular dos direitos (se é que ele existe), pois somente poderia ser a pessoa viva que não mais existe. Assim, dizer sobre direitos póstumos se restringe a verificar se ainda existem,

⁷⁵³ DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993. p. 222

independentemente de serem titularizados postumamente ou não, e se são legalmente justificados, o que por certo depende de que tipo de teoria de direitos se assume⁷⁵⁴.

Para os teóricos da *ante-mortem person*, e até mesmo para a visão do Sujeito Humano, se é aceito que existe um ente que detém interesses que persistem no tempo e vão além da duração da vida da própria pessoa a que se referem, não existiria impedimento conceitual a correlacionar presença de interesses à de direitos⁷⁵⁵. E uma boa teoria deve ser capaz de explicar não só porque existem deveres para com o morto, mas porque também existiriam direitos correspondentes⁷⁵⁶.

Para Sperling, duas concepções de direitos são predominantes na literatura especializada, quando analisados em termos de suas funções. A primeira, *choice theory* (teoria da escolha – TE), entende que direitos influenciam e protegem a capacidade do detentor de controlar sua própria liberdade, ao decidir de que maneira se comportar perante outros sujeitos e como deseja que estes cumpram com seus deveres para com o titular; a segunda, *interest theory* (teoria do interesse – TI), parte da visão de que direitos existem para proteger ou beneficiar os interesses do detentor^{757 758}.

A TE teria como aspecto essencial fornecer ao sujeito as oportunidades para que possa escolher, de forma significativa, como deseja influenciar uma conduta alheia. Há um poder exclusivo sobre o dever de outra pessoa, no sentido de requerer ou não seu cumprimento, pelo que se dá mais ênfase ao aspecto do controle do que sobre certos benefícios que disso podem advir⁷⁵⁹. Ela só seria adequada, no entanto, nos casos em que há discricção individual e capacidade para autodeterminação, pois dita sobre poderes entre duas partes em aparente igualdade de condições (postula a correlatividade direitos-deveres)⁷⁶⁰.

Com isso, só detêm direitos aqueles que têm competência e capacidade para demandar o seu cumprimento, assumindo como necessário que o detentor tenha algum tipo de estado mental para com o direito (como um desejo de que fosse cumprido). Em certos contextos, como

⁷⁵⁴ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 49-52.

⁷⁵⁵ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 51.

⁷⁵⁶ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷⁵⁷ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 52-53.

⁷⁵⁸ Ao abordar referido tópico, o autor utiliza regularmente a palavra *holder*, que pode ser dotada do sentido de suporte, apoio, detenção e até titularidade. No entanto, essa palavra é utilizada em diferenciação à ideia de titularização (o termo *owner*). Assim, para os propósitos da presente pesquisa, se escolheu traduzi-la como detentor/detenção.

⁷⁵⁹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 64.

⁷⁶⁰ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

o do morto, não haveria como se falar em escolha a ser tomada⁷⁶¹. Os falecidos não podem exercer controle sobre seus poderes e, portanto, não conseguem exigir cumprimento de deveres que lhes são devidos. Embora tenha essa limitação, a teoria em questão consegue explicar porque os desejos manifestamente expressos pelo morto, enquanto ainda vivo, devem ser cumpridos, pois a pessoa é competente e autorizada a agir com base no que vai lhe ocorrer postumamente. É possível pensar também na aplicabilidade desse raciocínio no caso em que o sujeito, enquanto vivo, define quem deve representar seus interesses *post mortem*, tomando as ações pertinentes⁷⁶².

Uma versão plausível da TE precisaria deixar a possibilidade de que outra pessoa exerça o controle sobre o dever que era devido ao sujeito. Para isso, seria condição necessária e suficiente que o falecido tenha feito alguma escolha em vida quanto ao exercício a ser tomado diante dos deveres póstumos⁷⁶³.

A TI é que supriria a lacuna concernente às hipóteses em que não houve exercício pessoal dos poderes (não se determinou como lidar com casos *post mortem*) e nem o apontamento de uma pessoa responsável a julgar as atitudes a serem tomadas. Nesses termos, o que a teoria propõe é que o bem-estar – promoção de condições que são vistas como desejáveis pelas pessoas de uma sociedade – do detentor justifica a imposição de deveres a outrem. O sujeito protegido, com isso, é beneficiado por uma rede de deveres protetivos compartilhados pelos demais⁷⁶⁴.

A principal diferença entre TE e TI é que, para esta, o poder para fazer valer um direito não precisa estar com seu detentor (mesmo que assim o seja em casos paradigma), enquanto que, no primeiro caso, a pessoa que não exerce o poder não pode, em primeiro lugar, detê-lo. Para a TI, o sujeito para quem se age é o beneficiário de um dever correlato, enquanto para a TE a vantagem recebida tem que ser do controlador⁷⁶⁵.

Para justificar a aplicação da TI à hipótese dos falecidos, Sperling retoma que estão ainda presentes interesses cuja existência ultrapassa a vida de uma pessoa e não existiria problemas conceituais em argumentar que esses interesses também são protegidos via

⁷⁶¹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 66.

⁷⁶² SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 69-70.

⁷⁶³ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 70.

⁷⁶⁴ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 72-73.

⁷⁶⁵ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 74.

direitos⁷⁶⁶. O autor parte de uma análise linguística, dizendo que aos mortos podem ser atribuídos muitos dos predicados que são também ofertados aos vivos [detentores de direitos] (como, por exemplo, falar de deveres para o morto, proteção do falecido]. Isso é, aos mortos se destacam, linguisticamente, diversas propriedades que estão associadas àqueles sujeitos que são detentores de direitos⁷⁶⁷.

Em sequência, o autor também nota que os mortos já viveram nesse mundo – já tiveram uma perspectiva de primeira-pessoa – e, um dia, foram casos paradigmáticos de existência de direitos. Nesse sentido, permanecem como um ente identificável, no sentido de que podem ser reconhecidos pela sua continuidade simbólica e pelas suas características psicossociais persistentes que os faziam pessoas humanas individualizados. Esse caráter identificável do falecido permite sua presença na comunidade moral, pois, para dela fazer parte, não é necessário desempenho de atividades cognoscitivas, sendo suficiente que permaneçam como pessoas humanas [do passado]⁷⁶⁸. Aqui, as similaridades com a noção de comunidade transgeracional são notáveis, como o próprio autor reconhece, pois os interesses se formam em um arranjo social que beneficia todas as pontas do aspecto temporal – pessoas passadas, presentes e futuras⁷⁶⁹.

Não há o fim da pessoa, pois ela ainda está na comunidade particular, representada por seus interesses, seu legado de vida e sua existência simbólica. Assim, configura-se uma demanda de justiça que determina o impedimento da violação à memória do falecido. Para Sperling, isso justifica a presença e o conteúdo dos direitos póstumos, que devem ter atenção às experiências passadas do morto. A sua proteção se dá na dimensão das ações que tomou ou das promessas que fez ou que lhe foram feitas; dos desejos e projetos que trabalhou para

⁷⁶⁶ Para justificar que a TI é a teoria adequada aos direitos póstumos, o autor também diz que, para uma justificativa coerente dos direitos, é necessário que exista um detentor destes, que esse possa ser representado e que seja capaz de ser beneficiado. Seria impossível tornar presente (representar) um ser que não têm interesses. SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests. Legal and Ethical Perspectives*. Cambridge University Press, 2008. p. 76-79.

⁷⁶⁷ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests. Legal and Ethical Perspectives*. Cambridge University Press, 2008. p. 80. Nesse ponto, pode-se fazer referência ao trabalho de Bob Brecher, quanto à aplicação do predicado linguístico da personalidade ao morto: “[O]s mortos não são apenas memórias: novamente, eles são pessoas mortas. Na verdade, eu não acho que seja exagero dizer que, em alguns modos, você não deixa de ser uma pessoa depois que você morreu; e na extensão em que você permanece membro de uma comunidade (caso você permaneça), você continua uma pessoa, mesmo que uma pessoa morta” (tradução livre). No original: “[...] [T]he dead are not just memories: again, they are dead people. In fact, I do not think it is going too far to say that in some ways you do not cease to be a person after you are dead; and to the extent that you remain (if you do) part of a community, you remain a person, even though a dead person.” BRECHER, BOB. *Our Obligation to the Dead. Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, No. 2, 2002. p. 115.

⁷⁶⁸ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests. Legal and Ethical Perspectives*. Cambridge University Press, 2008. p. 82.

⁷⁶⁹ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests. Legal and Ethical Perspectives*. Cambridge University Press, 2008. p. 83.

conseguir durante a vida; de seu pertencimento a uma coletividade; e da perpetuação de sua identidade que o tornava uma pessoa distinta das demais⁷⁷⁰.

Direitos nessa categoria permitem a existência simbólica de uma pessoa após a morte. Esses direitos podem incluir o direito do corpo e caráter de serem lembrados positivamente após a morte; o direito de ser tratado com respeito; o direito à proteção legal como membro de uma comunidade religiosa, política e étnica; e o direito ao respeito dentro de um contexto íntimo ou familiar⁷⁷¹. (tradução livre)

Note-se que, para isso, não é necessário que o falecido tenha deixado alguma manifestação expressa, pois do contrário se estaria falando em proteção de suas escolhas, e não de atenção a seus interesses. Sperling, com isso, desenvolve uma teoria pela qual direitos póstumos são possíveis na medida em que assumem a forma dos interesses do Sujeito Humano, que por sua vez partem do significado moral que detinham para a pessoa enquanto ainda estava viva – com base em suas experiências passadas, seus desejos futuros e sua história de vida – e do seu pertencimento a uma comunidade moral via existência simbólica⁷⁷².

A proposta de Sperling pode ser reinterpretada a partir do momento em que se entende desnecessária a atribuição de um sujeito a que interesses possam ser atribuídos, tornando categorias como *ante-mortem person* e Sujeito Humano meras abstrações que visam criar um sujeito [também jurídico] que permita a conceptualização da permanência dos interesses. Basta falar, como já trabalhado, em um centro de interesses, que tem significado social e encontra valor de proteção pelo mero fato de ser uma categoria reconhecida pelos membros da comunidade. O centro de interesses não precisa de um sujeito a ser atribuído, pois defende a si mesmo na medida em que exerce uma função social.

Verifica-se, também, marcas de semelhança entre essa teoria, em especial na vertente da TE, com a visão de Lúcio Chamon quanto ao conteúdo dos direitos, na medida em que protegem esferas de liberdade de opção e posicionamento em face de uma circunstância (portanto, de realização de escolhas pessoais). Sperling busca avançar nessa discussão ao entender que os direitos póstumos são possíveis com base na TI, que não avalia esse campo de autodeterminação.

⁷⁷⁰ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 83.

⁷⁷¹ No original: “*Rights in this category enable the person’s symbolic existence after death. These rights may include the right that one’s body and character be remembered positively after death, the right to be treated with respect, the right to legal protection as a member of a religious, political or ethnic community, and the right to respect within an intimate or familial context*”. SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 84.

⁷⁷² SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008. p. 84.

A teorização de Sperling e de Dworkin é benéfica porque permite ver como a presença do falecido no âmbito jurídico não depende da concepção de um sentido forte de agência, em que se demandaria a presença de estados mentais e da capacidade de se autodeterminar de forma significativa. A existência de interesses que persistem após a morte – valores sociais cujo fim da vida biológica não extingue – é justificativa suficiente para pensar em um arranjo jurídico apropriado.

Consequentemente, é de se pensar que a TI fornece certos critérios para resolução de casos práticos, pois uma possível lesão aos interesses do falecido seria avaliada via critério objetivo, baseado em suas experiências passadas e nos seus interesses pessoais (atentos à sua construção biográfica). Existiria, com isso, um parâmetro mínimo de julgamento para avaliar a própria presença de violações à sua identidade e personalidade.

No entanto, a crítica que se fez à situação como centro de interesses, conforme desenvolvido no terceiro capítulo, ainda se mantém, visto que implica uma visão teleologizante e pragmática, que focaliza a lembrança que se faz, pela prática de memória, como uma maneira de perpetuar um certo benefício a ser concedido à pessoa falecida, e não ao ato de testemunho em si.

Não só isso, a visão do Sujeito Humano nega a interpretatividade da própria noção de pessoa. Entende-se que o falecido consegue persistir da mesma forma e com os mesmos interesses que existiam enquanto ainda vivia, o que nega a dimensão de reavaliação e re-escrita no ato de leitura de sua vida. Aos vivos seria ofertado quase um local privilegiado de acesso à verdade de quem o sujeito foi, como se só fosse necessário analisar suas experiências passadas para concluir pela medida correta de seus melhores interesses. Uma visão mais apropriada seria aquela que consegue aceitar, por meio da noção de deveres de respeito à memória, que, dentro do testemunho que é prestado pelos vivos, existe tanto uma responsabilidade para com a verdade do passado quanto uma liberdade para definição das condutas apropriadas no presente.

4.2.2 Danos póstumos enquanto violações a deveres de respeito à memória

A desvinculação da proteção do morto à ideia de um sujeito a ser protegido – na dimensão dos interesses e direitos – perpassa investigar a categoria dos deveres que podem sobre ele dizer respeito, sem que para isso seja necessária qualquer consideração acerca de suas capacidades subjetivas. Os deveres representam uma possibilidade de dissociação com uma ótica personalista do fenômeno jurídico, uma vez que, como indicado no segundo capítulo, representam um espaço de não-atuação frente a uma realidade, e não uma proteção da autodeterminação de um sujeito acerca dos rumos de sua vida para os momentos seguintes.

Para Carl Wellman, a resolução do problema do sujeito não depende da investigação de teorias dos interesses – que precisam reintroduzir o sujeito de um jeito ou de outro, tentando explicar como seria possível a sua sobrevivência. Bastaria, e com vista à experiência prática, ter como parâmetro os deveres póstumos, pois os seus detentores são claramente identificáveis: as pessoas vivas, a quem um respeito pelo morto é devido, seja pelo cumprimento de promessas feitas a ele, seja pela impossibilidade de difamá-lo⁷⁷³.

Esses deveres podem subsistir porque consistem apenas em posições em relação à norma, que por sua vez implicam certos raciocínios de julgamento. E as razões sociais que justificavam a existência de um direito em vida continuam a fazer com que o direito da pessoa [hoje morta] continue vinculado aos deveres que os demais devem cumprir após sua morte⁷⁷⁴.

Os deveres estão implícitos nos direitos das pessoas que viveram e morreram, ou seja, essas pessoas tinham direitos que impunham deveres futuros, para serem cumpridos após sua morte, o que não significa que o sujeito que os detinha continua existindo. É importante para o indivíduo que está vinculado e para a sociedade como um todo que as razões sociais para a existência de um dever sejam suficientes para permitir sua manutenção. O dever póstumo é, assim, uma forma jurídica da permanência das razões pelas quais se atribuíam direitos à pessoa em primeiro lugar⁷⁷⁵.

Com Wellman, extrai-se uma tentativa de dissociar a correspondência entre direitos e deveres no caso dos falecidos. Não haveria que se falar em sobrevivência dos primeiros, por não haver mais agência, mas o sujeito que um dia viveu serve como objeto de obrigações sobreviventes, na medida em que pessoas vivas ainda estão vinculadas a esses deveres. Nesse sentido, a existência de um detentor de direito não é importante para definir a presença de deveres póstumos, que existem porque eram importantes para o sujeito enquanto estava vivo⁷⁷⁶.

Masterton *et al.* também trabalham na perspectiva dos deveres póstumos, e não dos direitos dos mortos. E, no debate sobre os danos póstumos, acredita-se que, por meio da teoria narrativa, seria possível encontrar um sujeito [fragmentário e descentralizado] após a morte⁷⁷⁷. A perspectiva do respeito ao morto, na forma dos deveres, seria uma forma de proporcionar sua proteção sem se comprometer com a existência de interesses póstumos⁷⁷⁸.

⁷⁷³ WELLMAN, Carl. *Real rights*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 155.

⁷⁷⁴ WELLMAN, Carl. *Real rights*. New York: Oxford University Press, 1995.

⁷⁷⁵ WELLMAN, Carl. *Real rights*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 156.

⁷⁷⁶ SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

⁷⁷⁷ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁷⁷⁸ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

O sujeito narrativo é quem é lesado, na medida em que a narrativa continua dizendo respeito ao sujeito e é mantido pelos atos de coautoria dos vivos. Esse ente é formado a partir do momento em que há algum tipo de documentação histórica sobre sua existência, seja pela via escrita ou pelas histórias que sobre ele se conta. Para que um relato seja protegido, ele deve possuir alguma relação de continuidade [e de veracidade] com a trama que foi construída pelo próprio sujeito e que é perpetuado pelas pessoas queridas. Com isso, o sujeito assume os deveres que surgem dessa posição de coautores⁷⁷⁹.

A identidade póstuma pode ser vista sob dois enfoques: o do *missing subject* (como uma pessoa narrativa pode persistir após sua morte) e dos danos póstumos (como um evento presente pode influenciar na história da pessoa que morreu). Quanto ao primeiro, pelo entrelaçamento narrativo, a identidade pessoal se torna descentralizada, perdendo-se apenas o potencial em primeira-pessoa, mas mantendo aquele do aspecto do si-mesmo que depende das identificações que os demais sujeitos fazem; não existe um momento de perda da narrativa, ainda que exista um momento de perda autoral. Como trabalhado no segundo capítulo, uma interpretação de identidade como essa possibilita sua contínua revisão e recriação *post mortem*, na medida em que uma estória é apenas um emaranhado nas histórias de todos os outros sujeitos que persistem com as capacidades de narração plenas. Esses relatos sobre a identidade continuada também se fazem presentes nos traços pessoais que são deixados, que servem de evidência sobre a maneira adequada de construir uma trama⁷⁸⁰.

A partir disso, possibilita-se o segundo enfoque, pois a interpretação dos danos póstumos, nessa perspectiva, entende que a atividade narrativa, ao representar uma conexão entre os diferentes tempos históricos, permite que o próprio passado seja modificado pelo que ocorre no presente. Essa alteração deve observar certos limites, pois não é qualquer história que pode ser criada, sendo necessário restringir suas possibilidades⁷⁸¹.

Ainda que se tenha uma historicização da ficção, e uma ficcionalização da história, como apresentado no segundo capítulo, ainda se tem espaço para realizar uma distinção entre estórias de personagens fictícios e histórias de personagens históricos, pois, com estes, as tramas miram na verdade. Os limites narrativos, por sua vez, consistem em constrições sobre o que os

⁷⁷⁹ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁷⁸⁰ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁷⁸¹ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

vivos podem narrar sobre os mortos, assumindo a linguagem dos deveres – posições de não liberdade acerca do que pode ou não ser tido como narrativa pertinente. Ao morto é fornecida uma proteção com a construção de uma categoria de respeito à sua memória. Três obrigações surgem a partir disso: de reconhecimento (*recognition*), de veracidade (*truthfulness*) e de privacidade (*privacy*)⁷⁸².

O primeiro dever, de reconhecimento, é sempre em relação a quem sofreu um dano em algum momento, por meio do qual há um comprometimento em reconhecer os erros do passado e de tomar medidas para que não aconteçam novamente. Para Masterton *et al.*, a ausência de reconhecimento de danos cometidos no passado transforma os sujeitos falecidos em *missing subjects*, isso é, seres para os quais a correta atitude narrativa não foi tomada, pois não foram tratados de modo condizente com sua história⁷⁸³.

Esse dever é apresentado, na concepção dos autores, em termos de grandes narrativas históricas e de eventos particulares recentes, preocupados precipuamente com atrocidades. Essa limitação se daria por questões práticas, pois não haveria como lembrar de todas as pessoas que já sofreram e reconhecer todos os danos do passado; a régua, nesse caso, é o interesse público da informação⁷⁸⁴. Para abordar esse dever, Malin Masterton dá um exemplo de uma prática de exumação que foi realizada na Suécia em 1915, em que cadáveres foram utilizados como instrumento de confirmação de teorias raciais, o que levou ao desenterramento de 12 crânios Sámi – um grupo étnico indígena da Noruega – em Rounala, retirados do cemitério de uma igreja. Houve, nesse contexto, uma prática contrária ao dever de reconhecimento desses povos, o que foi diferente do tratamento ofertado aos crânios de 3 crianças que foram encontradas, em 1988, embaixo de uma igreja na Suécia. Neste caso, apesar do alto valor científico dos restos mortais, pela sua antiguidade, a pressão pública os levou a serem reenterrados. Isso demonstraria que, no caso dos restos mortais – dignos também de um dever de reconhecimento –, devem ser tratados como mortos que em geral pedem respeito conforme as suas culturas e as exigências da atualidade⁷⁸⁵.

⁷⁸² MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010

⁷⁸³ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁷⁸⁴ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁷⁸⁵ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

No entanto, existe certa configuração do dever de reconhecimento que representa a postura que deve ser adotada pelos vivos de proteção do sujeito falecido, no âmbito de suas relações interpessoais, sem que isso implique em uma atitude de reconhecimento da sociedade em sentido mais amplo (como manifestações públicas de lembrança). Impedir que este se torne um sujeito ausente significa também se comprometer a narrar a sua história e impedir que essa narrativa seja alvo de violações. O dever de reconhecimento perpassa também uma dimensão de tutela sobre o dever de narrar o passado, a ser complementado pelas outras obrigações.

O segundo dever, de veracidade, é devido diretamente às pessoas do passado, sendo uma forma de permitir que se presentifiquem novamente. Deve-se contar a história da maneira como ela ocorreu, narrar a verdade dos eventos e porque foram importantes, o que vem acompanhado da ciência de que toda reconstrução tem suas limitações⁷⁸⁶. Referida obrigação é dotada de importância especial quando diz respeito à pessoa e suas ações; certas evidências e justificativas devem ser levantadas para defender a informação sendo disseminada⁷⁸⁷.

Esse dever representa com maior força a responsabilidade que as pessoas vivas têm sobre os mortos, o que implica uma postura narrativa e coloca restrições sobre o que os vivos podem, de fato, dizer. O fato de uma história de vida tratar de um sujeito identificável implica um cuidado maior no trato narrativo a ser ofertado. É importante, para isso, reconhecer o papel dos traços das pessoas na reconstituição de suas narrativas, que podem ter natureza documentária ou material⁷⁸⁸. Ainda que as histórias de ficção e as historiográficas se confundam em muitos pontos, não é possível que as tramas sobre sujeitos falecidos apresentem um descolamento com a realidade em que viveu e que estejam em descompasso com os traços de sua identidade⁷⁸⁹.

Pode ser argumentado que a identidade narrativa após a morte somente pode ser de fragmentos da identidade narrativa em vida, e embora isso seja verdade, não é necessário que uma “completa” narrativa exista para que a pessoa seja injustiçada. [...] É suficiente que a pessoa um dia tenha vivido e que (fragmentos) de suas histórias estejam sendo contadas, então devemos a essa pessoa “contá-las como de fato são”. Com a teoria narrativa, podemos ver que difamar o bom nome de uma pessoa se relaciona diretamente com sua identidade narrativa, que persiste postumamente. Em

⁷⁸⁶ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010. Em outro artigo, Masterton resume ser um dever à descrição correta do sujeito narrado. MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁷⁸⁷ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁷⁸⁸ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁷⁸⁹ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

um caso como esse, não estamos apenas realizando uma conduta moralmente repreensível de difamação, estamos também injustificando aquela pessoa⁷⁹⁰. (tradução livre)

Há, com isso, a necessidade de evidências, que vão além da pura especulação, quando algum tipo de afirmação é feita a respeito do falecido⁷⁹¹, ainda que seja para repudiá-lo ou criticá-lo. Conforme Blustein, não se pode ignorar, reprimir, falsificar ou dissociar o passado, e o que o presente significa em face dele. Deve-se, por meio da veracidade, tomar responsabilidade pelas ações, episódios, caráter, tudo que de alguma forma implica agência do sujeito falecido; não apenas falar sobre o que alguém fez, mas o que alguém mostrou ser pelo que fez⁷⁹² e como ele pode ser afetado pelos cursos de ação sobre o agora.

A dimensão de memória coletiva que transparece nesse dever é o de se preocupar com o passado que realmente ocorreu, obrigando a fazer justiça sobre ele, contando a verdade sobre certos vínculos particulares. O coletivo é responsável pelas injustiças que já ocorreram e vão ocorrer, não no sentido de a terem cometido, mas na forma de terem que fazer algo a respeito⁷⁹³.

Os fatos sobre uma pessoa falecida devem ser juntados de tal forma que apresentem sua importância cultural, sendo possível falar de um dever de lembrança verdadeira e precisa (*accurate and truthful*); a identidade do sujeito rememorado é parcialmente construída pela verdade do passado que se transmite pelo ato de memória realizado. Esse dever diz respeito às pessoas falecidas e possui uma dimensão geral (todos devem respeito à verdade da lembrança) e uma dimensão particular, pois certos indivíduos são mais qualificados para gerenciar o cumprimento dessa obrigação⁷⁹⁴.

[A]s obrigações morais da memória coletiva são explicadas em termos de respeito pelas verdades da história, isso é, deveres de lembrar (uma parte) do passado de forma acurada, de descobrir, preservar, e relatar a verdade (ou certas verdades). Essas obrigações gerais são aplicadas a comunidades particulares, e suas obrigações extraem força moral da força moral das obrigações gerais. Indo além, podem existir aspectos do relacionamento de um grupo com pessoas mortas particulares, ou com eventos passados, que tornam especialmente apropriado aplicar a obrigação geral àquela comunidade particular. [...] Os membros do coletivo, portanto, tem deveres memoriais

⁷⁹⁰ No original: “*It can be argued that the narrative identity after death can only be fragments of the narrative identity in life, and although this is true, it is not necessary that the ‘complete’ narrative exists for a person to be wronged. [...] It is enough that the person once lived and if (fragments of) their story is (are) being told, then we owe it to that person to ‘tell it as it was’.* With narrative theory we can see that slandering a person’s good name directly relates to their narrative identity, which remains after death. In such a case, we are not only carrying out a morally reprehensible action of slandering, but are also wronging that person”. MASTERTON et al. In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010. p. 345

⁷⁹¹ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁷⁹² BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

⁷⁹³ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 211.

⁷⁹⁴ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008.

em parte porque o coletivo é legitimamente responsável pelas injustiças⁷⁹⁵. (tradução livre)

Para Blustein, o raciocínio dos danos póstumos é coerente a partir das obrigações de respeito porque os sujeitos falecidos têm uma demanda genuína de serem lembrados após sua morte e são afetados pelo que lhes ocorre *post mortem*⁷⁹⁶. A partir disso, pode-se entender como um dever de verdade sobre a obra de vida de uma pessoa obriga os sujeitos de uma comunidade, na perspectiva da memória coletiva que informa o escopo das memórias individuais que podem ser perpetradas, e ao mesmo tempo justifica que apenas certos indivíduos estejam autorizados a agir de forma protetiva face a eventuais ofensas, por possuírem uma relação de coautoria com a narrativa em questão.

O dever de veracidade deve ser sopesado em face de outro princípio, o da privacidade, pois do contrário a investigação sobre o "real do passado" sempre teria prevalência, o que implicaria na possibilidade de constante revisitação, desequilibrando a equação lembrança-esquecimento. Ainda que fatos verdadeiros venham à tona, eles podem estar desacompanhados de uma justificativa válida de porque eles deveriam ter sido apresentados em primeiro lugar. O dever da verdade deve vir acompanhado dos avanços na teoria do testemunho: aquele que testemunha deve fazê-lo por algum motivo e deve estar autorizado a isso; do contrário, pode-se desembocar apenas em senso de curiosidade e de abertura inócua do passado⁷⁹⁷. Assim, a privacidade – enquanto perspectiva do esquecimento autorizado – pode se sobrepor à verdade, dependendo do contexto e do período temporal⁷⁹⁸.

Ainda que a narrativa atual seja fragmentária, pela perda da voz ativa do sujeito, o dever se mantém, justamente porque este detinha apenas uma dimensão de coautoria. As demais pessoas vivas, que leem e (re)escrevem a obra de vida do sujeito falecido, devem a estes traços reapropriados no presente uma obrigação de reconstrução que esteja atenta ao caráter de vida da pessoa, na medida do possível.

⁷⁹⁵ No original: “[T]he moral obligations of collective memory are explained in terms of respect for the truths of history, that is, as duties to remember (some of) the past accurately, to find out, preserve, and relate the truth (or certain truths) about it. These general obligations get applied to particular communities, and their obligations derive moral force from the moral force of the general obligations. Furthermore, there may be features of a group’s relationship to particular dead persons or past events that make it especially appropriate to apply the general obligation to a particular community. [...] The members of the collective, therefore, have memorial duties in part because the collective is legitimately held responsible for those injustices”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 218-219.

⁷⁹⁶ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 221.

⁷⁹⁷ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁷⁹⁸ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

O último dever, de privacidade, também surge do fato de que os vivos são coautores da história do morto, o que implica responsabilidade sobre quais traços se deve escolher revelar. Aqui, existiria uma conexão maior com a configuração que esse dever detinha enquanto a pessoa vivia, pois durante sua convivência em comunidade já não era permitido que informações pessoais suas fossem reveladas sem uma boa motivação; mesmo que muito tempo tenha se passado desde seu falecimento, a justificativa sempre é necessária^{799 800}. Mesmo que a informação seja verdadeira, não basta uma curiosidade histórica para justificar sua investigação e divulgação⁸⁰¹, sendo necessário existir um nível de interesse a ser discursivamente invocado.

A obrigação de respeitar a privacidade dos mortos é intensivamente investigada pela literatura contemporânea, partindo da perspectiva da *post-mortem privacy*, uma categoria recentemente criada para justificar a importância de se proteger os dados pessoais/informacionais da pessoa falecida. Para J.C. Buitelaar, a *post mortem privacy* seria um direito do falecido à preservação e controle do que acontece com sua memória, reputação e dignidade após a morte, especialmente em contextos virtuais, na qual a noção de traços digitais se torna cada vez mais presente. O conceito estaria, com isso, conectado à noção de persistência da persona digital⁸⁰² e com a insuficiência do raciocínio da propriedade para lidar com esses resquícios da personalidade⁸⁰³.

Na visão de Buitelaar, os indivíduos deveriam ser capazes de exercer controle sobre o que ocorre com seus dados pessoais depois que morrem, o que não se baseia apenas numa concepção de autonomia prospectiva (em que se tutela a expectativa da pessoa viva em relação ao que pode lhe ocorrer postumamente), mas genuinamente uma preocupação sobre os eventos após a morte, tutelando de fato a presença *post mortem*, e não apenas a anterioridade da pessoa viva (como é o caso da teoria da *ante mortem person*). O exercício de poder sobre suas próprias

⁷⁹⁹ MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁸⁰⁰ Masterton também explica que o dever de privacidade tem aspectos tanto informacionais quanto físicos, protegendo também o cadáver e demais restos materiais. Quanto a isso, é de se notar que o que pode consistir em uma demonstração de respeito para com o cadáver corresponde tanto à perspectiva da pessoa falecida (e da sociedade em que estava inserida, como nos casos em que há um descolamento temporal mais elevado) quando do tempo presente. MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁸⁰¹ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁸⁰² Para Buitelaar, essa persona digital se faria presente com a existência de uma espécie de duplo, um sujeito *online* formado pelos rastros do ser na rede e as comunicações que disso decorrem. BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-

⁸⁰³ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

informações pessoais (autodeterminação informacional) era relevante para a pessoa viva, sendo possível construir também uma dimensão da privacidade que extrapola os confins da vida biológica, tendo aspectos dignitários quando relacionados ao legado digital deixado⁸⁰⁴.

O autor reconhece que, após a morte, o sujeito não poderia tomar mais decisões, não existindo mais autonomia no sentido tradicional de agente autônomo, o que dificultaria a aplicabilidade do raciocínio da autodeterminação informacional, que se encontra justamente no exercício de controle sobre a transferência de dados que é efetivada sobre o sujeito. No entanto, a perspectiva desse duplo digital permite conceber uma configuração de danos ocasionados aos rastros digitais do sujeito, mesmo que ele não tenha consciência disso. A personalidade, nesse contexto digital, iria além das capacidades subjetivas, incluindo também uma representação pública que subsiste na memória⁸⁰⁵.

Uma noção como *post mortem privacy* pode partir da persistência da persona pública, bem como da ideia de identidade narrativa. Assim, o fundamento da proteção é, em certo sentido, a própria presença póstuma da pessoa nesses rastros que ficam para trás, na medida em que representam o sujeito em sua identidade continuada. A essa representação coletiva se tem uma responsabilidade sobre sua privacidade, que continua sendo impactada pelos atos das outras pessoas, impedindo a disseminação injustificada de informações⁸⁰⁶.

A privacidade enquanto um conceito jurídico partiria da própria noção de pessoa, significando ao mesmo tempo duas coisas: somente o indivíduo pode escolher o que entra na sua área inviolável de personalidade (o que entra na sua esfera de experiências) e o sujeito tem um interesse protegido e tutelável a ter intactos os aspectos de sua personalidade que valoriza como *locus* pessoal. Mesmo que não exista mais essa parte ativa da pessoa, que pode escolher como controlar seus poderes, o duplo digital persiste na socialidade, sendo necessário um ambiente jurídico propício à sua recepção⁸⁰⁷.

Essa transição da proteção da persona digital de um sujeito vivo à representação digital do morto é efetivada pela ideia de autodeterminação informacional, identificada na capacidade de determinar quais informações podem ser disseminadas, em contato com a concepção do sujeito sobre os projetos de sua obra de vida e a necessidade de respeito frente aos interesses e

⁸⁰⁴ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

⁸⁰⁵ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

⁸⁰⁶ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

⁸⁰⁷ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

desejos expressos pela forma que viveu. A pessoa digital persiste como um *locus* adequado de atribuições discursivas de uma posição de respeito, e subsiste na memória e nas informações que são compartilhadas pelos rastros digitais⁸⁰⁸.

Em vez de ser entendida como uma área subjetiva de controle sobre o que pode ser compartilhado no presente, a autodeterminação informacional é essa identificação de uma integridade transcendente à vida (*life-transcending integrity*) encontrável no fluxo de informações que ainda tratam da história do morto. Os danos póstumos à privacidade (e aqui já na perspectiva dos deveres) se encontram justamente no desrespeito a essa identidade que continua a ser constituída por esse sujeito digital-narrativo que se encontra em contato com as pessoas vivas. Há uma modificação no sentido de autonomia a ser empregado, pois não diz respeito mais a uma agência subjetiva, mas sim à compreensão do falecido como ser ainda presente, que viveu uma vida íntegra e que guia as condutas alheias⁸⁰⁹.

De fato, depois de nosso fim, é exatamente uma ontologia textual e discursiva que apresentamos durante nossas vidas que persiste postumamente. [...] Dessa interpretação ontológica de um demandante vivo que é constituído por sua informação, segue que o direito à privacidade informacional pode ser entendido como o direito à imunidade pessoal contra mudanças desconhecidas, indesejadas e não intencionais na identidade do sujeito. [...] Eu proponho que a integridade transcendente à vida é seriamente lesada quando a integridade da identidade informacional da pessoa póstuma é transgredida⁸¹⁰. (tradução livre)

O problema do sujeito e, conseqüentemente, de um ente a quem se atribui a proteção da privacidade, pode ser analisado no viés dos avanços na teoria da personalidade jurídica, entendendo que esses fluxos de comunicação digital, bem como a noção de narrativa de vida e de uma presença pública continuada – com rastros digitais identificáveis –, podem influenciar nas limitações atuais sobre a quem essa categorização normativa pode ser atribuída. Além dessas contribuições de Buitelaar ao que constitui uma privacidade póstuma, dá-se destaque aos aportes que fornece para construção da manutenção da personalidade após a morte, ou pelo menos de gradação dependendo do nível de interação⁸¹¹.

⁸⁰⁸ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

⁸⁰⁹ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

⁸¹⁰ No original: "Indeed, after our demise it is exactly this discursive and textual ontology we presented during our lifetime, that persists post-mortem. [...] From this ontological interpretation of a living claimant as constituted by his information, it ensues that a right to informational privacy can be understood as a right to personal immunity from unknown, undesired or unintentional changes in one's identity. [...] I suggest that life-transcending integrity is seriously harmed when the integrity of the informational identity of the post-mortem persona is transgressed". BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9. p. 138.

⁸¹¹ BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9. p. 140-141.

[A] doutrina legal em evolução, em conjunto com novas perspectivas sobre a personalidade, pode acomodar o conceito de autodeterminação informacional como uma base para a promoção de garantia continuada da dignidade humana e dos restos digitais de uma pessoa após o fim de sua presença corpórea, que crescentemente podem tomar a forma de uma persona pública interativa. Com isso, a *post-mortem privacy*, mesmo que inicialmente limitada à natureza de, por exemplo, uma semi-personalidade jurídica, é uma perspectiva plausível⁸¹². (tradução livre)

Outra perspectiva sobre a *post mortem privacy* é empregada por Davey. A autora apresenta como inicialmente esse conceito surge na discussão sobre bens digitais como um argumento contra a sua transmissão generalizada e sem o consentimento do falecido, uma espécie de obstrução à lógica proprietária de lidar com o universo dos rastros *online*⁸¹³. Essa ênfase nos bens digitais e na proteção de dados, em oposição à privacidade em si, fica evidente nas definições empregadas pela literatura especializada sobre o tema. Lilian Edwards e Edina Harbinja definiam inicialmente a *post mortem privacy* como dizendo respeito ao controle e preservação da pessoa quanto à sua “reputação, dignidade, integridade, segredos ou memória” (tradução livre)⁸¹⁴. No entanto, o enfoque na discussão sobre os desenvolvimentos das tecnologias e sua intercessão com a personalidade na *internet* levou Harbinja a revisar tal conceito⁸¹⁵, que passou a ser tido como abordando o controle do falecido “de seus restos digitais póstumos, em sentido amplo, ou o direito à proteção póstuma de seus dados, em sentido estrito” (tradução livre)⁸¹⁶.

Para Davey, seria equivocado restringir essa ideia apenas ao contexto digital, porque isso restringiria seu trato à discussão sobre o que é transmissível aos sucessores – o que os herdeiros deveriam considerar como integrando sua nova esfera jurídica proprietária –, não abordando no que consiste uma postura de respeito à privacidade do morto. Além disso, a proteção seria muito mais ao meio em que o dado é transmitido do que à informação em si que

⁸¹² No original: “[E]volving legal doctrine in conjunction with novel perspectives on personality may also accommodate the concept of informational self-determination as a basis for providing a continued warranty for human dignity, for the digital remains of a person after the demise of his bodily presence, which increasingly may take the form of an interactive public persona. Thus, post-mortem privacy, albeit at first limited to the nature of for example a demi-personalité juridique, is a plausible perspective”. BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9. p. 140-141.

⁸¹³ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸¹⁴ No original: “reputation, dignity, integrity, secrets or memory after death”. EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267388> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2267388>. p. 103

⁸¹⁵ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸¹⁶ No original: “his personal digital remains post-mortem, broadly, or the right to data protection post-mortem, narrowly defined”. HARBINJA, Edina. The ‘New(ish)’ Property, Informational Bodies, and Postmortality In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 89-105. p. 93

está sendo injustamente veiculada. Por isso, a definição original de Harbinja e Edwards seria até preferível, pois consegue entender que nem tudo se resume a legado digital e a dados⁸¹⁷.

A *post mortem privacy* consegue, dessa forma, se tornar realmente uma proteção da intimidade da pessoa após a sua morte, sem que tenha uma vinculação reducionista com as questões relativas ao digital, o que leva Davey a defini-la como o respeito à privacidade póstuma do sujeito e de sua família⁸¹⁸. Essa noção se situaria assim no escopo da discussão a respeito de direitos humanos e em conversa com outros princípios, como o de liberdade de expressão e de preservação histórico-cultural⁸¹⁹.

Essa noção pode existir porque não depende de um ato de autonomia prospectiva por parte do morto, mas meramente que os vivos cumpram com seus deveres existentes, isso é, que respeitem após a morte a privacidade que o sujeito possuía enquanto em vida. Assim, não é necessário argumentar por um conceito de autonomia transcendente à vida (ou mesmo vincular proteção póstuma à autonomia prospectiva). Com efeito, Davey concorda com Buitelaar quanto ao argumento de que a privacidade póstuma não depende da autonomia, mas sim de uma representação do *self* que perdura. Ao morto é devido respeito não por ter manifestado algo em vida, mas porque existe um desejo intuitivo na sociedade de se comportar conforme os desejos dos falecidos e de garantir que essa memória seja perpetuada, em consonância com as expectativas sociais desenvolvidas⁸²⁰.

Ao abordar o tema do sujeito que seria titular da *post mortem privacy*, Davey é defensora da tese da *ante mortem person*, afirmando que a proteção é fornecida em vista da pessoa viva porque, sem a proteção da privacidade póstuma, o sujeito sofre com o fato de que suas informações seriam livremente disseminadas e nada pode ser feito em relação a isso. Nesse sentido, quando enfocada na perspectiva do falecido – que um dia viveu –, o raciocínio é da prevenção contra efeitos inibidores (*chilling effects*): o desencorajamento da pessoa viva de se

⁸¹⁷ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸¹⁸ Davey emprega a linguagem dos direitos nesse ponto, no entanto, para os fins do presente trabalho, busca-se enfatizar aquele aspecto da proteção que esteja em consonância com a construção até então desenvolvida. DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020. p. 107

⁸¹⁹ Assim, *post mortem privacy* deveria ser um conceito guarda-chuva ao que se soma o de privacidade digital após a morte (*digital privacy after death*) ou privacidade digital *post mortem* (*post-mortem digital privacy*). DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020. p. 112

⁸²⁰ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

importar com sua privacidade ao se deparar com o fato de que, postumamente, não encontrará proteção, o que prejudica suas liberdades de ação no presente⁸²¹.

No entanto, pela perspectiva que é adotada no presente trabalho, não se nega a dimensão dos *chilling effects*, que podem consistir em prejuízos à liberdade da pessoa no momento em que ainda está viva, mas se defende a existência de uma dimensão verdadeiramente póstuma à privacidade, encontrada justamente nessa presença contínua do sujeito narrativo e nas suas representações disseminadas pelos atos dos vivos.

Prosseguindo na análise, a autora antevê que existe uma “segunda” pessoa viva que tem um interesse de privacidade, ao lado da *ante mortem person*: os parentes sobreviventes que são afetados diretamente quando são divulgadas informações relativas ao falecido. A invasão à privacidade do morto pode, ao mesmo tempo, configurar invasão à privacidade dos vivos, de forma direta ou indireta; de forma direta quando revelados dados pessoais sobre estes, como seria o caso da disseminação do conteúdo de uma conversa ou de fotos que constem ambos os sujeitos; de forma indireta quando as informações dizem respeito ao *de cujus*, mas despertam sentimentos nos familiares em decorrência do relacionamento que com ele mantinham⁸²².

Dessa segunda maneira de violação surge o conceito de *post mortem relational privacy*, um interesse a ser protegido pela lei que advém da existência de um relacionamento íntimo com o falecido, uma vez que os entes queridos podem ser pessoalmente afetados pela violação de sua privacidade. Ele se fundamenta em duas noções principais: i) há manutenção de relacionamentos com o falecido (conforme explica a teoria dos laços continuados, trabalhada no primeiro capítulo); e ii) em vista desses relacionamentos, os vivos se sentem conectados às informações que são disponibilizadas sobre o ente querido⁸²³.

Davey explica que o primeiro desenvolvimento casuístico desse conceito se deu com o caso *Challenger*, em 1991, em que a NASA negou a divulgação das gravações dos momentos

⁸²¹ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020. A autora, nesse ponto, se contrapõe novamente ao posicionamento de Harbinja, para quem a *post mortem privacy* não seria um direito do morto, mas um direito de privacidade da pessoa viva quando estiver morta; tal visão seria na realidade uma forma de proteção de autonomia, pois estaria sendo protegido o direito da pessoa viva de tomar decisões sobre o que deve acontecer com sua privacidade após a morte, o que é distinto de tutelar lesões posteriores que fogem do escopo dessas decisões. No entanto, Davey não tece tantas críticas a um posicionamento posterior de Harbinja, em referência ao conceito de *post mortal privacy*, que advém da ideia de *informational bodies*, pelo que o corpo informacional do morto deve ser tratado com respeito condizente com o de uma existência humana; estruturas informacionais constituem uma identidade, de forma que os rastros digitais são mais do que algo relativo ao sujeito, são em certa medida o próprio sujeito, ou o que resta dele. DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020. p. 125-126.

⁸²² DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸²³ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

finais dos tripulantes da nave homônima, em que foram registradas as últimas palavras dos astronautas, momentos antes da ignição se iniciar. O argumento, naquela oportunidade, se deu em vista de uma invasão na privacidade das famílias, que seriam afetadas pela divulgação de um momento sensível da vida do falecido⁸²⁴.

Um outro caso que representou o reconhecimento jurisprudencial da *post mortem relational privacy* foi *National Archives & Records Administration v. Favish*, da Suprema Corte estadunidense em 2004. A questão tratava de um antigo assessor da política Hilary Clinton, Vince Foster, que foi encontrado morto em um parque em Washington com ferimentos de balas. Controvérsias surgiram a respeito da ocorrência de um suicídio ou de um assassinato, e Favish, uma das partes no processo, requereu a liberação das fotos do cadáver de Foster, o que foi negado, não com base na privacidade de Foster, mas no interesse de seus familiares que deveriam, segundo o racional da Corte, serem protegidos de uma investigação indevida sobre os ritos e respeitos que eles gostariam de dar ao próprio morto. Assim, a tutela se deu em virtude do direito dos parentes de honrar o sujeito de seu próprio modo, sem intromissões públicas no processo de enlutamento. Há, com isso, a construção de um sentido de privacidade "familiar" em oposição a uma construção meramente "pessoal", pois significa a proteção dos membros de uma coletividade de intrusões indevidas quanto a fatos relacionados com algum momento da vida do falecido⁸²⁵.

Permite-se, com isso, reconhecer que interesses de privacidade incluem todo um núcleo relacional, não se limitando a informações sobre o si mesmo, pelo que, na *post mortem relational privacy*, tanto os mortos quanto os vivos são protegidos. Conseqüentemente, acaba por ser mais abrangente que a *post mortem privacy* em geral, pois também serve à tutela de experiências de primeira pessoa [dos vivos], como o sentimento de embaraçamento, de exposição ao ridículo etc⁸²⁶.

Para Davey, os entes queridos, justamente por essa condição, têm uma capacidade privilegiada de se ocupar da tutela dos mortos, uma vez que possuem interesse na manutenção de um sentido de dignidade que afeta tanto estes como eles próprios, bem como são os mais adequados a tomar medidas para garantir que isso seja respeitado. São essas pessoas que se sentem investidas no bem-estar do outro; o que ocorre com o falecido se torna um ponto central

⁸²⁴ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸²⁵ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸²⁶ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

na sua atenção⁸²⁷ – ou, como pode ser reinterpretado à luz do presente enfoque, na sua narrativa de vida. Quando a lembrança de um sujeito morto é afetada (seja uma exposição indevida de sua imagem, uma violação de conversas privadas, ou outros tipos de violações), os vivos também podem sofrer três tipos de danos: i) quanto ao desejo que possuem de proteger o morto contra atos de indignidade; ii) quanto a seus próprios interesses de privacidade (um dano decorrente de questões afetadas ao seu relacionamento com o morto, em uma perspectiva que parte dos vivos – *post mortem relational privacy*); iii) quanto a uma perspectiva social, pois a privacidade se torna um valor não protegido postumamente, violando-se tanto a expectativa social de que, após a morte, a pessoa será tratada com respeito, quanto a de que os entes queridos devem poder desenvolver um processo saudável de luto⁸²⁸.

Essa perspectiva é de grande valia porque reconhece, ao mesmo tempo, que as pessoas vivas possuem uma responsabilidade de zelar pela memória do falecido, o que não nega o fato de que essa proteção também é feita visando a construção de seus próprios projetos de vida. É dizer, a *post mortem relational privacy* evidencia que um ato de memória em favor do morto também implica, simultaneamente, um diálogo e uma participação ativa por parte dos vivos⁸²⁹.

O desejo “forte, durável e estável” dos sobreviventes no bem-estar de seus parentes falecidos, enquanto ainda estavam vivos, pode, argumenta-se aqui, incluir sua privacidade. [...] São eles, em vez de um conceito abstrato, que vão avançar a cultura da morte ao garantir um enterro decente, por exemplo, e ao observar rituais fúnebres e de respeito pelo falecido; são eles que vão, sem dúvida, “intuitivamente” desejar proteger seu ente querido de uma falta de dignidade ou privacidade, e são eles que vão estar interessados em tornar reais as garantias de que serão tratados com respeito quando estiverem mortos⁸³⁰. (tradução livre)

O reconhecimento, a verdade e a privacidade são, assim, obrigações suficientes a uma proposta que focaliza a proteção do morto naqueles aspectos em que permanece presente no meio social, na interação discursiva que ainda é proposta pelos entes queridos.

Como os três deveres são cumpridos depende das escolhas de representação do passado, o que se associa com a pessoa que um dia viveu. Deve-se observar, assim, um

⁸²⁷ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸²⁸ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸²⁹ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

⁸³⁰ No original: “*The survivors ‘strong, durable and stable’ desire in their deceased relatives well-being whilst they were alive can, it is argued here, include their privacy [...] It is they, rather than some abstract concept, that will advance the death culture by ensuring a decent burial for example, and observance of death rituals and respect for the deceased, it is they who will no doubt ‘intuitively’ wish to protect their loved one from a lack of dignity or privacy and it is they that will be keen to effect the assurance that they will be treated with respect when they are dead.*” DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020. p. 193-222.

gradiente de não-existência, que se torna mais intenso a partir do distanciamento temporal relativo à morte do sujeito, pois o entrelaçamento narrativo passa a deter cada vez menos força argumentativa e as pessoas vivas progressivamente deixam de se identificar com a posição de coautores⁸³¹.

A partir desses três deveres, portanto, justifica-se que os mortos podem ser alvos de uma posição moral ativa frente a lesões, existindo ainda deveres que lhes dizem respeito. Assim, o sujeito narrativo póstumo pode ser lesado, já que a narrativa continua a ser sobre a pessoa que era quando estava viva e é mantida pelos atos de coautoria dos vivos⁸³², afetados às suas próprias maneiras por essas práticas lesivas.

Quanto aos aspectos da proteção legal a ser conferida, a configuração desses três deveres é compatível com a teoria da situação jurídica, na medida em que a dimensão geral do dever de respeito à memória do falecido assume contornos específicos quando observada à luz da leitura que deve ser feita de uma possível lesão.

É dizer: as obrigações de respeito, veracidade e privacidade, embora partam de uma compreensão geral do que significa defender a pessoa humana, têm seus contornos definidos quando os vivos, autorizados a uma prática de testemunho sobre a vida que o falecido viveu, interpretam os fatos concretos à luz dessa história e de suas próprias. Isso somente pode ser feito a partir de uma teoria que não focaliza a pré-existência de dois polos definidos nas relações sociais, mas que se adapta às vivências em concreto e aos sentidos que podem ser construídos acerca do que ocorre após a morte.

À lesão a um projeto de vida do falecido, ainda em construção, é correto atribuir a categoria dos danos, na medida em que os entes queridos ainda podem ter condutas ativas de preservar o entendimento de si que o morto perpetuava em vida e os modos pelos quais a permanência de sua existência ainda é merecedora de atenção pela ordem jurídica. O dano configura, justamente, essa situação jurídica de violação ao dever de respeito à memória, construído concretamente à luz da sua presença continuada na comunidade, da (re)construção de sua identidade narrativa e dos três deveres específicos.

Com isso, o que se chama na doutrina jurídica de tutela dos direitos da personalidade *post mortem* é, sobretudo, a proteção da pessoa morta contra danos póstumos ou, dito de outra forma, atenção à obra de vida que produziu e que persiste na dimensão da memória. A ideia de

⁸³¹ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁸³² MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

que a tutela póstuma tem como enfoque a memória já foi defendida anteriormente por outros autores, como identificado no terceiro capítulo. João Baptista Villela, ao trabalhar a distinção entre direitos subjetivos de personalidade primários e secundários, assevera:

[Q]ualquer direito subjetivo pressupõe, aqui sem tautologia, um sujeito em relação ao qual se configure, mesmo que não o possa exercer. 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 agressão⁸³³.

Menezes Cordeiro apresenta uma análise interessante nesse ponto. Ele rejeita a teoria de prolongamento da personalidade por entender que sua manutenção não é permitida (o falecido não pode ser destinatário ou beneficiário de regras jurídicas, e nada poderia compensar um suposto dano que recebesse). Quanto à teoria da memória como bem autônomo, entende insuficiente, pois até se poderia construir um dever geral de respeito ao morto, na linha aquiliana, com atribuição de legitimidade a certas pessoas, mas isso estaria em oposição à ideia de direitos – não haveria direitos sem sujeitos, nem posições processuais sem suporte material. O certo, portanto, seria a proteção dos vivos pela ofensa à memória do morto, pelo que se atribuem a estes indenização em nome próprio, e não em nome do defunto⁸³⁴.

No entanto, para o autor, haveria uma diferença entre explicar a tutela (visualizar a quem a proteção é devida: ao morto, aos vivos ou à memória como categoria autônoma) e investigar o objeto jurídico a ser protegido⁸³⁵. Nesse ponto, ponderando acerca do que foi lesado na violação dos direitos da personalidade *post mortem*, há uma divisão em quatro possibilidades. A primeira seria a sensibilidade do falecido, uma reconstituição do que sentiria caso fosse vivo, o que seria inútil, pois seria uma abstração acerca de um ente que não têm mais interesses. A segunda consistiria na sensibilidade dos vivos, o que também não seria a hipótese correta, pois a indagação do que os familiares sentiram não afetaria a justiça da tutela concedida (isso é, os entes queridos podem não ter se sentido afetados, o que não retira a possibilidade de requererem proteção)⁸³⁶.

⁸³³ 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.

⁸³⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 542-543.

⁸³⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011.

⁸³⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011.

Sendo essas duas possibilidades iniciais afastadas, Menezes Cordeiro entende que a lei defende a memória do morto, o que o leva a postular dois outros adequados objetos jurídicos: a memória em abstrato e a memória em concreto. Esse terceiro objeto surge de uma possível construção de tutela da memória que é geral e abstrata, que se atenta ao perfil do falecido e as projeções da forma como atuou na sociedade; está em causa o respeito à sua memória, formado com aquilo que seria, se fosse vivo, seu bem da personalidade. No quarto e último objeto, está em jogo o valor do respeito que é devido, cuja quebra é sentida pelo familiar, que percebe com suas faculdades a injustiça do dano, o que está inacessível para o falecido. Ou seja, o familiar experiencia e sofre a violação ao respeito concreto da memória do morto⁸³⁷.

Algumas adaptações devem ser feitas ao entendimento de Menezes Cordeiro, uma vez que produz uma leitura equivocada da tutela como sendo do direito dos vivos, mas há aportes consideráveis a serem adotados quanto ao que consiste no objeto jurídico a ser protegido. Entende-se adequada a rejeição das duas teorias iniciais, pois de fato o objeto de proteção não pode ser exclusivamente um dos polos da situação (morto ou vivos). A reconstituição do que a lesão significaria ao falecido se dá em cotejo com a configuração do que o dano representou também aos vivos.

O principal equívoco de Menezes Cordeiro é se ver impedido pela palavra “direitos”, que aparece no art. 71 do Código Civil português⁸³⁸, a buscar construções posteriores. Tal visão acaba por se encerrar em um uso justificatório da norma jurídica, que nega a operação adicional de aplicação em face das situações presentes. Veja-se que o próprio autor reconhece que há uma diferença entre o abstrato e o concreto no que se refere à memória⁸³⁹, pelo que o mesmo raciocínio deve se dar no que tange à interpretação a ser dada à normativa. As palavras “dever” e “direitos” são usadas e têm sentidos de aplicação distintos no caso da tutela *post mortem*: enquanto os deveres fazem referência a esse respeito que é devido à construção de obra do morto, implicando em uma responsabilidade de (re)construção fidedigna e não lesiva, os direitos são aqueles pertinentes aos vivos, que, pelas conexões narrativas que formam com o ente querido falecido, têm suas próprias liberdades de agir tolhidas, sendo o caso, por exemplo, da figura da *post-mortem relational privacy*.

⁸³⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011.

⁸³⁸ Artigo 71.º 1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.

⁸³⁹ “Os direitos de personalidade adaptam as suas soluções a cada caso concreto: um ponto decisivo e no qual não deve haver recuos. A base da construção da tutela post mortem será sempre constituída pela defesa *in abstracto*, da memória do falecido. Mas ela terá de ser complementada com a ponderação in concreto da situação efetivamente registada. Preconizamos, nos termos desenvolvidos, uma síntese das terceira e quarta teorias [...]”. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011. p. 541-542.

Com efeito, não há prolongamento da personalidade do morto – o que implicaria que essa se encerrou –, nem apenas direito dos vivos. Não há também memória como um bem jurídico autônomo, pois isso significaria autonomizar a tutela da personalidade a que visa proteger. Em vez de pensar na memória como bem jurídico, mais adequado seria falar em uma situação jurídica concreta de respeito à construção identitária do falecido, o que engloba em si o dever de respeito à memória do morto, na dimensão abstrata e concreta que preconiza, e a proteção dos direitos dos vivos, na síntese da injustiça concretamente observada à luz tanto das contribuições que o morto deu à sua obra de vida, quanto dos atos posteriores de leitura e escrita que seus entes queridos ainda fazem.

A indenização deve se dar apenas quando os direitos dos vivos forem violados, pois os danos morais servem como maneira de compensar o dano; mas o falecido não deve ser alvo de indenização, sendo restrito às providências protetivas. Isso porque o dano moral funciona na ótica da compensação, em que se atribui uma quantia com o fito de dar uma contrapartida ou minorar o dano sofrido, na medida do possível, em distinção à da reparação (em que se supre pecuniariamente a vítima com o montante que perdeu ou deixou de ganhar)⁸⁴⁰. Uma compensação financeira somente é coerente quando se tenta permitir que uma autodeterminação violada seja reparada, o que somente se faz presente na hipótese em que os vivos se sintam pessoalmente lesados quando a memória do morto for atingida.

Aqui, é de valia trazer a diferenciação de Taylor entre danos “a” e danos “para”: a indenização por um prejuízo moral só teria sentido se fosse possível pensar um estado de coisas em que o bem-estar do sujeito afetado pudesse, de alguma maneira, ser compensado em face do dano sofrido. No entanto, não há perspectiva de primeira-pessoa a ser compensada no caso do morto (não há uma experiência que é pior do que se o evento não tivesse ocorrido).

Ou seja, em uma situação concreta que surja, deve-se perguntar se o autor do dano deve ser responsabilizado (na ideia de obrigação) por violação a um dos três deveres em relação ao projeto de vida do falecido, bem como se deve responder por violação às livres possibilidades de autodeterminação dos vivos (deixando claro que uma não exclui a outra).

Portanto, quando uma situação possa ser construída de forma a antever que apenas o morto foi lesado – somente sua identidade narrativa se viu afetada –, não há que se falar em indenização monetária, mas apenas em tomar as medidas necessárias para impedir a propagação do dano. O que é, por certo, diferente de quando o vivo se vê afetado pelo evento em suas experiências e à luz de sua autodeterminação e de seu envolvimento com o projeto de vida do

⁸⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 77. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109.

falecido, sendo devida a compensação pelo dano moral. É certo que as intercessões entre ambos os casos serão possíveis, o que advém da noção de entrelaçamento de histórias, o que não nega a possibilidade de que a situação jurídica seja construída à luz de uma ocorrência concreta, com suas particularidades e vivências específicas.

Com isso, conectam-se as pontas de uma prática de lembrança: memória, responsabilidade e testemunho; a obrigação que se é dada aos vivos de proteger o legado deixado pelas pessoas falecidas se une ao potencial narrativo de torná-los presentes novamente. Memória enquanto meio jurídico hábil a representar o papel que o morto ainda tem na sociedade atual, em desenvolvimento de sua narrativa inacabada e coautoral de vida; responsabilidade pelas violações a um sentido de comunidade intergeracional, de preocupação para com a preservação daqueles sem voz e com os danos que advém das conexões relevantes que se formaram; testemunho como retomada de agência e significado presente do morto, por aqueles que falam por ele (*proxys*).

Partindo da compreensão da situação jurídica é que se pode concluir que, de uma mesma configuração narrativa acerca do caso concreto, surgem diversas posições de dever e de direito, todas atentas ao entrelaçamento narrativo: dever dos vivos de respeitar e proteger a memória de danos, direito dos vivos de não serem lesados. Essas posições surgem na investigação das interações constantes que ainda se faz acerca da história do morto.

A orientação discursiva dessa teoria permite compreender que o âmbito de aplicabilidade de uma regra não é estabelecido previamente, depende das circunstâncias específicas⁸⁴¹ e da verificação de situações em que a figura do morto se apresenta como central na argumentação de imputação. Nesse contexto, diferentes direitos e deveres podem ser verificados, sendo necessário um exame adequado de como pode se atribuir um sentido jurídico à pretensa ocorrência de danos póstumos, verificando se foi o morto, os vivos ou ambos que foram lesados⁸⁴².

É nesse sentido que se pode defender que ser pessoa é estar no centro da argumentação de uma situação de liberdades ou não liberdades, uma referência para se definir acerca de direitos e deveres. Não há, com isso, que se exigir uma consciência de primeira-pessoal/moral

⁸⁴¹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

⁸⁴² Como explica Lúcio Chamon: “Somente podemos afirmar a existência de uma situação jurídica se pudermos constatar, através de uma atividade argumentativa sempre dependente de interpretações, uma determinada atribuição de sentido jurídico ao caso concretamente investigado”. CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 295.

para que esse referencial exista⁸⁴³; a presença do morto e sua história de vida determinam que certas condutas sejam ou não tomadas.

Concorda-se com Lúcio Chamon que a personalidade deve perder sua carga moral e ontológica, devendo ser, na realidade, centrada e referida numa situação tematizada, como um referente de imputação de direitos e deveres legitimamente construídos no caso argumentado. Não cabe entender que a legislação civil esgota o escopo de uma norma sobre quem deve ser tido como pessoa, pois essa somente existe na argumentação, que depende da vivência jurídica⁸⁴⁴. Construída dentro do discurso, quando aplicada ao caso das pessoas falecidas, a personalidade não desempenha um papel institucional de definição do que conta como um ente a quem se atribui uma posição nas relações jurídicas⁸⁴⁵, mas uma categoria que reconhece a importância de se legitimar as práticas de uma sociedade construída na memória e na lembrança.

A tutela *post mortem* da pessoa humana perpassa o entendimento de que a presença continuada do falecido na comunidade é uma realidade simbólica e material que não pode ser negada, mesmo em vista de uma legislação que tem a personalidade como encerrada no momento da morte. Não se busca a partir disso realizar uma visão *contra legem*, mas entender que, nos intervalos da lei, há mais do que uma leitura restrita possa identificar.

Dizer que uma pessoa sofreu um dano após sua morte não é, portanto, buscar justificativas para enquadrar o ente ausente no raciocínio da relação jurídica. É entender que a personalidade vai além da existência biológica, englobando o que (quem) se torna presente pelos atos contínuos de cuidado ofertados pelos vivos, devolvendo voz aos que não mais a tem. A noção de personalidade não condiz com lógicas limitativas de seu escopo e, como os avanços das teorias da narrativa e da memória demonstram, a lembrança que se faz da vida que se viveu ainda pertence àquela mesma vida e, portanto, àquela mesma pessoa, merecedora de respeito.

4.2.3 Casuística dos danos póstumos – *Soldier X*

Passada a análise das questões conceituais que cercam a problemática dos danos póstumos, a apreciação de alguns casos é adequada para melhor compreender como se pode

⁸⁴³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸⁴⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁸⁴⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.a

utilizar referidos aportes teóricos na resolução de questões práticas que envolvam uma pretensa violação à identidade narrativa do morto.

Um primeiro episódio foi o desenvolvido por Harbinja e Edwards, partindo de uma modificação dos fatos do caso estadunidense “*In re Ellsworth*”, sendo conhecido pela literatura como a hipótese do *Soldier X*⁸⁴⁶:

Um jovem soldado estadunidense morre em combate no Iraque. Sua viúva e herdeira peticiona acesso à sua conta de *e-mail*, mas o provedor nega o pedido com base em seus termos e condições, que proibem a transferência de senhas de contas e impõem o término da conta e a exclusão dos seus conteúdos ao se tornar ciente da morte do titular. O provedor de *e-mail* concorda, após uma ordem judicial obtida, a transferir os conteúdos do *inbox* para a viúva como um *download* digital sem entregar, com isso, as senhas. Em exame, a viúva descobre, para seu sofrimento, que os *e-mails* fornecem evidência de um relacionamento homossexual que o fuzileiro tinha com um outro soldado; alguns dos *e-mails* dizem explicitamente que não era para ela descobrir sobre isso nunca⁸⁴⁷. (tradução livre)

O problema se centra, com isso, na intercessão entre a possível violação de privacidade do falecido e o contexto digital, uma vez que os dados relativos ao relacionamento extraconjugal de *Soldier X* estavam protegidos pela sua conta de *e-mail*, a que somente ele tinha acesso.

É evidente, nesses termos, a violação à sua privacidade póstuma, na medida em que foram reveladas informações sobre sua vida pessoal que ele não gostaria que outras pessoas soubessem. E, conforme exposto ao trabalhar a temática da *post mortem privacy*, a proteção dessa faceta íntima da pessoa falecida comporta um raciocínio semelhante ao que era empregado quando ela estava viva: se sua vontade era de que o relacionamento não viesse à tona enquanto ainda podia atuar, o mesmo deve ser mantido nos momentos posteriores à sua morte.

Há, com isso, uma violação ao dever de privacidade de *Soldier X*. Ainda que a sua esposa tenha interesse em saber fatos sobre o falecido, por estar investida em sua história biográfica, é certo que nem todos os traços da personalidade de uma pessoa podem e devem ser

⁸⁴⁶ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020

⁸⁴⁷ No original: “*A young U.S. marine dies in combat in Iraq. His widow and heir petitions to have access to his webmail account, but the webmail provider stands by its terms and conditions, which forbid the transfer of account passwords and require termination of the account and deletion of its contents on notice of an accountholder’s death. The webmail provider agrees, however, after a court order is obtained, to transfer the contents of the inbox and folders to the widow as a digital download without handing over passwords. On examination, the widow finds to her distress that the e-mails provide evidence of a homosexual affair that the marine was having with a fellow soldier; some of the e-mails say explicitly that she was never to know about it*”. EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267388> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2267388>. p. 102.

conhecidos pelos demais, sobretudo quando essas informações somente se tornam acessíveis quando o sujeito não pode mais fazer nada a respeito. Os sujeitos que podem fazer escolhas sobre a descoberta de certos dados da personalidade têm uma responsabilidade, advinda do dever de privacidade, de justificar a relevância dessa revelação e a permissão para que isso ocorra.

Assim, não é pelo fato de que o soldado e sua esposa compartilharam uma narrativa comum que todas as facetas de sua vida deveriam se tornar fatos públicos (no sentido de abertos ao conhecimento de outras pessoas). O morto, ao deixar expresso nas mensagens que desejava manter o seu relacionamento secreto, fez-se presente nessas manifestações, que devem ser respeitadas, sendo indevida a disseminação injustificada dessas informações.

Fica claro, nesse contexto, os dois aspectos da privacidade trabalhados por Buitelaar: o soldado escolheu o que deveria entrar na sua área inviolável de personalidade (ainda que essa escolha não tenha sido feita por uma manifestação jurídico-formal, tal como um testamento) e, por isso, possui um interesse tutelável de ter protegido esse *locus* pessoal; fazia parte de sua obra de vida a necessidade de manter impedido o conhecimento sobre seu relacionamento, pelo que o dever de privacidade é hábil a proteger os desejos expressos pela forma que viveu.

Além da violação à privacidade do falecido, há também evidente lesão à de seu companheiro, que não teve escolha acerca da publicidade de seu relacionamento com o soldado, vendo-se lesado quanto à sua livre possibilidade de autodeterminação e quanto à maneira de interpretar a narrativa que compartilhou com o soldado. E, ainda que a esposa tenha sido a causadora do dano nesse contexto, ela também possui, a partir disso, um direito à privacidade quanto à revelação das descobertas, em manutenção ao sentido de privacidade familiar que surge do relacionamento que manteve com o morto.

Esse caso revela, portanto, como de uma mesma situação concreta podem surgir feixes distintos de imputação jurídica: dever de privacidade do morto que foi lesado; direito de privacidade de seu companheiro, também lesado; direito de privacidade da esposa frente à revelação desse dado ao público, por exemplo a partir de uma reportagem que tratasse da história⁸⁴⁸. Esses espaços de liberdade e não-liberdades surgem a partir dos relacionamentos que os vivos tiveram com o falecido e que são mantidos por meio dos atos de respeito à sua memória, realizados pelos sujeitos que tem uma responsabilidade sobre isso. Todavia, a hipótese em questão demonstra como o falecido ainda possui um espaço pessoal que não pode

⁸⁴⁸ DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020

ser livremente investigado, tanto em atenção à sua privacidade quanto em vista da privacidade de outras pessoas com quem ele se relacionava.

Essa interpretação está em contraponto com o conhecido caso julgado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), em 2018, que sedimentou entendimento acerca da possibilidade de transmissão de dados digitais do falecido, em redes sociais, aos seus herdeiros. A hipótese tratava de pedido de acesso dos pais ao *Facebook* da falecida filha, com o objetivo de investigar as circunstâncias do acidente que a vitimou em uma plataforma de metrô em Berlim, uma vez presentes suspeitas de suicídio. No julgado, foi decidido por uma regra de transmissibilidade plena do patrimônio digital, o que incluía acesso a suas redes, o que, na ótica da corte, não violava os direitos da personalidade *post mortem* nem os sigilos das comunicações do falecido e de terceiros⁸⁴⁹.

Essa visão, no entanto, parte de uma premissa equivocada, pois a transmissibilidade irrestrita do conteúdo digital, à semelhança de um tratamento sucessório, acaba por permitir a violação da privacidade de terceiros com quem as mensagens foram trocadas e a do próprio falecido que, mesmo não mais não possuindo experiências de primeira-pessoa, persiste na dimensão dos interesses que manifestou em vida e na narrativa que buscou perpetuar. Não se visualiza como o mais correto tratar as informações pessoais disponíveis no mundo *online* pela via sucessória, como uma espécie de herança digital – sobretudo se ausente manifestação expressa do sujeito titular da conta –, sob pena de violação a deveres e direitos da privacidade.

No contexto brasileiro, destaca-se o acórdão proferido na apelação cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que discutia a pretensão de uma mãe de obter acesso aos dados da conta de *Facebook* da falecida filha, bem como conseguir informações acerca da justificativa para exclusão de seu perfil⁸⁵⁰. A mãe entendia que, por ter

⁸⁴⁹ MENDES, Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Revista de Direito Público*, 15(85), 2019. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>. Acesso em 14 jan. 2023.

⁸⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Casconi, j. 9.3.2021. Em sentido contrário, há uma decisão da comarca de Guarulhos/SP, em que foi autorizado à viúva o acesso integral ao conteúdo da conta de *e-mail* de seu falecido esposo, sob a justificativa de busca da documentação necessária para instrução do inventário, bem como para verificação de contratação de seguro de vida em conjunto com a aquisição de um imóvel. Nesse caso, portanto, o acesso foi permitido sob um viés patrimonial, para que a viúva pudesse dar andamento a certas questões relativas à herança do morto. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Vara Cível de Guarulhos. Processo n. 1036531-51.2018.8.26.0224. Juiz Lincoln Andrade de Moura, 27 fev. 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/208802324/processo-n-1036531-5120188260224-do-tj-sp>. Acesso em 20 abr. 2021. Em outra decisão, também de primeira instância, na comarca de Santos/SP, foi autorizado ao pai o acesso dos arquivos contidos no *Apple ID* de seu filho, de 20 anos, vitimado em acidente de trânsito. A decisão autorizativa se baseou na ausência de resistência por parte da empresa *Apple* e ao valor sentimental dos dados armazenados do jovem falecido, consistindo nas “últimas lembranças que possuem dele”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Vara do Juizado Especial Cível. Processo n. 1020052-31.2021.8.26.0562. Juiz Guilherme de Macedo Soares. 07 out. 2021. Disponível em

acesso à conta dessa (com usuário e senha), a situação deveria ter permanecido após o seu falecimento. A empresa, todavia, defendeu-se alegando que a filha não tinha nomeado a mãe como contato herdeiro (procedimento realizado pela rede social para fins de permissão de *download* de conteúdos disponíveis na conta da falecida), pelo que não disponibilizaria acesso, evitando com isso violação ao sigilo de comunicações. O acórdão prolatado, que manteve a sentença, entendeu pelo exercício regular de direitos por parte da plataforma.

Os argumentos do acórdão podem ser agrupados da seguinte forma: (i) o acesso ao perfil da usuária falecida pela autora, por si só, já configuraria violação aos termos de uso da plataforma, justificando a remoção do perfil pela plataforma, por denúncia ou ofício, mediante a detecção de comportamentos irregulares pelos operadores da plataforma; (ii) ainda que a usuária falecida tivesse escolhido a autora como seu contato herdeiro, o login ao perfil da filha permaneceria vedado pela plataforma, que restringe, até mesmo ao contato herdeiro, o acesso a determinadas informações; e (iii) inexistente a manifestação de vontade do titular da conta, devem valer as regras previstas nos termos de uso das plataformas, quando alinhados com o ordenamento jurídico brasileiro⁸⁵¹.

Deixando de lado as questões atinentes ao desacerto da conduta do *Facebook* acerca da exclusão da conta da filha⁸⁵², verifica-se que o julgado se alinha à tese ora defendida, no sentido de que não deve ser dado acesso irrestrito ao perfil de uma pessoa apenas pela ocorrência de sua morte. A conta na rede social representa uma *persona* que o morto detinha, e a presença de um interesse dos parentes na sua história de vida não é suficiente para permitir que o dever de respeito à sua privacidade e de terceiros não tenha que ser defendido.

Nesse sentido, parece que a transformação de perfis em memoriais, conduta da plataforma na hipótese de ausência de escolha expressa de exclusão pelo titular, é mais consentânea com uma prática de testemunho e lembrança da pessoa, na medida em que as informações privadas da conta são resguardadas enquanto a faceta pública do sujeito falecido é

<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM000PN3B0000&processo.foro=562&processo.numero=1020052-31.2021.8.26.0562>. Acesso em 14 fev. 2023.

⁸⁵¹ LEAL, Livia Teixeira. BURILLE, Cíntia, HONORATO, Honorato, Gabriel. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na apelação cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). *Revista Brasileira De Direito Civil*, 28(02), 207. Recuperado de <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>. p. 211

⁸⁵² De acordo com as peculiaridades fáticas da situação, não ficou esclarecido, por parte do *Facebook*, os motivos que levaram à exclusão da conta, ao argumento de que essas informações se perdem quando a conta é deletada. Quanto a isso, acredita-se mais adequado entender que o apagamento do perfil, ausente manifestação da titular em vida ou do eventual contato herdeiro indicado, constitui ato ilícito, sujeitando a plataforma às consequências legais de violar seus próprios termos e de, indevidamente, interferir na proteção da memória do sujeito falecido. LEAL, Livia Teixeira. BURILLE, Cíntia, HONORATO, Honorato, Gabriel. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na apelação cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). *Revista Brasileira De Direito Civil*, 28(02), 207. Recuperado de <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>.

preservada, com manutenção de suas postagens e a permissão de que amigos compartilhem suas memórias com a pessoa em questão (dependendo das configurações de privacidade)⁸⁵³.

O caso *Soldier X* também levanta questões sobre a legitimidade dos vivos para pleitear a tutela. O CC, em seus artigos 12 e 20, parágrafo único⁸⁵⁴, prevê um rol estrito de sujeitos que podem requerer a medida de proteção, sendo notável a reprodução de um raciocínio sucessório, pois somente estão inclusos aqueles constantes na ordem de vocação hereditária. E, ainda, não há qualquer disposição quanto à necessidade de seguir a ordem descrita, nem sobre a hipótese de os próprios legitimados serem os causadores do dano, como é o caso da esposa que recebe acesso à conta do falecido marido.

Leonardo Zanini defende a taxatividade do rol de legitimados, pois se trataria de legitimidade extraordinária processual advinda da lei. Além disso, quanto à ordem de vocação hereditária, o autor entende que há de se separar entre as ações que contenham providências indenizatórias e as que contenham providências repressivas ou preventivas. Se o objeto da ação for simplesmente pagamento de perdas e danos, é de se respeitar a ordem de vocação, conforme descrita no parágrafo único, pois o montante já seria partilhado entre os herdeiros conforme o direito sucessório. Do contrário, caso haja também providências outras que a patrimonial indenizatória, não há razão para seguir a ordem, pois o Código procurou legitimar uma ampla gama de pessoas para requerer essa tutela⁸⁵⁵.

Anderson Schreiber, por sua vez, é crítico em relação à forma pela qual tal proteção foi conferida pelo CC, que incorreu em equívoco ao relacionar as pessoas legitimadas para tutela com aquelas que possuem interesse patrimonial por questões sucessórias. Tal postura seria perigosa, pois daria ensejo a conflitos derivados de interesses oportunistas dos parentes, visando mais enriquecimento próprio que a proteção dos direitos da personalidade. Seria, com

⁸⁵³ Informações retiradas dos Termos de Uso do Facebook: “As contas transformadas em memorial são um local onde amigos e familiares podem se reunir para compartilhar lembranças, após o falecimento de uma pessoa. As contas transformadas em memorial têm as seguintes características: A expressão “Em memória de” será exibida ao lado do nome da pessoa em seu perfil; Dependendo das configurações de privacidade da conta, os amigos poderão compartilhar memórias na Linha do Tempo do memorial; O conteúdo que a pessoa compartilhou (por exemplo: fotos, publicações) permanecerá no Facebook e ficará visível para o público com o qual foi compartilhado; [...] Ninguém poderá entrar em uma conta transformada em memorial”. FACEBOOK. Sobre as contas de memorial. Disponível em <https://pt-br.facebook.com/help/1017717331640041>. Acesso em 18 jan. 2023.

⁸⁵⁴ 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; Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

⁸⁵⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 239; ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 228-229.

isso, equivocadamente entender que somente os sujeitos da ordem de vocação podem proteger a privacidade do morto, como se fosse uma coisa transmitida por herança⁸⁵⁶.

Solução mais adequada seria ter deixado as portas abertas à iniciativa de qualquer pessoa que tivesse “interesse legítimo” em ver protegida, nas circunstâncias concretas, a personalidade do morto. [...] Ao juiz seria possível coibir eventuais abusos na análise do “interesse legítimo” para cada ação judicial em particular [...]”⁸⁵⁷.

Lucas Faccio e Fábio Siebeneichler, ao analisarem a questão da legitimidade aplicada ao dano da morte, demonstram a existência de dois modelos. O primeiro é mais restritivo e preocupado com a segurança jurídica, evitando que discussões surjam a respeito de quem são os terceiros que podem se beneficiar de eventual indenização, bem como para restringir a presença de diversas ações e diminuição dos valores ressarcitórios (com a repartição do polo ativo em vários litigantes). Assim, os legitimados seriam apenas os indicados pela legislação, em geral atribuída a um núcleo relacional próximo ao falecido, de cunho familiar e estrito, como é o caso do direito alemão. No segundo modelo, exigir-se-ia apenas a demonstração de um “interesse juridicamente protegido” e de um vínculo não necessariamente jurídico, estando aberto aos aportes da afetividade (como nos direitos italiano e francês). Assim, as ligações familiares não seriam requisitos necessários nem suficientes, tendo que se atentar à intensidade da relação afetiva e ao grau de perda e comprometimento que advém da lesão ocasionada⁸⁵⁸.

No contexto brasileiro, o STJ tem decisões que favorecem a visão vinculada⁸⁵⁹, sendo a legitimidade conectada ao contexto familiar, nos termos do parágrafo único do art. 12, CC. Há, todavia, espaço para discussão: no RESP n. 1.615.979/RS, julgado em 2018⁸⁶⁰, concedeu-se à namorada indenização pelo dano da morte, sem existência, portanto, de vínculo familiar formal, abrindo margem para legitimidade independente de relação familiar legalmente estabelecida.

Defende-se no presente trabalho que uma interpretação restritiva dos legitimados, mantidos nas circunscrições do vínculo familiar formal e reduzido, não deve se sustentar. O rol

⁸⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 153-154.

⁸⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 153-154.

⁸⁵⁸ FACCIO, Lucas; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a legitimidade para o dano moral por ricochete em perspectiva comparada: em favor de uma interpretação ampliada no direito civil brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-a-legitimidade-para-o-dano/>. Data de acesso 11 dez. 2022.

⁸⁵⁹ No RESP 1.076.160/RS, julgado em 2012, o noivo foi proibido ao argumento de não integrar a família da vítima, não se inserir na ordem de vocação e acarretar na redução da indenização aos pais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1076160/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 10/04/2012, DJ de 21/06/2012). No RESP 1.734536-RS, foram tidos como legítimos apenas os que integram a via sucessória: a “família direta da vítima”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1734536/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 06/08/2019, DJ de 24/09/2019.

⁸⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1615979/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 12/06/2018, DJ de 15/06/2018.

estrito é incompatível com a própria lógica do sistema, em se tratando de direito dos vivos, pois a tutela se dá em razão das relações que foram firmadas com o morto, o que não pode se restringir ao meio familiar. Qualquer um que se sentir afetado em vista de suas conexões com o falecido pode, então, pleitear a tutela protetiva; do contrário, haveria uma limitação à própria defesa dos direitos da personalidade.

A preocupação com a diminuição dos valores ressarcitórios é um falso problema, na medida em que seu arbitramento deve se atentar às especificidades dos sujeitos que a pleiteiam. E, como a indenização somente poderia se dar em face de violação a direito dos vivos, deve o cálculo se ater à extensão do dano em relação ao sujeito em questão, mesmo que vários sejam os litigantes no polo ativo.

A preservação da ordem apresentada no parágrafo único também se mostra indevida, pois define de antemão (e sem possibilidade de disputa) quem está autorizado à tutela. A teoria da situação jurídica demonstra que, para que o respeito ao falecido seja pleno, não se podem privilegiar os raciocínios que buscam resolver a realidade fática por meio de abstrações; é sempre necessário analisar o caso concreto, para que se possa definir quem são os sujeitos mais adequados a proteger a identidade narrativa do morto, buscando com isso a tutela jurisdicional.

A realização de um rol *a priori* vai em contramão da investigação realizada na presente pesquisa. Isso porque o importante é ter um vínculo relacional e ainda presente, que justifique a atribuição de autoridade testemunhal: a competência para falar em vista da ausência de voz ativa do falecido.

Os familiares, entendidos como aqueles presentes no parágrafo único, portanto, não precisam justificar o exercício de uma pretensão protetiva, militando presunção em seu favor, mas que pode admitir prova em contrário, caso outros sujeitos demonstrem que a tutela está sendo exercida em contramão aos desejos e interesses do falecido, interpretados no sentido de seu projeto de vida. A legitimidade para tutela não deve se encerrar nos familiares, porém, estando aberto a demais pessoas requerer a proteção, contanto que demonstrem autoridade testemunhal por meio de um vínculo afetivo que não precisa, necessariamente, ser jurídico. Assim, namorados, amigos próximos, parceiros de negócios, familiares não descritos no parágrafo único etc. podem também pretender tutela jurisdicional, o que é mais consentâneo com a responsabilidade que se tem sobre o que se faz com a identidade narrativa de um falecido, permanentemente em disputa.

A legitimidade deve assumir, portanto, um critério relacional não contido no vínculo familiar, com os aportes da teoria do testemunho, sem a definição prévia dos sujeitos que podem realizar a proteção e nem mesmo de uma ordem de preferência à interpretação que deve ser

dada. É necessária uma atuação zelosa por parte do magistrado, de forma a reconhecer esses afetos não transformados em vínculos jurídico-familiares e buscar dar primazia àquela visão da identidade narrativa do morto que privilegie o projeto de vida que buscou construir. Essa solução, todavia, é *contra legem*, pelo que impõe a necessidade de promover uma reforma no rol dos legitimados dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do CC.

4.2.4 Casuística dos danos póstumos – Christina da Suécia

Em 1965, o túmulo do Monarca Christina da Suécia foi aberto em Roma pelo pesquisador Carl-Herman Hjortsjö que, apesar de ter se comprometido a não tocar o corpo, reteve um pedaço de tecido de seu vestido, tendo sido isolado um componente de DNA, atualmente armazenado em Uppsala. Ao descobrir essa situação, um jornalista entrou em contato com a pesquisadora que tinha acesso ao material com objetivo de realizar uma análise genética de Christina, cujo gênero biológico tem sido discutido por historiadores por mais de 300 anos. Na Suécia, existe uma lei de privacidade genética que somente se aplica aos vivos e aos mortos em até 70 anos após sua morte, o que significa que no país não haveria violação legal à realização de testagem de DNA no material guardado (tendo Christina nascido em 1626 e falecido em 1689)^{861 862}.

Em vida, Christina adotou diversos comportamentos que puseram em dúvida sua identidade enquanto mulher. Além de ter sido criado como herdeiro do trono (por ser o único filho de Gustav II Adolf e, com isso, futuro Rei da Suécia), o que era incomum em se tratando de uma pessoa socialmente vista como mulher, há fontes históricas que demonstram que Christina possuía atributos biológicos ambíguos. À parte de dúvidas acerca da possibilidade de

⁸⁶¹ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1; MASTERTON, Malin. *Duties do past persons. Moral standing and posthumous interests of old human remains*. Acta Universitatis Upsaliensis. Digital Comprehensive Summaries of Uppsala Dissertations from the Faculty of Medicine 557. 76 pp. Uppsala. ISBN 978-91-554-7798-1.

⁸⁶² Na apresentação do caso de Christina, optou-se por utilizar o pronome “ele” em referência à sua identidade de gênero (em oposição à categorização de Rainha Christina), uma vez que há fontes históricas que fornecem evidências dessa opção. Assim, por exemplo, em uma carta enviada pelo *Abbé de Servient*, relata-se que Christina foi surpreendida por um crescimento de pele que gerou a expectativa de que estivesse se tornando um homem, o que o deixou notavelmente esperançoso, mandando até mesmo ter um retrato pintado em roupas de soldado, sob o nome “*Alexander Suecorum rex*” (Alexandre Rei dos Suecos). MICHAUD, Eugène. *Louis XIV et Innocent XI: d'après les correspondance diplomatiques inédites du ministère des affaires étrangères de France*. Tome I Innocent XI et sa cour. Paris: G. Charpentier, 1882. Disponível em https://archive.org/stream/louisxivetinnoc01mich/louisxivetinnoc01mich_djvu.txt. Acesso em 17 jan. 2023. Para mais acerca dessa escolha, cf QUEER AS FACT. A queer history podcast. Christina of Sweden. Locução de: Alice; Irene; Eli. [S.l.]: 01 jul. 2019. Podcast. Disponível em: <https://queerasfact.podbean.com/e/christina-of-sweden/>. Acesso em 16 jan. 2023. Em sentido contrário, pode-se destacar que o questionamento da identidade de gênero feminino de Christina pode ter como pressuposto implícito a necessidade de diminuir suas conquistas enquanto mulher, entendendo-se que essas somente poderiam ser alcançadas se ela fosse, de certo modo, “masculinizada”. MASTERTON, Malin *et. al.* Can the dead be brought into disrepute? *Theoretical Medicine and Bioethics*. Vol. 28. p. 137–149. Springer 2007. DOI 10.1007/s11017-007-9028-y.

isolar o material genético necessário, foram levantados questionamentos sobre a violação de sua privacidade póstuma. Para Masterton, o critério no caso de Christina não pode ser a existência de um parente vivo (que teria razões indiretas para não querer a informação revelada), mas o fato de que sua informação genética é um dado sensível, logo deveria ser protegido. A autora defende que pessoas históricas teriam uma manutenção quanto ao dever de privacidade informacional, isso é, à inviolabilidade de certos dados pessoais póstumos, já que nem todos os fatos sobre uma pessoa podem ser revelados, não bastando o argumento de que a morte retira as proteções a serem fornecidas⁸⁶³.

A partir da teoria da identidade narrativa, Masterton esclarece que, embora Christina não consiga mais contribuir para sua própria identidade, a pesquisa que sobre ele é feita tem o condão de interferir nessa formação de sentido. Há, assim, um feixe de deveres decorrentes dessa posição de coautoria, dentre eles o de privacidade – relativo à importância de não revelar informações sensíveis que possam impactar o entendimento que ele tinha a respeito de sua própria obra de vida. A narrativa fragmentária que surgiria com a investigação de seu DNA ainda lhe diz respeito, e por isso deve ser impedida de ocorrer⁸⁶⁴. Para manter a reputação de uma pessoa falecida, deve-se diferenciar a pura curiosidade das investigações de caráter histórico, embasadas em evidências. E a informação, para ser revelada, tem que ter algum nível de justificativa e relevância⁸⁶⁵.

Assim, o ônus se encontra na prova de que certas informações pessoais são de interesse público (ainda que sejam verdade no ponto de vista factual), como por exemplo se ajudassem a entender processos históricos em disputa. No entanto, no caso de Christina, essa informação é privada (tanto na perspectiva de seu tempo quanto atualmente)⁸⁶⁶ e não há justificativa razoável para que a pesquisa seja feita⁸⁶⁷. Na condição de guardiões de sua identidade, os vivos devem se atentar à responsabilidade sobre quais traços pessoais se escolhe revelar, preservando-

⁸⁶³ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁸⁶⁴ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

⁸⁶⁵ MASTERTON, Malin *et. al.* Queen Christina's moral claim on the living: Justification of a tenacious moral intuition. *Medicine, Health Care and Philosophy*. Vol. 10. p. 321–327. Springer 2007. DOI 10.1007/s11019-006-9044-0.

⁸⁶⁶ Como trabalha Masterton, não estava no campo de possibilidades de Christina imaginar os avanços na teoria biológica, pelo que em vida sequer lhe estava disponível a escolha do que fazer com seu material genético. Os questionamentos sobre seu gênero via sequenciamento de DNA dizem mais sobre a sociedade contemporânea do que acrescentam em termos de narrativa de Christina. MASTERTON *et al.* In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁸⁶⁷ MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

os em face de argumentações inconsistentes. As histórias que se conta sobre Christina atualmente afetam a pessoa que ele um dia foi⁸⁶⁸.

Concorda-se com a argumentação de Masterton: ainda há um dever de respeito à privacidade de Christina, faltando argumentação razoável para promoção da investigação que vai de encontro à sua identidade biográfica. Não só isso, partindo de uma perspectiva crítica de gênero, a pesquisa que foi proposta pode ser tida como lesiva à comunidade *queer*, na medida em que busca impor um padrão biológico quanto à investigação da vida de uma figura histórica. Assim, a preocupação não é tanto com sua vivência não convencional pelos padrões da sociedade patriarcal da época, mas com um critério “científico” de caracterização de sua personalidade.

Difamação pode ter o sentido de espalhar informações falsas, mas também de espalhar informações corretas com a intenção de deturpar a pessoa se essa informação não tem justificativa para ser tornada pública ou se a disseminação do fato é feita apenas de um lado. O interesse no gênero da Rainha Christina, para os historiadores, tem razões dúbias. [...] Por quê a natureza biológica de sua identidade sexual é relevante para a narrativa histórica dela e de sua vida⁸⁶⁹? (tradução livre)

Há que se pensar, nesse caso, em uma ofensa a grupos sociais que demandam reconhecimento na contemporaneidade, à semelhança de Christina, sendo a revelação dos seus dados genéticos um evento que pode notadamente servir como campo de disputa discursiva e uma maneira de reduzir a importância da questão social. Nessa perspectiva, é adequado compreender pela ocorrência de danos póstumos, o que afeta também o entendimento que se faz acerca das realidades de gênero e sexualidade na comunidade dos vivos.

O caso Christina também auxilia a entender porque o lapso temporal extenso que se passou entre sua morte e a investigação pretendida não retira a proteção que deve ser fornecida. Como explica Blustein, o distanciamento histórico impacta na importância normativa e significativa que certos eventos têm em relação às pessoas vivas. A prática de lembrar auxilia os sujeitos engajados a cumprir suas responsabilidades memoriais, o que depende do compromisso da sociedade em realizar atitudes valorativas para com as pessoas do passado. Para que uma obrigação de lembrança (e respeito) exista, um critério adequado para medir

⁸⁶⁸ MASTERTON et al. In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wronging. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

⁸⁶⁹ No original: “Slander can here entail to spread false information, but also to spread correct information with the intention of misrepresenting a person if this information has no justification for being made public or if the information spread is one-sided. The interest in Queen Christina’s gender for historians has dubious reasons. [...] Why is the biological nature of her sexual identity of relevance for the historical accounts of her and her life?”. MASTERTON, Malin et. al. Queen Christina’s moral claim on the living: Justification of a tenacious moral intuition. *Medicine, Health Care and Philosophy*. Vol. 10. p. 321–327. Springer 2007. DOI 10.1007/s11019-006-9044-0.

questões sobre o tempo parece ser o distanciamento dos eventos com a situação social presente, de forma que seja relevante lembrar daquilo que está em contato com as circunstâncias históricas atuais⁸⁷⁰.

Existe, então, certa liberdade para escolher como uma prática de memória pode se dar, o que se desenvolve a partir de razões de verdade e outras em geral, como por exemplo privacidade e respeito a grupos sociais. Com isso, lembrar de certos indivíduos ou fatos históricos pode não ter mais relevância para o contexto ou até mesmo ser impraticável por razões de conveniência⁸⁷¹. Disso se extrai que a preocupação temporal é, na realidade, um diálogo sobre até que ponto a violação do passado pode entrar em contato com o presente. As responsabilidades de memória não são temporalmente delimitadas ou delimitáveis via padrão abstrato, que defina de antemão até que ponto uma exigência jurídica pode ser feita.

Porque deveres de lembrança não são tarefas específicas cuja performance liberta a pessoa de obrigações futuras, não existe um fim definitivo para eles. Eles não são o tipo de obrigação que pode ser cumprida de uma vez por todas e, nesse sentido, eles não são limitados no tempo⁸⁷². (tradução livre)

Deve haver um balanceamento entre as exigências da lembrança e as permissões do esquecimento que permita que os relacionamentos com os entes queridos sejam mantidos até o ponto em que faça sentido para os vivos. A métrica deve ser, então, no caso das pessoas privadas, a medida pela qual um sujeito vivo se entenda inserido no processo de coautoria da vida do morto, o que não pode ser feito definindo um período de tempo específico⁸⁷³. A isso se impõe um controle judicial, para garantir que a proteção não está sendo feita meramente por questões oportunistas, e sim por uma preocupação com a identidade biográfica do sujeito potencialmente lesado.

Há que se analisar também se a tutela está sendo buscada por uma violação à privacidade e verdade do falecido, do(s) postulante(s), ou de ambos. Isso porque enquanto obrigações de memória dos mortos podem ser mitigadas por questões de conveniência e

⁸⁷⁰ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 217.

⁸⁷¹ BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 217.

⁸⁷² No original: “*Because the duties of remembrance are not specific tasks whose performance relieves one of further obligation, there is no definitive end to them. They are not the sort of obligation that can be discharged once and for all and, in this sense, they are not time limited*”. BLUSTEIN, Jeffrey. *The Moral Demands of Memory*. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 292.

⁸⁷³ Fábio Siebeneichler de Andrade entende necessário restringir o escopo temporal de proteção, para evitar exploração por diversas gerações de descendentes. (ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. In: *Revista Derecho del Estado*. n.30, enero-junio 2013, p.103-124. p. 106-108). José de Oliveira Ascensão faz crítica semelhante, no âmbito dos direitos autorais, por entender que a proteção se liga àqueles que estão mais próximos do falecido, devendo se dar por até uma geração (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 339). Não se concorda com essa crítica, pois a delimitação temporal nega que o entrelaçamento de histórias se dá no contexto de uma comunidade transgeracional, não ligada à primeira ordem dos parentes (e nem mesmo aos laços familiares).

distanciamento temporal elevado, a tutela dos vivos parece ser dotada de mais vitalidade, a não permitir que certos argumentos sejam suficientes para afastar a possibilidade de pleitear medidas satisfativas ou compensatórias.

Ademais, em termos de injustiças públicas, como é o caso de Christina, a delimitação temporal é ainda mais perigosa, pois implica em desrespeito a grupos sociais que ainda disputam lugar na sociedade contemporânea. Impedir a invasão da sua privacidade, por meio de uma testagem de DNA – evolução tecnológica inexistente no momento de sua vida –, é também impedir uma visão biológica sobre a comunidade *queer*, que possui legitimidade para impedir tal ato danoso. Assim, deve se considerar, no caso concreto, as justificativas para revelar a informação e a relevância disso para o contexto social. Ainda que Christina não tivesse descendentes vivos, a tutela nesse caso assume uma dimensão de coletividade, pelo que é permitido que agrupamentos sociais busquem a proteção judicial contra a perpetuação do dano à identidade histórica do sujeito e, conseqüentemente, à identidade desses grupos atuais, ainda em constante luta pelo sentido de suas vivências.

4.2.5 Casuística dos danos póstumos – Sebastian Bowles

Outro caso interessante para análise foi relatado durante o “*Leveson Inquiry*”, um inquérito público judicial britânico sobre a cultura, a ética e as práticas da imprensa nacional, cujas audiências públicas ocorreram 2011 e 2012. No procedimento, foi relatado o caso da família Bowles, composta por Edward (pai), Ann (mãe), Helena (irmã) e Sebastian⁸⁷⁴. O filho mais velho Sebastian, de 11 anos, faleceu em um acidente de ônibus ao retornar de uma excursão escolar à Bélgica para a prática de esqui. O jornal *The Sun* publicou um artigo sobre a morte da criança, que incluía uma fotografia do garoto em roupas de frio e a citação de uma frase que ele escreveu em um blog montado pela escola para permitir a comunicação entre pais e filhos: “Querida Mamãe, Papai, Helena e Flopsy. Eu já consigo esqui muito bem. Nós comemos cachorro-quente... é muito bom aqui”⁸⁷⁵ (tradução livre).

Além disso, foi publicada pelo jornal *Daily Mail* uma foto de Edward e Helena – de 9 anos de idade – em estado de enlutamento e sofrimento intenso, tirada no hotel em que a família

⁸⁷⁴ THE LEVESON INQUIRY. *An inquiry into the culture, practices and ethics of the press report*. Witness Statement of Giles Humprhy Crown. November 2012. Disponível em <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140122191055/http://www.levesoninquiry.org.uk/wp-content/uploads/2012/06/Witness-Statement-of-Giles-Crown.pdf>. Acesso em 14 jan. 2023.

⁸⁷⁵ No original: “*Dearest Mama, Papa, Helena and Flopsy. I can already ski quite well. We had hot dogs ... it’s really great here*”. THE LEVESON INQUIRY. *An inquiry into the culture, practices and ethics of the press report*. Witness Statement of Giles Humprhy Crown. November 2012. Disponível em <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140122191055/http://www.levesoninquiry.org.uk/wp-content/uploads/2012/06/Witness-Statement-of-Giles-Crown.pdf>. Acesso em 14 jan. 2023.

estava hospedada ao descobrir sobre a morte do garoto, sem a autorização de qualquer um dos envolvidos. Outro jornal, *The Mail*, publicou também fotos da família que Edward mantinha em seu perfil pessoal do *Facebook*, cuja configuração de privacidade estava ativada para “apenas amigos”.

Os fatos acima relatados demonstram com clareza a necessidade da categoria da *post mortem relational privacy*: embora não se possa dizer propriamente que houve uma violação à privacidade póstuma de Sebastian (o blog em que postou a mensagem era público e não protegido com senha, e a foto publicada mostrava o garoto em uma situação de diversão)⁸⁷⁶, é evidente que a publicação das fotos da família em processo de luto viola as suas próprias liberdades e capacidades de autodeterminação. Vê-se que o dano aos direitos de privacidade dos vivos está intrinsecamente relacionado à conexão que mantinham com o falecido garoto, ensejando uma faculdade protetiva em vista da história de família compartilhada.

Há a necessidade de proteger o processo de luto do núcleo familiar de intrusões indevidas de terceiros, para que com isso possa se promover uma prática de lembrança acerca de Sebastian que respeite tanto ele quanto os seus entes queridos. O garoto e sua família não eram figuras públicas, faltando a esse contexto um interesse público na divulgação das imagens em questão. Nesse caso, encontra-se presente tanto a possibilidade de pleitear a retirada das publicações do ar quanto a pretensão de requerimento de indenização pelos danos morais sofridos, o que os familiares fazem em nome próprio.

Percebem-se similaridades entre este caso e o REsp 268660/RJ, citado anteriormente no terceiro capítulo. No referido processo, o STJ julgou recurso em que se discutia indenização devida a Glória Perez, em razão de o jornal “O Dia” ter publicado, em oito diários seguidos, e contra sua expressa vontade, uma reportagem sobre o crime de homicídio que vitimou sua filha Daniella Perez. As histórias eram estampadas por 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, a foto (que ocupava uma página inteira) da personagem de sua filha em uma situação amorosa com a personagem de seu assassino, somado ao contexto em que foi apresentada, daria ao público leitor a falsa impressão de que o relacionamento retratado se estenderia à vida pessoal dos atores, o que não seria condizente com a realidade⁸⁷⁷.

⁸⁷⁶ É possível pensar nesse caso em violação à privacidade de Sebastian em razão da publicação de uma foto sem sua autorização, bem como em atenção ao fato de ainda ser uma criança. O que se buscou enfatizar nesse ponto é a ausência de uma violação póstuma da privacidade, o que se daria por exemplo com a publicação de fotografias de seu cadáver ou de seu acidente.

⁸⁷⁷ 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.

Nesse caso nacional, há uma violação dúplice. Daniella Perez não teve respeitados os deveres quanto à sua privacidade (com a divulgação de pretensos fatos sobre sua vida afetiva) e à verdade de sua história (pois o jornal publicou uma foto em manipulação dos fatos reais, possibilitando uma interpretação dúbia). Sua mãe Glória, conseqüentemente, também sofreu danos morais em razão da manutenção do relacionamento com sua filha, sentindo-se com isso afetada pelas inverdades da informação que foi disponibilizada sobre seu ente querido. Como expôs o Relator, “não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecido filho, como são os que mais se abatem e se deprimem [...]”⁸⁷⁸.

Assim, enquanto é possível que as pretensões de retirada da publicação e retratação pública acerca dos fatos sejam deferidas em preservação à memória da falecida filha (na ótica da responsabilidade sobre a lembrança que é feita do morto), a indenização por danos morais deveria ser efetivada em vista da violação dos direitos de sua mãe, na ótica da *post mortem relational privacy*.

Os casos de Sebastian Bowles e Daniella Perez são, portanto, de grande valia para evidenciar em que medida a disseminação descuidada (com viés jornalístico exploratório em ambos os contextos) de fatos sobre memória do morto, seja pelo descaso com a imagem de um garoto recém vítima de um acidente trágico, seja pela publicação inverídica ou dissimulada de informações pessoais, pode afetar tanto a lembrança que se tem do morto quanto às livres possibilidades de ação dos vivos, no ato de leitura e construção das obras de vida dos envolvidos.

4.2.6 Casuística dos danos póstumos – *Putistin vs Ukraine*

Um caso de relevante análise para a tutela do direito à memória dos falecidos foi julgado em 2013 pela Corte Europeia dos Direitos Humanos, com a denominação *Putistin v. Ukraine (Application no. 16882/03)*. Na hipótese fática, Vladlen Mikhaylovich Putistin requereu o reconhecimento da violação ao seu direito de reputação, em vista da conduta da corte doméstica de não retificar uma informação difamatória publicada pelo jornal "*Komsomolska Pravda*" que dizia respeito ao seu falecido parente⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ 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

⁸⁷⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Putistin v. Ukraine*. 2013. Disponível em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/1154.html>. Acesso em 16 jan. 2023

O pai do aplicante foi Mikhail Putistin, um ex-jogador do clube de futebol *Dynamo Kyiv* que participou, em agosto de 1942, de uma partida realizada entre um time predominante composto por jogadores do *Dynamo* e o outro por pilotos alemães da *Luftwaffe*, durante a Alemanha nazista. A partida terminou com a derrota do time alemão, apesar de denúncia de arbitragem injusta por parte de um oficial da SS, bem como de ameaças de sanção. Após a vitória, os jogadores do *Dynamo* sofreram sérias retaliações, tendo sido presos e enviados a campos de concentração – dentre eles, Mikhail –, sendo quatro destes executados posteriormente. Em abril de 2002, o jornal supracitado publicou um artigo intitulado "A verdade sobre o Jogo da Morte", que continha o pôster da partida (na época em que foi realizada) com os nomes de todos os jogadores, bem como uma entrevista com um diretor e produtor de cinema acerca de um plano para fazer um filme sobre o evento. No corpo da reportagem, foi publicado o nome de quatro jogadores do *Dynamo* que foram executados, sem nomear o pai do aplicante.

Na entrevista, o produtor afirmou que somente havia quatro atletas do *Dynamo* no time e que foram esses os executados; os outros jogadores teriam colaborado com a *Gestapo*. Ante isso, o filho de Mikhail postulou que a revista sugeriu que seu pai prestou auxílio à polícia nazista, pois não esclareceu que ele também foi preso e era integrante do *Dynamo*, tendo sido excluído desse enquadramento pelo comentário do produtor. Assim, a conclusão que poderia ser alcançada por um leitor da matéria era que Mikhail colaborou com a *Gestapo* e por isso não foi executado, ao contrário dos outros quatro jogadores. Vladlen Mikhaylovich entendeu que isso era um descrédito à reputação de seu pai e à sua. O embasamento legal da demanda foi o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que tem o escopo de proteger a vida privada da pessoa humana⁸⁸⁰.

A corte doméstica negou a pretensão de retificação e indenização ressaltando que o artigo não mencionava o nome do pai e não alegou diretamente que ele tinha auxiliado a gestão nazista, uma vez que apenas continha uma entrevista em que se apresentou a visão de um diretor e produtor acerca de personagens por eles criados. A Corte Europeia, por sua vez, manteve a decisão, por ter alcançado um adequado balanceamento entre o direito à privacidade e o de liberdade de imprensa, notadamente pelo caráter público do debate acerca de questões históricas do país e do próprio time. O argumento central para rejeitar a demanda foi o de que o filho de

⁸⁸⁰ ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Mikhail não foi diretamente afetado pela reportagem, afirmando ainda que a sugestão de colaboração com a *Gestapo* não poderia ser uma interpretação comum a todos os leitores, dependendo de conhecimentos específicos.

Para interpretar o artigo como alegando que o pai do aplicante colaborou com a *Gestapo*, seria necessário que o leitor soubesse que o nome do pai do aplicante apareceu no pôster original da partida. O que está claro, todavia, é que o nome do pai não era identificável do artigo publicado, porque os nomes que apareciam abaixo da fotografia do pôster, como reproduzida pelo artigo, estavam ilegíveis. A Corte pode aceitar que o aplicante foi afetado pelo artigo, mas apenas de uma forma indireta, no sentido de que um leitor que soubesse que o nome do pai do aplicante estava no pôster de 1942 poderia extrair conclusões negativas sobre seu pai⁸⁸¹. (tradução livre)

Abre-se, portanto, uma margem de interpretação no sentido de que, caso a demanda fosse proposta por Mikhail, as conclusões poderiam ser diversas⁸⁸². Seu filho, no entanto, foi apenas marginalmente afetado, o que não seria suficiente para permitir uma reparação, possível apenas em circunstâncias excepcionais.

Em sua opinião de concordância, *Judge Lemmens* afirmou que a reparação não poderia ser concedida porque os eventos do "Jogo da Morte" ainda estavam em aberto para interpretação histórica. Quanto a isso, cita outra entrevista presente no artigo, realizada com um diretor de TV e o vice-diretor do Museu Histórico de Kyiv, em que se extrai que o clima após o jogo era de patriotismo e não de tensão, e que o aprisionamento dos jogadores se deu em represália aos furtos ocorridos em um estabelecimento em que trabalharam, e os assassinatos ocorreram como punição por ações tomadas pelo movimento de resistência em Kyiv⁸⁸³.

Analisando os argumentos tecidos pela Corte Europeia, entende-se que a visão que guiou o voto do Presidente não deve ser acolhida, uma vez que não se atenta às ideias de identidade narrativa e entrelaçamento de histórias. Embora a lide não tenha sido instaurada por Mikhail, é certo que seu filho Vladlen possui autoridade testemunhal para defender que o dever

⁸⁸¹ No original: "In order to interpret the article as claiming that the applicant's father had collaborated with the Gestapo, it would be necessary for a reader to know that the applicant's father's name had appeared on the original poster for the match. What is clear, however, is that his father's name was not identifiable from the article that was published because the names appearing under the photograph of the poster as reproduced by the paper were illegible. The Court can accept that the applicant was affected by the article, but only in an indirect manner, in the sense that a reader who knew that the applicant's father's name was on the 1942 poster might draw adverse conclusions about his Father". EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Putistin v. Ukraine*. 2013. Disponível em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/1154.html>. Acesso em 16 jan. 2023

⁸⁸² A Corte Europeia afirma nesse sentido: "A questão sobre quem propôs a ação, se a própria pessoa difamada ou seu herdeiro, também pode ser relevante ao definir a proporcionalidade de uma interferência" (tradução livre). No original: "The question of whether an action is brought by the defamed person himself or by his heir may also be relevant for assessing the proportionality of an interference". EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Putistin v. Ukraine*. 2013. Disponível em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/1154.html>. Acesso em 16 jan. 2023

⁸⁸³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Putistin v. Ukraine*. 2013. Disponível em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/1154.html>. Acesso em 16 jan. 2023

de respeito à memória de seu pai seja protegido, especialmente frente a pretensas violações à veracidade de sua biografia. A sugestão de colaboração com o regime nazista, feita pelo jornal, imputa fatos graves à reputação de uma pessoa privada, que pode ser afetada mesmo após sua morte.

É necessário, com isso, cautela frente à disseminação dessa informação, sobretudo ante à publicação de uma entrevista que alega tais fatos em oposição a evidências concretas (Vladlen muniu o processo com provas obtidas perante o Serviço de Segurança Estatal da Ucrânia e o Registro de Arquivos Estatais de Kyiv – *State Security Service of Ukraine* e *Kyiv Regional State Archives*, respectivamente – de que Mikhail foi detido em um campo de concentração após a partida e de que não há informação alguma de que colaborou com a polícia de ocupação). A isso se soma o fato de que o jornal não pode se defender ao argumento de que o produtor se referia, em sua fala, a um personagem de sua criação, uma vez que as intercessões entre história e ficção previnem a isenção de responsabilidade, sobretudo quando se tratam de fatos sobre pessoas reais e identificáveis, dado o contexto da publicação.

Assim, é certo que a lesão à reputação de seu pai também gera efeitos na história conjunta que compartilhava com seu filho, que também vê sua reputação lesada. A proteção ao dever de verdade dos mortos implica a possibilidade de que os vivos também sejam vítimas de danos, na medida em que são coautores da história e também atuam no processo de construção de suas próprias identidades. Entender que uma violação “indireta e marginal” à Vladlen impede uma resposta jurídica é desconsiderar a importância que a memória do pai tem em sua vida.

O argumento tecido na opinião concordante, todavia, é mais convincente, porque mostra que não existe uma verdade final, estando os fatos sobre uma identidade narrativa abertos à discussão e reinterpretação constantes. No entanto, é sempre necessário apresentação de evidências para o questionamento acerca de uma determinada história de vida, sob pena de violação do dever de verdade frente às pessoas falecidas. Quanto a isso, o caráter público da discussão histórica, que não se restringe ao entendimento particular de um indivíduo ou família sobre os fatos do passado de seus integrantes, pode ser suficiente a permitir a primazia da liberdade de expressão e ausência de responsabilização pelos danos causados ao filho. Isso não muda o fato, todavia, de que houve a sugestão por parte do jornal de que Mikhail colaborou com o regime nazista, o que impõe uma retificação, pela via de uma manifestação crítica acerca do teor da entrevista ou o esclarecimento frente às provas encontradas sobre sua participação na partida e as consequências disso.

O caso também serve à discussão acerca do período de proteção da memória da pessoa falecida. Embora a partida tenha ocorrido em 1942 e o artigo publicado em 2002, apartados, portanto, em 60 anos, é certo que ainda há relevância nos fatos narrados a justificar uma atuação judicial. A tutela da pessoa privada, assim, parece fazer sentido enquanto houver uma relevância narrativa acerca dos fatos trazidos a público, seja pela via da necessidade de verdade do que for dito, seja pela atenção às pessoas vivas que ainda se sentem conectadas à prática de lembrança que se faz do ente querido.

4.2.7 Casuística dos danos póstumos – *Mephisto*

O último caso a ser analisado é o julgado “*Mephisto*” (BVerfGE 30, 173), decidido pela Corte Constitucional Alemã em 1971 e apresentado anteriormente no terceiro capítulo. O contexto de surgimento da lide é a escrita do romance “*Mephisto*”, por Klaus Mann, publicado em Amsterdã em 1936 e na Alemanha Oriental em 1949, sete anos após a morte de seu autor. O livro trata da história de Hendrik Höfgen, um ator que obtém sucesso na vida profissional a partir da colaboração com o regime nazista, sendo descrito ainda como uma pessoa falsa em relação às suas verdadeiras convicções e que sobrepõe seu sucesso a qualquer consideração ética e humana⁸⁸⁴.

Hendrik Höfgen teria sido inspirado no ator Gustaf Gründgens que, nos anos 1920, era amigo de Mann e foi casado com sua irmã Erika de 1926 a 1929. Diversos eventos tratados no livro permitiam a comparação, em especial sua aparência física e seu trajeto profissional (as peças em que atuou e sua indicação como Conselheiro Estatal e Diretor Geral do Teatro Estatal da Prússia). A personagem encontra realização profissional com a ascensão do partido nazista ao poder (simbolizado pelo seu papel de Mephisto na adaptação teatral da obra “*Fausto*”, de Goethe), e uma posterior queda com a inabilidade de performar o Hamlet de Shakespeare, sendo derrotado tanto como artista quanto como humano.

A semelhança da personagem com o ex-cunhado é destacada por Mann na sua autobiografia “O ponto de virada” (*Der Wendepunkt*), em que afirma que o modelo de Höfgen foi Gründgens, vendo-o como o traidor por excelência, o símbolo da corrupção e do cinismo, um intelectual que “prostituiu” seu talento para ganhar riqueza e fama. Em uma edição revisada da obra, Mann disserta que Höfgen não é um homem, mas um farsante, que só tem ambição e vaidade, simbolizando a administração nazista. Posteriormente, comenta que há várias

⁸⁸⁴ ALEMANHA. BVERFGE 30, 173 – *Mephisto*. 24 Fev. 1971. Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz. Trad. Tony Weir. Disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56>. Acesso em 18 jan. 2023.

diferenças entre o ator do romance e Gründgens, pois a questão não é o indivíduo, mas o tipo de pessoa que ele representava; assim, a personagem não seria um retrato perfeito de seu ex-cunhado⁸⁸⁵.

Em 1963, uma editora sediada em Munique anunciou a intenção de publicar *Mephisto* como parte de um trabalho editorial completo sobre a obra de Klaus Mann, tendo enfrentado a oposição judicial do filho adotivo de Gründgens (já falecido), alegando que qualquer pessoa familiar com o teatro alemão reconheceria a conexão entre seu pai e a personagem do livro e que várias ficções foram escritas para criar uma imagem depreciativa, em clara vingança ao casamento da irmã de Mann, nunca por ele aprovado.

Na decisão, a corte entendeu que era necessário enfrentar o escopo de garantia da liberdade artística e de expressão em face da dignidade do falecido Gründgens. Começa-se por esclarecer que, no campo da arte, a verdade do acontecimento não seria o mais relevante, pelo que se pode recriar os eventos, seccionando-os do contexto de realidade da qual foram retirados. Assim, a garantia constitucional da liberdade artística deveria permitir que o criador da obra pudesse realizá-la sem julgamentos de valor ou de norma. No entanto, o respeito à dignidade humana ainda deve ser contemplado, pois na obra o "real" e o "estético" se unificam, sendo possível que o valor da pessoa seja afetado pelo uso de detalhes de seu caráter. É necessário considerar o caso concreto para determinar se os detalhes genuínos presente na obra acerca de um sujeito violam a área protegida de sua personalidade⁸⁸⁶.

Uma das considerações deve ser se, e em que medida, o tratamento artístico [...] fez a "cópia" ser independente do "original" ao tornar objetivo, simbólico e figurativo o que antes era individualizado, pessoal e íntimo. Se uma apreciação estética revela que o artista realmente produziu, ou pretendia produzir, um "retrato" do "original", então a conclusão vai depender da extensão da alienação artística e de quão seriamente essa "falsificação" é danosa à reputação ou memória do sujeito⁸⁸⁷. (tradução livre)

A corte, no entanto, ressaltou seu papel limitado à questão constitucional e, por isso, não se viu autorizada a modificar a decisão anterior, que reconheceu o sopesamento dos direitos

⁸⁸⁵ Em 1965, o livro foi publicado com um prefácio: "Todas as personagens desse romance são tipos, não retratos. K.M."

⁸⁸⁶ ALEMANHA. BVERFGE 30, 173 – Mephisto. 24 Fev. 1971. Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz. Trad. Tony Weir. Disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56>. Acesso em 18 jan. 2023.

⁸⁸⁷ No original: "*One consideration must be whether and how far the artistic treatment [...] have made the 'copy' independent of the 'original' by rendering objective, symbolical, and figurative what was individualised, personal, and intimate. If such an aesthetic appraisal reveals that the artist has indeed produced, or even intended to produce, a 'portrait' of the 'original', the outcome will depend on the extent of the artistic alienation and how seriously the 'falsification' damages the reputation or memory of the subject*". ALEMANHA. BVERFGE 30, 173 – Mephisto. 24 Fev. 1971. Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz. Trad. Tony Weir. Disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56>. Acesso em 18 jan. 2023.

envolvidos. Assim, foi mantido o julgamento em favor do herdeiro de Gründgens, com o entendimento de que a proteção da dignidade humana do falecido era de valor constitucional tal que permitia a restrição da liberdade artística⁸⁸⁸.

É certo que um retrato exagerado de um sujeito falecido pode interferir na sua identidade e nas conexões interpessoais que se mantêm após sua morte. Para a corte constitucional, o critério de relevância no caso foi o grau de alteração/criação artística quanto à pessoa que inspirou a personagem⁸⁸⁹.

Não se concorda com a decisão tomada, pois se entende que, analisando as especificidades do caso, não houve lesão ao dever de veracidade em face de Gründgens. A obra de Mann, embora tenha sido claramente inspirada em sua vida, a ela não se restringia, pois utilizou de aspectos de seu caráter para tecer considerações acerca de um “tipo” de pessoa (um sujeito inescrupuloso que utiliza de sua profissão para alcançar status social em oposição a considerações éticas), ganhando uma dimensão de crítica histórica e cultural que deve ter prevalência em face do possível dano à sua reputação.

O caso é de interesse relevante ao destacar a dimensão narrativa da vida: ao escrever *Mephisto*, Mann realizou um cruzamento entre a história e ficção, gerando uma representação de Gründgens, não no sentido de um retrato de sua obra de vida, mas de uma recriação artística acerca do sujeito explorado esteticamente. Está ausente, nesse contexto, uma tentativa de falseamento a respeito da identidade biográfica do sujeito histórico, o que por certo não pode configurar um dano póstumo.

Como a corte mesmo ressaltou, uma violação ao dever de verdade implica que o sujeito narrativo seja uma “cópia” do histórico, inserido em uma trama tecida pelo autor da obra em questão, e que haja, com isso, uma falsificação da sua memória biográfica, como pela imputação de fatos inverídicos. Sendo o romance muito mais uma crítica (ou sátira) do que uma “autêntica biografia”, entende-se que houve uma indevida restrição à liberdade artística. Considerar que Gründgens foi vítima de danos em razão de uma criação estética inspirada em eventos de sua vida é considerar sua história como acabada e apenas esperando ser redescoberta pelos vivos, em oposição a estar em constante processo de (re)interpretação e disputa pelos sentidos históricos e culturais de suas condutas.

⁸⁸⁸ ALEMANHA. BVERFGE 30, 173 – Mephisto. 24 Fev. 1971. Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz. Trad. Tony Weir. Disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56>. Acesso em 18 jan. 2023.

⁸⁸⁹ RÖSLER, Hannes. Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. In: *Berkeley Journal Of International Law*. Volume 26, 2008, p.154-205

CONCLUSÃO

Quando uma pessoa morre, há uma perda da sua capacidade de experimentar sensações; de trocar vivências; de conversar ativamente com outros sujeitos; de deixar mais registros materiais sobre quem buscou ser; e de continuar moldando, por si mesmo, o trajeto que objetivava ter como guia de sua existência. Na morte, haverá uma dimensão substancial de perda do sujeito e de suas pretensões de narrador de sua obra de vida.

Contudo, ressaltar o caráter subjetivamente terminante da morte não equivale a transformá-la em um nada na vida do indivíduo e em especial na vida daqueles que ficam para trás, tendo que lidar com os sentimentos de perda e luto. Nesse sentido, a tutela jurídica da pessoa falecida perpassa entender como é possível restituir voz àquele ser que não pode falar mais por si e que, por isso, depende que os outros assumam essa tarefa de lembrança.

A inserção do morto em uma cultura de memória implica uma atitude de valorização e respeito da pessoa que um dia esteve viva, entendendo as construções operadas pelos vivos que possam restituir força social ao falecido, ainda que por meio de um sentido diminuído de sua agência (por não ser mais constituída por trocas dinâmicas, e sim pela capacidade de influenciar as condutas atuais).

A superação da morte como dimensão proibida e a ser evitada da vida humana (patologizada por uma sociedade que ainda vê a morte como um tabu na esfera pública) se realiza na compreensão de que os conceitos de ausência e presença são muito mais intercambiáveis do que a princípio parecem: a experiência de estar ausente é também presença, possibilitando o entendimento de que o falecido é um ausente que está continuamente presente a partir do trabalho performativo que se faz na dimensão da lembrança e da memória. Contra esse sequestro da morte pela visão privatizada e subjetivada do viver humano, opõe-se uma cultura que vê os mortos como merecedores de respeito; como pessoas propriamente, ainda que não possuam mais existência.

Essa ausência-presença é visível nos laços continuados que são mantidos entre vivos e mortos, integrados nas narrativas biográficas de vida, persistentemente renegociadas pelas pessoas que permanecem na sociedade após o falecimento de um sujeito. Se a morte é causa de ausência, a lembrança traz presença, que se faz na compreensão de que não há uma associação estanque entre identidade e corpo, realizando-se também na dimensão da coautoria dos capítulos de vida, da persistência do sujeito após a cessação das funções biológicas, da causalidade entre os desejos e interesses do morto e das condutas tomadas atualmente pelos vivos.

Sobrevivência no ambiente social é muito mais uma questão de cultura do que de manutenção de estruturas físicas, o que permite uma mentalidade de pervasividade dos mortos de um dado contexto que, com os avanços nas tecnologias de informação e comunicação, estão fisicamente distantes e, ao mesmo tempo, contemplados pela ubiquidade das formas de memorialização. A tecnologia pode agir, assim, como possibilitadora de comunicações entre os sujeitos, tendo influência direta na reconstrução que o grupo social faz de um determinado ente. Com as possibilidades do digital, surgem cada vez mais registros pessoais de pessoas falecidas, uma vez que vários tipos de dados podem evocar sua memória, como imagens, escritos, registros etc.

Esses rastros digitais auxiliam no fenômeno da preservação da individualidade após a morte e acrescentam uma camada de *embodiment* à sua presença contemporânea. Isso pode gerar um fascínio pelas representações do morto, o que se torna evidente pela indústria lucrativa de exploração de laços contínuos e de comercialização industrial de aspectos da vida humana em contextos de internet e redes sociais. A morte no *online* afeta as experiências do indivíduo *ante mortem* e as interações que com ele se fazem *post mortem* – há maiores possibilidades de agência sobre o rumo de sua personalidade após o seu fim, mais métodos de memorialização e maior dimensão de controle sobre a história dos sujeitos. Morrer no mundo contemporâneo é ser impactado por um novo grau de interatividade entre mortos e vivos, tendo que se tomar decisões sobre os traços materiais deixados para trás e sobre no que consiste um esforço de reconstrução do falecido que seja dotado de significado adequado, tanto para ele quanto para os demais entes queridos.

Com isso, cresce o perigo de que uma prática de lembrança seja movida por motivos econômicos e não por uma genuína preocupação com a identidade do ser que se faz presente em seus restos digitais. A preservação digital pode criar uma pessoa não representativa, inadequada quanto à pessoa que foi ainda em vida e moldada a partir apenas da visão dos vivos; não só isso, novas formas de lesão ao sujeito e à sua identidade podem surgir, o que renova o interesse na preocupação com sua proteção póstuma.

Uma prática social atenta à valorização da pessoa falecida deve entender que o projeto de quem o morto foi não está fechado, sendo objeto de contínua construção atual, mesmo que o falecido não seja mais capaz de dar contribuições a respeito de como se deve interpretar sua identidade. Os vivos somente conseguem dar prosseguimento a essa tarefa ao se embasarem nos aportes fornecidos pelo morto, preservados por sua vez nas vivências digitais. Isso se dá no contexto de uma biografia fluida, construída com base no diálogo entre as condutas que o morto

empregou em sua vida e o entendimento que os vivos têm a respeito de quem o sujeito foi e no que constituía para ele, em seu contexto, uma vida boa.

A tarefa de interpretar o morto, com o objetivo de dar a ele presença no corpo social – consistente com os ditames de uma cultura preocupada com sua preservação –, diz respeito à sua identidade: sobre a maneira pela qual o mesmo ser persiste no tempo e no espaço, atravessando a perspectiva de fim subjetivo ocasionada pela morte.

Nesses termos, não há que se dar guarida a critérios continuístas, como o psicológico e o físico, pois impedem que a identidade da pessoa humana persista após sua morte, pela ausência de um estado de consciência psicológico com suficientes funções biológicas em andamento. A conclusão que se chega por meio desse referencial teórico é de terminação da personalidade e da existência com a morte, uma vez que não se preserva aquilo que é importante para um sujeito ser tido como dotado de identidade: a experiência em primeira-pessoa. No entanto, essa forma de pensar privilegia uma busca individualista por critérios de permanência e sobrevivência, desconsiderando a conexão entre sujeitos em uma dada comunidade.

Outras pessoas são parte integrante do sentido de identidade dos membros do corpo social, o que se conecta às diferentes formas de visualizar como esse mesmo contexto, na prática de entender porque pessoas são merecedoras de respeito, consegue construir um sentido de unidade da vida de uma pessoa. Os sujeitos vivem em contato com dimensões físicas, sociais e culturais que permitem a realização de julgamento sobre o si mesmo e sobre os demais, na interação no/com o ambiente. Uma vez que esse contexto existe, a característica de ser pessoa não é intrínseca aos atributos biopsíquicos que detém, mas à estrutura que permite esse enquadramento; um sujeito pode não ter uma funcionalidade suficiente e necessária para uma vivência em igualdade de condições com os demais, como é o caso do morto, e ainda assim ser tido como um ente valioso para a comunidade e com presença social.

Uma diminuição nas capacidades de interação e comunicação – mesmo que extrema – não é sinônimo de exclusão do campo de preocupação ética da sociedade contemporânea; pelo contrário, reforça as responsabilidades que os demais têm acerca do que é feito com o ente ausente-presente.

Essa inclusão do morto no campo da socialidade e, portanto, na dimensão de agência sobre a conduta dos vivos, depende das práticas que estes fazem e se sentem obrigados a fazer, auxiliando numa construção de identidade pessoal que vai além de marcas físicas de existência. O desvio da trajetória convencional da personalidade – como pela ausência da capacidade de reciprocidade – somente torna mais evidente que o reconhecimento que se faz de um sujeito pelos outros é o que molda o próprio espaço do ser-pessoa. E isso se faz na continuidade do

cuidado com a identidade do falecido e nas preocupações com os interesses e desejos que ele possuía e que continuam a influenciar o campo de ação no presente.

Além da dimensão da pessoa como experiência em primeira-pessoa, há aquela em terceira-pessoa: o sujeito identificado pela lembrança que dele se faz, um ser narrativamente constituído e que é mantido pelas preocupações e julgamentos operados pelos vivos, com relevância e significado social. A morte, portanto, não pode encerrar a dimensão do ser enquanto ocasionador de deveres, de responsabilidades proporcionadas pela prática de memória realizada e pela manutenção de componentes biográficos de sua personalidade.

Essa dimensão narrativa da identidade é grande valia, pois demonstra como uma vida humana pode ser tecida como um conjunto inteligível de acontecimentos, localizando na linguagem a capacidade de compreensão da história de um sujeito. Por meio da arte do narrar, as experiências discordantes da vida podem ser amarradas em uma trama agenciada de forma a criativamente imitar (mimetizar) na literatura aquilo que ocorreu no passado histórico.

Assim, os potenciais identitários de uma intriga são transpostos à maneira de se interpretar uma vida humana: todas as ações que um sujeito desempenhou são contempladas e transformadas em uma obra completa, total e de extensão apropriada, partindo da compreensão de quem o sujeito foi e de como todos esses eventos se unem em uma trama concordante-discordante. O narrador, ao articular as ações do mundo em que se insere em um enredo unitário dotado de significado, fornece aos demais que recepcionam a obra uma maneira de fazer sua leitura, de entender o que foi relevante para a construção de um determinado caráter ou personagem.

A partir disso, a história pode ser contada e recontada, dependendo de como esses elementos são rearranjados em vista das compreensões presentes no momento de leitura da obra de um sujeito. Quando se realiza uma obra de vida no próprio ato de viver, disponibiliza-se a todos os demais que com ele entraram em contato uma possibilidade de interpretação, aberta às atualizações futuras. O leitor responde ao autor e dialoga com o que foi escrito, sempre visualizando que os fatos descritos na obra são contados como se fossem verdade e agenciados com base em uma estrutura de coerência.

Com isso, narrar e recontar a identidade de um sujeito são operações contidas em um mesmo universo, impedindo que o fim da narração subjetiva, em primeira-pessoa, seja também o fim último do sujeito narrado. Enquanto a identidade pode ser vista no paradigma do *idem*, conta-se também com o potencial do *ipse*: esse sujeito que é reinventado pela história que se conta sobre o si mesmo e das retificações sem fim das narrativas anteriores.

Esse processo acaba por sinalizar uma síntese narrativa, por meio da qual as histórias se entrelaçam e não são separáveis como realidades estanques e distintas. O fenômeno da morte, que antes era biológico, vira uma experiência humana, a que se depende do ato de contar e acompanhar uma história para se tornar dotada de sentido e constitutiva da identidade pessoal tanto do sujeito narrado quanto do narrador. Antes de um sujeito ser autor em primeira-pessoa de sua própria vida, ele é um coautor de todas as histórias que dizem respeito aos sujeitos com os quais interage, e sua obra é formada pelos diversos acontecimentos que sucedem à sua vida.

Embora haja uma perda narrativa (com o fim do *input* subjetivo sobre a própria história), a sua obra de vida persiste nas narrativas descentralizadas que os demais fazem sobre si e sobre os outros. Um sujeito falecido metafórico persiste a partir das interpretações compartilhadas sobre os eventos que marcaram sua existência, podendo ainda ser afetado após o término da voz de primeira-pessoa. Essa presença narrativa o mantém como recipiente de preocupações morais e alvo de deveres específicos.

Esse esforço narrativo se dá notavelmente no campo da memória e da lembrança, pelo que o morto se relaciona com os vivos a partir do momento em que versões da vida que viveu são apresentadas e retrabalhadas pelos demais integrantes de uma comunidade, impactando os sentidos de identidade pessoal de ambos.

A memória é essa estratégia de persistência ante a passagem do tempo, elaborada na tensão entre a reconfiguração do passado no presente por via da lembrança e a liberação de vinculações da ação pelo esquecimento. Por meio dela, a identidade consegue se manter, revivendo a realidade histórica no momento de evocação de fatos pretéritos e de julgamento de valor acerca das condutas e sujeitos que um dia estiverem presentes. A morte é uma perda do sujeito que pode ser combatida por meio das forças da memória e da prática coletiva de representá-lo no interior das narrativas que se têm sobre a comunidade.

Todo ato memorial tem, com isso, uma dimensão teleológica, organizando-se o passado na busca de uma imagem satisfatória da identidade, em função de objetivos e relações existentes no agora: nisso se encontra sua capacidade de justificar uma existência, de demonstrar como a vida de um sujeito falecido valeu a pena ser vivida e merece ser recordada. O discurso sobre a identidade toma a forma de uma narrativa realizada pela memória, em que se pode construir uma verdade sobre o sujeito; toma-se consciência da pessoa que lembra e do que é lembrado, o que se faz pela prática de dar sentido aos acontecimentos de uma vida.

Por ser teleológica, a memória implica decisões quanto àquilo que deve ser valorizado e mantido presente na sociedade, à semelhança das operações realizadas na prática do Direito, podendo então ser dotada de uma forma jurídica, pelo que se permite conferir à lembrança e ao

esquecimento uma forma coercitiva. Por repousar em decisões sobre lembrar e esquecer, a memória dos sujeitos pode ser coordenada a partir de atividades normativamente acessíveis: a lembrança é esse campo coercitivo do que deve ser feito e o esquecimento o espaço liberado para ação, em que se age livremente sem vinculação a um passado. Com isso, a prática jurídica preserva somente aquilo que é relevante e permite o desenvolvimento das vidas a partir de uma memória comum; isso se dá em uma base compartilhada (tendo, portanto, limites) e por um trabalho de recomposição da importância das pessoas do passado.

No campo jurídico, em que surge essa perspectiva intergeracional, deve-se falar em uma ótica da responsabilidade: os sujeitos do presente assumem obrigações [jurídicas], por transmitirem e comunicarem os dados que são reconstituídos, e as liberdades de ação existem na medida permitida pela identidade (re)construída (quem um falecido foi e quem continuará sendo), em vista dos deveres que surgem para com o passado e dos direitos para com o futuro. Um ato de memória é um ato de proteção de uma informação relevante a respeito das identidades das pessoas envolvidas nesse fazer narrativo.

A ideia de uma memória dotada de caráter jurídico e protetiva às identidades dos sujeitos passados e presentes se justifica, portanto, no fato de que as pessoas devem agir com base nas responsabilidades que têm sobre a lembrança. A linguagem das obrigações comunica-se com a da identidade, pois, ao descrever quem um sujeito foi, diz-se também sobre os valores que foram importantes para produzir seu caráter e a dimensão dos vínculos e compromissos que surgiram de sua conexão com os demais membros da comunidade. Aquilo do qual se lembra assume função normativa: as obrigações da identidade são de lembrar sobre um passado que é internamente ligado à forma pela qual a identidade do sujeito que lembra se constrói.

A história do falecido não é exclusiva dele, mas depende das percepções memoriais dos outros quanto às ações ocorridas, tanto aquelas contemporâneas à sua vida quanto aquelas posteriores à sua morte. Uma dimensão intergeracional é também uma de reciprocidade, pois a identidade dos sujeitos falecidos importa igual à dos vivos, que formaram suas próprias compreensões de vida a partir do contato que mantiveram com as pessoas não mais presentes. Com isso, a memória assume uma dimensão de dever: de obrigação sobre o passado, que se torna acessível, e sobre o que se faz dele no presente.

A demanda por lembrança implica em reconhecimento das identidades e histórias do grupo, pelo que se requer que injustiças, públicas ou privadas, sejam (re)vistas em atitudes memoriais, que dizem respeito ao sujeito lembrado (com os contributos dados pelo falecido em vida) e às suas leituras realizadas pelas pessoas vivas. A validação do passado com a proteção contra danos é um ato que conecta ambos os sujeitos narrativos. Ao proteger uma pessoa

falecida, ou buscar reparação contra danos que lhes foram causados, há um cumprimento do compromisso social de lembrança e de validação de uma identidade específica. O importante para uma prática jurídica de valorização da memória de uma pessoa é a reafirmação da importância do ser lembrado e da não violabilidade de seu caráter.

Esse compromisso assume uma faceta especial em relação a certos indivíduos, em razão dos relacionamentos que ajudaram a sustentar o projeto de vida do falecido e que informam a maneira pela qual seus entes queridos atuam no presente. A responsabilidade sobre a promoção de uma forma de memória pode ser cumprida de várias formas, como por exemplo a tutela contra injustiças e inverdades – na proteção contra falsidades sobre o passado e na reparação de danos não reconhecidos.

Isso se demonstra na ótica do testemunho, por meio do qual os vivos dão evidências da importância de manter uma pessoa presente e da forma correta pela qual ela deve ser lembrada. O ato de testemunhar preserva o passado ao registrar a “voz” de alguém, o que se torna possível porque a pessoa que o presta está autorizada a isso e têm justificativas para a visão que apresenta a uma dada audiência, que em troca necessita de convencimento. Não é qualquer fato ou narrativa dita sobre um morto que é válida e que deve ser recepcionada: é necessário que o falante tenha algum tipo de conexão com o falecido que justifique tanto o cumprimento da responsabilidade social de protegê-lo contra injustiças quanto a autoridade necessária para expor pretensões acerca do que é mais coerente com a identidade biográfica do sujeito lembrado.

O ato de testemunho é importante porque a posição de respeito do morto é restaurada, e isso pode ser feito a partir dos atos de um *proxy*: um falante que consiga avaliar como os fatos presentes afetam a história do sujeito para quem se testemunha; aqueles que testemunham reafirmam quem é lembrado e os que fazem a lembrança, preservando o passado do falecido e o presente das pessoas contemporâneas. Ao não deixar o dano sem reparação, as histórias de vida do morto e dos vivos são tidas como um único contínuo e em constante desenvolvimento.

Isso depende da presença de mecanismos jurídicos apropriados, auxiliando no equacionamento entre a prática de lembrança (que limita a ação dos sujeitos atuais pelos deveres de recordação) e do esquecimento (com liberação da pessoa para definir suas condutas). Para isso, não são suficientes os elementos da teoria da relação jurídica e da concepção clássica dos direitos da personalidade, por meio da qual a pessoa tem sua autonomia protegida enquanto centro hábil a autodeterminar suas condutas e em atenção às suas capacidades e funcionalidades biopsíquicas. Esse raciocínio implica entender que o evento morte retira o sujeito do campo da socialidade e da proteção normativa em seu próprio nome, pela ausência de interpessoalidade.

Com isso, a busca por uma fundamentação jurídica da tutela do morto somente consegue prestar atenção a um dos polos da suposta relação jurídica formada: ou os vivos foram afetados em razão de um dano reflexo, ou os mortos sofreram danos em prolongamento póstumo de sua personalidade.

Tais raciocínios negam a dimensão de agência e presença do morto na sociedade contemporânea, são contrários ao ordenamento jurídico vigente e não interpretam de modo correto a dimensão de perda que advém do fim de uma perspectiva subjetiva. Uma divisão estática e estanque da tutela *post mortem* da pessoa humana acarreta uma incompreensão quanto aos sujeitos que são alvos de uma manifestação lesiva e à real maneira de compreender como as diferentes narrativas podem trazer consequências para a juridicidade. Não só isso, leva à compreensão da pessoa como um projeto acabado, a que resta apenas sua descoberta e não a sua (re)interpretação, à luz dos dados disponíveis no presente acerca dos sujeitos históricos.

Ademais, a relação jurídica é um mecanismo abstrato de justificar a validade das normas impostas em um contexto democrático, pelo que não consegue lidar com a densidade fática de considerar todas as características relevantes à resolução de um quadro concreto. Se a tutela, pelo Direito, se preocupar antes com conceitos abstratos do que com a maneira correta de construir um quadro do real (por meio do qual se possa entender como cada sujeito foi afetado por uma determinada conduta no presente), haverá uma perda significativa tanto na justificativa da norma quanto na sua aplicabilidade e adequação à concretude da situação. Privilegiar os vivos é negar uma dimensão de autoria do falecido sobre a própria obra de vida – bem como a possibilidade de divergência de interesses – e, em contraparte, favorecer este é não perceber que o trabalho realizado no presente é de recriação criativa, e não apenas de retomada histórica.

O prisma da relação jurídica nega diversas das características que se tornam nítidas ao indagar como se pode justificar uma tutela do morto: deveres sem direitos, personalidade como atributo não concedido pela legislação, impossibilidade de enclausurar o caso concreto a dois polos construídos abstrata e anteriormente.

Não há que se falar, portanto, em dano exclusivo aos direitos dos vivos, nem mesmo em legitimidade processual ofertada a estes por violação a reflexos póstumos da personalidade do morto, mas uma situação jurídica que é construída com os aportes da socialidade, tomando como centro a importância – no campo do discurso – que as construções biográficas dos sujeitos atuais e históricos ditam acerca da obra que está sendo escrita em coautoria.

Essa situação pode ser entendida como o modo pelo qual o fenômeno jurídico entra em contato com a realidade, na valoração de um acontecimento social (e de comportamentos

humanos) a partir dos centros de interesses envolvidos. Há uma qualificação jurídica de fatos em razão de seu contexto e das consequências que a isso se atribui pela norma. Nessa primeira perspectiva, o interesse é o núcleo vital da situação, de acordo com a função social que desempenha, sequer precisando ser composta por sujeitos. A tutela do morto, nesse caso, é uma atenção aos seus valores presentes que, por serem socialmente relevantes, configuram um centro tutelável sem ser atribuído a uma pessoa. Surge com isso uma esfera de abstenção necessária (uma posição de dever) pelos demais membros da comunidade, uma proibição a interferir nas repercussões da personalidade do falecido.

Esse centro de interesses acabaria ainda privilegiando uma perspectiva de identidade genuína e autêntica, faltando apenas ser descoberto o que o morto gostaria que tivesse sido feito. Há com isso ainda um nível de abstração, pois isso não se encontra acessível à investigação sobre quem a pessoa foi: pode-se apenas construir quem ela continua sendo, situada no ambiente social atual em que é formada.

A maneira mais adequada de entender a tutela jurídica do morto deve ser efetivada a partir do entrelaçamento de histórias e de uma visão narrativa da pessoa humana, com a situação jurídica se tornando um centro de imputação normativa, uma segunda perspectiva pela qual a construção de um contexto social é resultado do diálogo formado entre a justificação abstrata das normas e a adequabilidade de sua aplicação em vista de todas as características presentes e relevantes, à luz dos interesses, avaliações e projetos de vida.

O significado da norma muda em cada contexto de sua aplicação. A aparente contradição entre uma norma jurídica que extingue a personalidade da pessoa com a morte e outra que persiste em sua proteção contra lesões póstumas somente é incompreensível na dimensão da justificação simultânea de suas existências, o que não impede que ambas sejam adequadas à realidade, em momentos distintos, dependendo do modo como a situação concreta se molda. Toda a situação é reconstruída no momento de aplicação das normas, exigindo-se apenas que os envolvidos sejam capazes de se eximir de seus ônus argumentativos acerca da correta constituição de esferas de liberdade e não-liberdade.

Ao entender o Direito como um sistema de normas *prima facie* aplicáveis, na argumentação que circunda o caso concreto, vê-se que direitos nada mais são que opções de ação deixadas a cargo do sujeito (motivadas por razões éticas, pragmáticas, morais), enquanto os deveres são posições em que não é dado escolher qual a conduta correta; não há uma imbricação e pressuposição de ambos os conceitos, podendo um estar presente sem que se verifique a ocorrência do outro.

Ao reconstruir dados da realidade em situações jurídicas, faz-se uma escolha discursiva acerca da existência de direitos e deveres naquele caso concreto, com base em um panorama de fundo compartilhado pela comunidade e na argumentação tecida à luz de suas identidades narradas. Entender que um morto foi lesado por um evento posterior à sua morte é, portanto, ver essa situação como constitutiva de um juízo discursivo de atribuição de sentido normativo à sua obra de vida. Esse sujeito falecido passa a ser um referencial da prática por meio do qual se julgam as condutas realizadas no presente.

Os sujeitos fazem escolhas quanto ao uso de certas narrativas, privilegiando um aspecto do caso em detrimento do outro, o que evidencia que as pessoas e as normas jurídicas somente se concretizam ao analisar a situação total existente, construindo uma tutela jurídica adequada em vista dos participantes do discurso e não dos termos estritos da norma posta. Por ser a identidade dinâmica e atualizável, dependendo de atos de construção de história de vida, ao reconstituir uma situação dada como lesiva, pode-se ter um espaço pelo qual se entende que há significados jurídicos a serem protegidos.

Pela visão dos que promovem a tutela jurídica e (re)constróem a identidade do falecido, várias posições podem surgir: direitos dos vivos e/ou deveres para com os mortos. Essa situação que é construída se atenta ao sujeito narrativo e ao entrelaçamento de histórias, na investigação de como uma série de circunstâncias pode afetar as obras de vida dos sujeitos envolvidos. Os falecidos não têm mais direitos, pois não há mais uma esfera do titular de livre continuação de sua conduta, o que não impede que sua importância ainda presente na sociedade dê origem a uma posição de dever de respeito à sua memória – uma situação jurídica socialmente relevante. O imbricamento das histórias permite entender que os vivos, por sua vez, podem ter suas próprias liberdades violadas, na medida em que suas capacidades de conformar livremente suas ações são afetadas.

À situação jurídica pode se somar a categoria dos danos póstumos, uma maneira de juridicamente compreender como uma identidade narrativa pode ser afetada por eventos que ocorram após sua morte. Os danos podem dizer respeito não apenas à diminuição do bem-estar de um sujeito, que é lesado quanto às suas experiências em primeira-pessoa, situadas no mundo. Há também a perspectiva em terceira-pessoa, dos interesses persistentes, baseados na frustração de um estado de coisas que poderia ter ocorrido caso os desejos e projetos do falecido tivessem sido protegidos. Após a morte, persistiriam aqueles interesses que não são temporalmente caracterizados, cujo cumprimento seria objetivado pela pessoa independentemente do momento de sua realização e no qual a ocorrência do dano não depende da ciência do sujeito lesado.

Essa perspectiva permite o reconhecimento de uma existência simbólica do falecido, uma forma distinta de estar no mundo por meio da linguagem e da interferência nas ações dos vivos, em que o morto se mantém na medida em que seus interesses persistem desvinculados da caracterização de uma entidade biológica.

Os interesses permitiriam esse exercício reconstrutivo dos projetos do falecido, medindo uma resposta que teria tido em face das ações que não experimentou. Isso se dá ao analisar o que foi crítico à sua existência – no sentido de constitutivo de sua visão de vida boa – e o que permite a construção de uma proposta íntegra de sua personalidade. O dano póstumo ocorreria justamente nos casos em que se realiza uma escolha que não reflete o caráter do morto: sua vida não foi reconstituída com integridade, merecendo uma reação protetiva por parte de seus familiares ou outros, em vista da autoridade que vem da relação que desenvolveram anteriormente à sua morte.

Ao morto não é mais dado escolher como deseja que terceiros efetivem seus interesses persistentes, o que não nega a possibilidade de influência à conduta alheia – justamente pela presença desses desejos com força jurídica. Ausente autodeterminação (exercício pessoal dos poderes concernente à forma de cumprimento dos seus interesses), juridicamente a proteção do morto se realizaria na medida em que a integridade do detentor de interesses persistentes justifica a imposição de deveres a outrem. Há, com isso, uma demanda de justiça de impedir violações ao seu legado de vida e à sua existência simbólica, atentando-se às experiências passadas do falecido. Para isso, não é necessário que este tenha deixado alguma manifestação expressa: é suficiente para justificar a proteção jurídica apropriada, a presença de um centro de interesses (que não precisa de um sujeito a ser atribuído) que tem significado social e encontra valor por ser uma categoria reconhecida pelos membros da comunidade.

Entender os danos póstumos como violações a interesses persistentes é relevante, pois permite a inserção de um sentido de agência do falecido no raciocínio jurídico – no sentido de justificar uma demanda de justiça feita em face dos vivos, mesmo ausente a presença de estados mentais. Além disso, fornece um modo de resolução de casos práticos, baseado em um critério objetivo relativo às suas experiências passadas e à sua construção biográfica. No entanto, opõe-se à dimensão interpretativa da pessoa, pois entende que o morto consegue persistir da mesma forma que existia enquanto vivo, negando as reavaliações e reescritas feitas no ato de leitura de sua vida.

Outra proposta de danos póstumos é perspectivada a partir dos deveres que surgem da prática social de lembrança em uma comunidade intergeracional. Com isso, não se oferta aos vivos um local privilegiado de acesso a quem o sujeito foi, mas apenas a autoridade necessária

para cumprimento das responsabilidades para com a verdade do passado, ao mesmo tempo em que se fornece uma liberdade para definição das condutas apropriadas no presente.

Os danos póstumos podem, com isso, assumir uma função dupla: justificam a proteção perante a figura do falecido, preservado quanto à obra de vida que tentou perpetuar, e explicam em que medida os vivos são afetados em suas vivências atuais e em suas conexões com o morto.

Dissociar o fenômeno jurídico da ideia de proteção aos sujeitos autônomos e com níveis de funcionalidade mínima (inacessíveis ao morto) somente pode ser feito com a categoria dos deveres, por representarem um espaço de não-atuação frente a uma realidade – e não uma proteção da autodeterminação de uma pessoa acerca dos rumos de sua vida. A partir disso, compreende-se que os vivos devem um respeito pelos mortos, sem que isso configure a existência de direitos por parte destes.

O dever que permanece postumamente é uma decorrência jurídica da permanência das razões pelas quais se atribuíam direitos à pessoa enquanto viva: são julgamentos a respeito do valor dos sujeitos que persistem por uma prática generalizada de lembrança. Como há a manutenção de um sujeito narrativo fragmentário após a morte – com os atos de memória feitos pelos vivos –, tem-se uma continuidade da trama construída pelo próprio sujeito e que é perpetuado pelas pessoas queridas, que assumem os deveres decorrentes da posição de coautores.

Com uma compreensão da identidade pessoal descentralizada, possibilita-se uma contínua revisão e recriação póstuma. Essa atividade narrativa que conecta diferentes tempos históricos permite que o passado seja modificado pelo presente, o que impõe certos limites: nem toda história pode ser criada, necessitando de justificativas e evidências históricas de sua adequação.

Ao morto é, portanto, fornecida uma proteção com a construção de uma categoria de respeito à sua memória, partindo dos deveres de reconhecimento, veracidade e privacidade. O primeiro diz sobre o dever de narrar o passado, ao impedir que o falecido se torne um sujeito ausente e que se tenha um comprometimento de sua história por violações à sua narrativa. O segundo impõe que se conte a obra de vida da maneira como ocorreu, pelo que evidências devem ser levantadas para justificar a pertinência das informações disseminadas; há uma restrição sobre o que pode ou não ser dito, não sendo possível construir tramas sobre o morto descoladas da realidade e da identidade. O terceiro é uma responsabilidade sobre quais traços da personalidade se pode escolher revelar, em vista do caráter sensível e pessoal de alguns dados. Impõe-se um nível de interesse a ser discursivamente justificado, em vista da relevância dos fatos para o presente.

A privacidade também serve de limitação à veracidade, pois não basta um fato ser verdadeiro para que sua revelação seja possível, sendo necessária uma justificativa; do contrário haverá apenas abertura indevida do passado, em desconformidade com uma dimensão autorizada do esquecimento. Não só isso, quando perspectivada à luz do contexto *online*, a presença pública continuada do morto, com rastros digitais identificáveis, influencia no nível de restrição de acesso à informação, dependendo do grau de manutenção da personalidade após a morte. Os danos póstumos à privacidade desrespeitam a identidade constituída pelo sujeito digital-narrativo que se encontra em contato com as pessoas vivas.

Na privacidade também se apreende como uma lesão ao morto pode acarretar uma violação aos direitos das pessoas vivas, que advém da existência de um relacionamento íntimo com o falecido. A categoria da *post mortem relational privacy* identifica como os vivos se sentem conectados às informações disponibilizadas sobre o ente querido: os interesses da privacidade incluem todo um núcleo relacional. Os atos de memória em favor do morto também implicam uma participação ativa pelos vivos, e, ao zelar pelo cumprimento da responsabilidade de lembrança, há também uma construção de seus próprios projetos de vida.

De tudo isso, vê-se que um ato de respeito à memória do morto representa sua identidade narrativa de forma verdadeira, precisa e com atenção para não revelar fatos pessoais que estejam desvinculados dos propósitos da comunicação que está sendo feita ou não justificados em face de um interesse público na informação. Esses deveres possuem uma dimensão geral, em que todos devem respeito à lembrança que se faz, e uma dimensão particular, visto que certos indivíduos são mais qualificados a identificar a ocorrência de danos e de gerenciar o cumprimento dessas obrigações. Os entes queridos têm autoridade testemunhal por possuírem uma relação com a narrativa.

Os sujeitos falecidos têm uma demanda genuína de serem lembrados após sua morte e são afetados pelo que lhes ocorre *post mortem*. A dimensão geral do dever de respeito à memória do falecido assume contornos específicos quando observada à luz da leitura que deve ser feita de uma possível lesão, o que se faz por meio do conceito de situação jurídica, que não focaliza a pré-existência de dois polos definidos nas relações sociais, adaptando-se às vivências em concreto.

Forma-se assim, uma situação jurídica de violação de deveres quando se opera uma reconstrução narrativa dos mortos, merecendo uma resposta jurídica apropriada. E o que anteriormente na doutrina jurídica se denominava de tutela dos direitos da personalidade *post mortem* é recontextualizada como proteção da pessoa morta contra danos póstumos ou, dito de outra forma, atenção à obra de vida que produziu e que persiste na dimensão da memória.

Não há prolongamento da personalidade do morto nem apenas direito dos vivos. O mais adequado é entender pela presença de uma situação jurídica concreta de respeito à construção identitária do falecido, que contém o dever de respeito à memória do morto e a proteção dos direitos dos vivos, na síntese da injustiça concretamente observada à luz dos atos de leitura e escrita que os entes queridos ainda fazem.

A partir de todos esses aportes, destaca-se que o trabalho se iniciou com o seguinte questionamento: qual a maneira mais adequada de entender e justificar a proteção da pessoa falecida e o objeto de tutela dos direitos da personalidade póstumos no mundo contemporâneo?

À pergunta que foi feita, responde-se: o falecido é protegido contra danos ocorridos após sua morte na configuração de uma situação jurídica de respeito à sua memória, em que se tem uma experiência que toma por foco centros de imputação normativa, que incluem tanto os mortos quanto os vivos. Na construção desse espaço discursivo-narrativo, há uma dimensão de entrelaçamento das identidades quando ocorre um ato potencialmente lesivo: um dano total que afeta os participantes da construção argumentativa que, na reconstrução da obra de vida do morto a partir dos seus entes queridos, conformam posições a serem tuteladas (deveres para com os mortos de serem respeitados e protegidos, direitos dos vivos de não serem prejudicados).

A partir disso, vê-se que a codificação civil, ao prescrever que direitos da personalidade possuem uma dimensão de referência ao falecido (pelo art. 12, parágrafo único), permite a compreensão de que a pessoa morta é o centro do significado de sua aplicação, o que se dará à vista da argumentação que é realizada pelos vivos. Ao morto persiste um sentido de agência, presença (que se faz evidente pela reconstrução de sua vida à luz da leitura de sua obra), e autonomia: não no prosseguimento de sua vida corpórea, mas de influência no sentido e autodeterminação das condutas e projetos narrativos dos demais sujeitos vivos.

Sendo o morto um centro argumentativo para imputação de direitos e deveres, os atos lesivos à sua construção biográfica, que podem acarretar em violações às identidades dos sujeitos com os quais se relaciona, são adequadamente tidos como danos póstumos, merecendo uma resposta do ordenamento que resguarde a vitalidade de sua memória, pela lembrança que dele se faz. Em sentido contrário, há também um espaço liberado pelo esquecimento, pelo qual os vivos não têm suas condutas restringidas pelos ditames da identidade narrativa do ente querido falecido.

Nessa equação se encontra o balanceamento a ser feito toda vez que uma conduta do presente tenha o potencial de afetar um sujeito falecido; a ocorrência de um dano póstumo depende da compreensão de que uma construção narrativa foi violada, o que pode ocorrer tanto na perspectiva do desrespeito a um dever de memória face à obra de vida do morto, quanto na

ótica de lesão às capacidades de autodeterminação dos vivos que, por compartilharem um papel de autoria na biografia de morto (ao mesmo tempo em que este ocupa papel centro em suas próprias histórias), são também afetados em seus relacionamentos continuados e na construção de suas identidades.

A isso se somam algumas repercussões práticas. Em primeiro lugar, ressalta-se que, diante de uma situação concreta, deve-se perguntar se o autor do dano deve ser responsabilizado por violação a um dos três deveres em relação ao projeto de vida do falecido (reconhecimento, veracidade e privacidade) e se deve responder por violação às livres possibilidades de autodeterminação dos vivos. Ou seja, a situação jurídica pode ser formada por deveres para com os mortos (de serem respeitados e protegidos) e de direitos dos vivos (de não serem lesados).

Em segundo lugar, a indenização deve se dar apenas quando os direitos dos vivos forem violados. A indenização por um prejuízo moral só é coerente se fosse possível pensar em um estado de coisas em que o bem-estar do morto pudesse (um dano “a” ele) ser compensado em face do dano sofrido. No entanto, não há perspectiva de primeira-pessoa presente (há apenas danos “para” ele), ausente com isso uma autodeterminação violada a ser reparada. Os danos morais serão devidos se os vivos forem pessoalmente lesados quando a memória do morto for atingida; do contrário, apenas se pode tomar as medidas necessárias para impedir a propagação do dano.

Em terceiro lugar, os desejos manifestamente expressos pelo morto, enquanto ainda vivo, devem ser cumpridos, pois era competente e autorizado a agir com base no que vai lhe ocorrer postumamente. O mesmo raciocínio se emprega no caso em que o sujeito, enquanto vivo, define quem deve representar seus interesses *post mortem*, tomando as ações pertinentes. Com isso, há uma valorização de sua autonomia prospectiva, privilegiando os sentidos concretos de sua autodeterminação.

Se não houve essa manifestação, passa-se à quarta conclusão, no sentido de que os vivos podem agir em proteção da pessoa falecida, o que se dá em uma ótica memorial e testemunhal. Nesse sentido, não há que se restringir de antemão os sujeitos vivos que podem requerer a proteção, privilegiando a disposição legislativa estrita, pois é necessário reconhecer no caso concreto quem pode legitimamente restituir a voz do falecido.

Proteger essa memória perpassa interpretar como os fatos atuais impactam nas condutas do sujeito narrativo que se faz presente pelo processo de coautoria dos vivos. Para fazer pretensões biográficas acerca de quem o sujeito foi, é necessário se atentar para a existência de autoridade testemunhal, bem como de justificativas dessa posição de poder e de relevância da proteção para a sociedade contemporânea. Essa autoridade representa os

legitimados para pleitear a tutela judicial, não podendo ser restrita apenas aos parentes vivos. Caso presente um laço de afetividade ou de conexão social, que esteja munido de evidências concretas, não pode a legitimidade de um dado sujeito ser negada pelo ordenamento jurídico.

Assim, em uma proposta de reforma legislativa, defende-se que a legitimidade adote um critério relacional não contido no vínculo familiar, sem definição prévia de quem pode utilizar dos mecanismos jurídicos apropriados para remediar um dano póstumo. Os familiares indicados nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do CC não precisam justificar o exercício de uma pretensão, militando presunção em seu favor, mas que pode admitir prova em contrário se a tutela está sendo exercida em desconformidade com a reconstrução dos desejos e projetos do morto. Por outro lado, os demais integrantes do seu núcleo social (namorados, amigos próximos, parceiros de negócios, familiares não descritos no parágrafo único etc.) podem também postular uma medida satisfativa ou compensatória (em nome próprio), contanto que demonstrem autoridade testemunhal por meio de uma conexão afetiva. Eventuais abusos deverão ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, impedindo o uso exploratório do falecido e devendo guiar sua atuação pelas leituras corretas e adequadas que são feitas acerca da sua identidade narrativa, escolhendo aquela que privilegie o projeto de vida que buscou construir.

Ainda nos critérios práticos, a quinta conclusão é de que o distanciamento temporal entre a morte e a ocorrência do dano não é argumento suficiente para, por si só, retirar a proteção que deve ser fornecida ao falecido. O padrão de análise acerca da pertinência da tutela deve medir até que o ponto a violação do passado pode entrar em contato com o presente, balanceando-se as exigências da lembrança com as permissões do esquecimento. Se um sujeito vivo se entende inserido no processo de coautoria da vida do morto, é possível entender pela necessidade de uma tutela protetiva. Não há como definir um padrão de antemão por previsão legislativa (como pela imposição de certo número de anos em que a tutela pode ser pleiteada), pelo que sua definição perpassa entender em que medida o sujeito que aciona o judiciário está inserido nessa dimensão narrativa continuada. Se a conexão for clara e munida de justificativas, não deve haver óbice à proteção, mesmo que um grande lapso de tempo tenha decorrido. Será necessário um controle judicial para garantir que o pleito não está sendo feito meramente por questões oportunistas e sim por uma preocupação com a identidade biográfica do sujeito potencialmente lesado. Com isso, não se nega a possibilidade de prescrição da pretensão civil: essa pode ter início após a ocorrência do dano póstumo, seguindo as regras temporais já estabelecidas. O que não tem lapso delimitado é o transcurso de tempo entre a morte a própria possibilidade de ocorrência do dano.

As questões da legitimidade e da duração da proteção também são impactadas pela dimensão pública ou privada da pessoa falecida que se reconstrói e, com isso, da relevância social de reparar o dano póstumo ocasionado.

Na construção da situação jurídica, em se tratando de uma lesão a uma pessoa pública, ou que tenha repercussões sociais contemporâneas (como desrespeito a grupos ou pretensões históricas de verdade e preservação registral), a tutela assume dimensão de coletividade, sendo permitido que agrupamentos sociais busquem a proteção judicial contra a perpetuação do dano às identidades históricas afetadas, verificando-se um acréscimo nos sujeitos legitimados (como organizações de proteção a grupos culturais ou instituições de tutela do interesse social, como o Ministério Público e a Defensoria Pública) e no período em que a tutela judicial pode ser exercida.

Nos casos de sujeitos privados, em que o dano é em face de um sujeito histórico delimitado e sem uma dimensão pública relevante, afetado quanto à sua reputação e privacidade, a proteção somente pode ser exercida por quem comprovadamente apresentar um laço de afetividade ou de conexão social, munido de evidências concretas acerca da capacidade de apresentar a voz do falecido. O tempo, por sua vez, depende da medida em que os vivos que acionam o Judiciário estão razoavelmente inseridos na dimensão narrativa da obra de vida do falecido.

Indo além das repercussões dessa teorização na resolução dos casos concretos, vê-se que a pesquisa empregada também fornece subsídios para uma possível reestruturação do conceito de pessoa. Concluiu-se que a pessoa é um referencial de imputação problematizada de normas jurídicas, tecido na argumentação de uma situação concreta; um centro discursivo pelo qual podem ser atribuídos posições de direitos e deveres, liberdades e não-liberdades. Os deveres e direitos que podem ser identificados no contexto de aplicação da norma dizem respeito à trama de vida do morto, partindo da construção pelo falecido *ante mortem* rumo à sua memória e continuação narrativa na forma contada pelas pessoas vivas, no processo de (re)escrita, leitura e coautoria.

A partir do momento em que uma situação jurídica, no contexto de aplicação das normas, atenta-se à construção de um dever de respeito à memória – síntese e experiência narrativizada do existir humano –, vê-se que o morto assume a centralidade na argumentação jurídica, pela construção de um feixe de liberdades e não-liberdades, na intercessão entre as ideias de presença, identidade, memória e responsabilidade.

Assim, considera-se a possibilidade de, por meio dessas bases, antever a categoria de pessoa, pela ótica do centro de imputação, como não necessitando de juízos valorativos acerca

da capacidade para ações autônomas, nem mesmo referência a critérios de funcionamento corpóreo. No entanto, isso implicaria uma necessária reformulação do conjunto teórico relativo à personalidade, para inclusão de figuras desprovidas de uma capacidade ativa de direitos, por exemplo, o que demandaria uma investigação própria que enfoque não apenas os sentidos continuados da identidade do morto – pelo viés narrativo –, mas também compreensão dos limites de uma visão reformulada da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABAD-SANTOS, Alexander. Johnnie Walker Offends by Using Bruce Lee in Chinese Ad. *The Atlantic*. July 12, 2013. Disponível em <https://www.theatlantic.com/business/archive/2013/07/heres-reason-fans-dont-johnnie-walker-using-bruce-lee-its-latest-ad/313391/>. Acesso em 07 jan. 2022.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Trad. Lorenzo Mammi. São Paulo: Penguin, 2017.

ALEMANHA. BVERFGE 30, 173 – Mephisto. 24 Fev. 1971. Translated German Cases and Materials under the direction of Professors P. Schlechtriem, B. Markesinis and S. Lorenz. Trad. Tony Weir. Disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=56>. Acesso em 18 jan. 2023.

AMBROSINO, Brandon. Como as redes sociais estão mudando nossa maneira de lidar com a morte. *BBC Brasil*. 21 mar. 2016. Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160316_vert_fut_facebook_mortos_ml>. Acesso em 11 abr. 2020.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. In: *Revista Derecho del Estado*. n.30, enero-junio 2013, p.103-124.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997.

ANTUNES, Pedro. Cazuzza “ressuscita” como holograma diante de 30 mil pessoas em São Paulo. *Rolling Stones*. 12 jan. 2013. Disponível em <https://rollingstone.uol.com.br/noticia/cazuzza-ressuscita-como-holograma-diante-de-30-mil-pessoas-em-sao-paulo/>. Acesso em 17 mai. 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999.

ARIÈS, Philippe. *História da morte no Ocidente*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

ARISTOTÉLES. *On memory and remembrance*. Translated by J. I. Beare. The Internet Classics Archive by Daniel C. Stevenson. 1994-2009. Disponível em <http://classics.mit.edu/Aristotle/memory.html>. Acesso em 07 jun 2022.

ARISTÓTELES. *Poética*. 2ª Ed. Trad. Paulo Pinheiro. São Paulo: Editora 34, 2017.

ARRIBAS, Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas. Considerações acerca do direito à imagem como direito da personalidade. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 164. out./dez. 2004. p.347-366.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

AVRAMIDOU, Amalia. The Phersu Game Revisited. *Etruscan Studies*, vol. 12, no. 1, 2009, pp. 73-88. <https://doi.org/10.1515/etst.2009.12.1.73>.

BASSETT, Debra J. Who Wants to Live Forever? Living, Dying and Grieving in Our Digital Society. In: *Social Science*. Vol. 04, 2015, p. 1127-1139, doi:10.3390/socsci4041127. p. 1133-1135.

BERTRÃO, Silvio Romero. Tutela jurídica da personalidade humana após a morte: conflitos em face da legitimidade ativa. In: *Revista dos Tribunais*. Revista de Processo. vol. 247/2015. Set. 2015. p. 177-195.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Ed. Histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

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

BOETHIUS. A treatise against Eutyches and Nestorius. In: BOETHIUS. *Tractates, De consolatione philosophiae*. Tradução de H. F. Stewart e F. K. Rand. Cambridge: Harvard University Press, 1968.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1005278/SE. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 04/11/2010, DJ de 11/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1076160/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 10/04/2012, DJ de 21/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 113.963/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. em 20/09/2005, DJ de 10/10/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1209474/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 10/09/2013, DJ de 23/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1615979/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. em 12/06/2018, DJ de 15/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1693718/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 26/03/2019, DJ de 04/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1734536/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. em 06/08/2019, DJ de 24/09/2019.

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.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521697/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha, 4ª Turma, j. em 16/02/2006, DJ de 20/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 74473/RJ. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. em 23/02/1999, DJ de 21/06/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 86.109/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. em 28/06/2011, DJ de 01/10/2001.

BRECHER, BOB. Our Obligation to the Dead. *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, No. 2, 2002.

BROUWER, René. Funerals, faces, and hellenistic philosophers: on the origins of the concept of the person in Rome. In: LoLordo, Antonia (Ed.). *Persons: a history*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 19-51

BROWN, Guy. The future of death and the four pathways to immortality. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 40-56.

BUITELAAR, J.C. Post-mortem privacy and informational self-determination. *Ethics and Information Technology*. N.19. p. 129–142 (2017). DOI 10.1007/s10676-017-9421-9.

CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto Jurídico da Pessoa Depois da Morte. In: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 2 (2016), nº 4, p.477-487.

CAMUS, Albert. *A peste*. 35ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2022.

CANDAU, Joël. *Memória e identidade*. São Paulo: Contexto, 2016.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Teixeira de Freitas e a História da Teoria das Capacidades no Direito Civil Brasileiro*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2013.

CARVALHO, Nara Pereira. *A Pessoa Atravessa o Espelho: (Re)(Des)Construção Ético-Jurídica da Identidade Pessoal*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal*. Do funcionalismo à teoria discursiva do delito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Tutela póstuma dos direitos de personalidade e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (Org.). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 105-121.

CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*. 1ª Edição. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DAVEY, Tina. *Until Death Do Us Part: Post-mortem Privacy Rights for the Ante-mortem Person*. Doctoral Thesis (Philosophy) University of East Anglia. April 2020.

DE-SHALIT, Avner. *Why posterity matters*. Environmental policies and future generations. London and New York: Routledge, 1995.

DIAS, Jacqueline Sarmiento. *O Direito à imagem*. Del Rey: Belo Horizonte, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. V. 1. 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DODSON, Aaron. The strange legacy of Tupac's 'hologram' lives on five years after its historic Coachella debut. *The Undefeated*. Apr. 14, 2017. Disponível em <https://theundefeated.com/features/the-strange-legacy-of-tupacs-hologram-after-coachella/>. Acesso em 17 mai. 2020.

DOGEN. *Genjokoan*. Trad. Paul Jaffe. Disponível em http://www.thezensite.com/ZenTeachings/Dogen_Teachings/GenjoKoan8.htm#jaf0. Acesso em 13 jun 2022

DWORKIN, Ronald. *Life's dominion*. New York: Alfred A. Knopf, 1993.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2006.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World (November 10, 2013). In: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, No. 1, 2013, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2267388> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2267388>.

EPICURO. *Carta sobre a felicidade (a Menecceu)*. Trad. Álvaro Lorencini; Enzo Del Carratore. São Paulo: UNESP, 2002.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Putistin v. Ukraine. 2013. Disponível em <https://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2013/1154.html>. Acesso em 16 jan. 2023.

EXLEY, Catherine. Testaments and memories: Negotiating after-death identities. In: *Mortality*. Vol. 4, Issue3, p. 249-267, DOI: 10.1080/713685981.

FACCIO, Lucas; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a legitimidade para o dano moral por ricochete em perspectiva comparada: em favor de uma interpretação ampliada no direito civil brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/notas-sobre-a-legitimidade-para-o-dano/>. Data de acesso 11 dez. 2022.

FACEBOOK. Sobre as contas de memorial. Disponível em <https://pt-br.facebook.com/help/1017717331640041>. Acesso em 18 jan. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVLAD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral e LINDB. 15. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: teoria geral*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Vol. 1. Oxford University Press, 1984, ISBN 0195034090; 9780195034097.

FELDMAN, Fred. *Confrontations with the reaper. A philosophical study of the nature and value of death*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

FELDMAN, Fred. The termination thesis. *Midwest Studies in Philosophy*, XXIV (2000). P. 98-115.

FERREIRA, A.M.S. Da lembrança à autonomia: o dever de respeito à memória como forma de tutela da pessoa. In *Revista Brasileira de Prática Jurídica*. v. 03, p. 08-33, 2022. ISSN: 2675-7516

FERREIRA, A.M.S. Responsabilidade civil por dano da morte: algumas contribuições filosóficas. In *Revista do CAAP*. v. 26, p. 1-22, 2021. ISBN: 1415-0344.

FIELD, Matthew. Virtual reality used to ‘reunite’ grieving mother with avatar of dead child. *The Telegraph*. 11 Feb. 2020. Disponível em <https://www.telegraph.co.uk/technology/2020/02/11/virtual-reality-used-reunite-grieving-mother-avatar-dead-child/>. Acesso em 19 fev. 2020.

FLUMIGNAN, Silviano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

FRANCESCOTTI, Robert. Surviving death: how to refute termination theses. In *Inquiry*, 2017. DOI: 10.1080/0020174X.2017.1321498.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço de Código Civil*. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1860.

GALUPPO, Marcelo Campos. A mulher de mais ou menos trinta anos: as idades da constituição. In *Anamorphosis*. Revista Internacional de Direito e Literatura v. 7, n. 1, janeiro-junho 2021. doi: 10.21119/anamps.71.65-83.

GALUPPO, Marcelo Campos. Memória, lembrança e esquecimento: ou sobre como construir o futuro. In *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V.24 N.48 (2021). Dossiê - Justiça de Transição, Corrupção, Exceção, Diferença e Risco. DOI <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n48p79-91>.

GENTIL, Hélio Salles. Introdução. In RICOUER, Paul. *Tempo e Narrativa. A intriga e a narrativa histórica*. V. I. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. XI-XXII.

GILMORE, Cody. When do Things Die. In BRADLEY, Ben et al. (Eds.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 5-59.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 22ª Ed. Coord. Edvaldo Brito. Atualizadora Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. Ed. Coord. Edvaldo Brito, Rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

GUSTIN, Miracy B.S.; Dias, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Teoria e Prática. 4ª Edição. Del Rey: Belo Horizonte, 2013.

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

HABERMAS, Jürgen. *Justification and application*. Remarks on discourse ethics. US: MIT Press, 1993.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990. Ed. Digital.

HALLAM, Elizabeth et al. *Beyond the Body: Death and social identity*. United States: Routledge, 1999.

HALLAM, Elizabeth; HOCKEY, Jenny. *Death, Memory and Material Culture*. New York: Berg, 2001.

HALSEMA, Annemie. “The Accountable Ipse.” The Ethical Self in Ricoeur’s Hermeneutics and Butler’s Poststructuralism. In HALSEMA, Annemie (Ed.); HENRIQUES, Fernanda (Ed.). *Feminist Explorations of Paul Ricoeur's Philosophy*. Lanham, Boulder, etc.: Lexington, 2016. p. 103-120. Disponível em https://www.academia.edu/30932874/_The_Accountable_Ipse._The_Ethical_Self_in_Ric%C5%93ur_s_Hermeneutics_and_Butler_s_Poststructuralism. Acesso em 25 mai. 2022.

HARBINJA, Edina. The ‘New(ish)’ Property, Informational Bodies, and Postmortality In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 89-105

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020. p. 168. Disponível em <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523/350>. Acesso em 13 abr. 2020.

JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. United States: Routledge, 2017.

JONSSON, Annika. Materializing Loss and Facing the Absence-Presence of the Dead. In: HOLMBERG, Tora (Org.); JONSSON, Annika (Org.); PALM, Fredrik (Org.). *Death Matters: Cultural Sociology of Mortal Life*. Palgrave Macmillan, ISBN 978-3-030-11484-8, p. 25-44.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KAGAN, Shelly. *Death*. New Haven and London: Yale University Press, 2012.

KIRSTE, Stephan. A contribuição do direito à memória cultural. *Cadernos da escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*. V. 7, N. 7, Jan/Dez. Curitiba: Unibrasil, 2007. p. 319-343.

KRAMER, Matthew H. Do animals and dead people have legal rights? In *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* Vol. XIV, No. 1. January 2001, p. 29-54.

KROVATIN, Chris. The Dio Hologram is awful and it needs to stop. *Kerrang!* Apr. 19, 2017. Disponível <https://www.kerrang.com/features/the-dio-hologram-is-awful-and-it-needs-stop/>. Acesso em 17 mai. 2020.

LEAL, Livia Teixeira. BURILLE, Cíntia, HONORATO, Honorato, Gabriel. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na apelação cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). *Revista Brasileira De Direito Civil*, 28(02), 207. Recuperado de <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>.

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.

LEE, Dami. Deepfake Salvador Dalí takes selfies with museum visitors. *The Verge*. Disponível em <https://www.theverge.com/2019/5/10/18540953/salvador-dali-lives-deepfake-museum>. Acesso 28 mai. 2020.

LEHNER, Nikolaus. The work of the digital undead: digital capitalism and the suspension of communicative death. In: *Continuum*. Vol. 33, n. 4, p. 475-488, DOI: 10.1080/10304312.2019.1627289.

LIBERATORE, Stacy. The app that lets you snap a selfie and chat with DEAD friends: 'With me' app uses 3D scans to create AI avatars that 'live forever'. *Daily Mail Online*. 02 Mar. 2017. Disponível em <https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-4275822/The-app-lets-snap-selfie-DEAD-friends.html>. Acesso em 19 fev. 2020.

LOCKE. *The Clarendon Edition of the Works of John Locke: An Essay Concerning Human Understanding*. Oxford University Press, 2015.

LOLORDO, Antonia. Introduction: The concept of a person from antiquity to the twenty-first century. In: LoLordo, Antonia (Ed.). *Persons: a history*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 15-18.

MADRELL, Avril. Living with the deceased: absence, presence and absence-presence. In: *Cultural Geographies*, 20(4), p. 501–522. DOI: 10.1177/1474474013482806.

MASSIMI, Michael. Matters of Life and Death: Locating the End of Life in Lifespan-Oriented HCI Research. In: *Proceedings of the International Conference on Human Factors in Computing Systems*. CHI 2011, Vancouver, BC, Canada, May 7-12, 2011. p. 09.

Disponível em

https://www.researchgate.net/publication/221514335_Matters_of_life_and_death_Locating_the_end_of_life_in_lifespan-oriented_HCI_research. Acesso em 14 abr. 2020.

MASTERTON et al. In search of the missing subject: narrative identity and posthumous wrongdoing. In *Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences* 41 (2010), p. 340–346. doi:10.1016/j.shpsc.2010.10.010.

MASTERTON, Malin et. al. Can the dead be brought into disrepute? *Theoretical Medicine and Bioethics*. Vol. 28. p. 137–149. Springer 2007. DOI 10.1007/s11017-007-9028-y.

MASTERTON, Malin et. al. Queen Christina's moral claim on the living: Justification of a tenacious moral intuition. *Medicine, Health Care and Philosophy*. Vol. 10. p. 321–327. Springer 2007. DOI 10.1007/s11019-006-9044-0.

MASTERTON, Malin. *Duties do past persons*. Moral standing and posthumous interests of old human remains. Acta Universitatis Upsaliensis. Digital Comprehensive Summaries of Uppsala Dissertations from the Faculty of Medicine 557. 76 pp. Uppsala. ISBN 978-91-554-7798-1.

MASTERTON, Malin. *Duties to past persons: The moral standing and posthumous interest of old human remains*. ISBN: 978-91-554-7798-1.

MEESE, James et al. Posthumous personhood and the affordances of digital media. In: *Mortality*. Vol. 20, Issue 4, 2015. p. 408-420. DOI: 10.1080/13576275.2015.1083724.

MELLOR, Phillip A. Death in high modernity: the contemporary presence and absence of death. In: *The Sociological Review*. Volume: 40 issue: 1, p. 11-30. Issue published: May 1, 1992.

MENDES, Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Revista de Direito Público*, 15(85), 2019. Recuperado de <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>. Acesso em 14 jan. 2023.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Volume IV. Pessoas. 3ª Ed. Lisboa: Almedina, 2011.

MICHAUD, Eugène. *Louis XIV et Innocent XI: d'après les correspondance diplomatiques inédites du ministère des affaires étrangères de France*. Tome I Innocent XI et sa cour. Paris: G. Charpentier, 1882. Disponível em https://archive.org/stream/louisxivetinnoc01mich/louisxivetinnoc01mich_djvu.txt. Acesso em 17 jan. 2023.

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

MOREIRA, Luiz. Introdução à edição brasileira. In GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

MORSE, Tal; BIRNHACK, Michael. Digital Remains: the user's perspective. In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 107-126.

NANSEN, Bjorn et al. The Restless Dead in the Digital Cemetery. In: LEWIS, Moreman (Eds.). *Digital Death: Mortality and Beyond in the Online Age*. p. 10-11. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/280932623_The_Restless_Dead_in_the_Digital_Cemetery. Acesso em 13 abr. 2020

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada*. Relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade. 2ª Ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão Crítico-Discursiva dos Direitos de Personalidade*: da "Natureza Jurídica" dos Dados Genéticos Humanos. Tese (Doutorado em Direito). Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2007

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *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 sobrevida dos direitos da personalidade. In: *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p.117-123, jul./set. 2007. p. 121-122.

O'CONNOR, Mórna. Posthumous Digital Material: Does It 'Live On' in Survivors' Accounts of Their Dead? In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 39-56.

ÖHMAN, Carl. From Bones to Bytes: A New Chapter in the History of Death. In: ÖHMAN, Carl (Org.); WATSON, David (Org.). *The 2018 Yearbook of the Digital Ethics Lab*. Oxford: Springer, 2019. p. 167-182.

ÖHMAN, Carl; FLORIDI, Luciano. The Political Economy of Death in the Age of Information: A Critical Approach to the Digital Afterlife Industry. In: *Minds and Machines*. Vol. 27, 2017, p. 639-662. Disponível em <https://link.springer.com/article/10.1007/s11023-017-9445-2>.

OLIVEIRA, Maiuí Itacuatiana de Borba. *Ruídos da Personalidade*: Identidade, Informação e Transformação. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PARFIT, Derek. *Reasons and persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A morte e sua repercussão na vida negocial. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídica*. V. 1, n. 1. Jan./Jun. 1985. Rio de Janeiro: Academia, 1985. p.105-119.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. v. I. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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.

PETEFFI DA SILVA, Rafael, RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. In: SIVA, Rafael Peteffi da; CELLA, José Renato Graziere (orgs.). *I Encontro de Internacionalização do Conpedi*. Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 37-72.

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.

PITCHER, George. The misfortunes of the dead. In BENATAR, David (Ed.). *Life, Death, and Meaning*. Key philosophical readings on the big questions. 3ª Ed. Rowman & Littlefield, 2016. p. 207-215.

QUEER AS FACT. A queer history podcast. Christina of Sweden. Locução de: Alice; Irene; Eli. [S.l.]: 01 jul. 2019. Podcast. Disponível em: <https://queerasfact.podbean.com/e/christina-of-sweden/>. Acesso em 16 jan. 2023.

READER, John. Philosophical Investigations into Digital Afterlife. In: SAVIN-BADEN, Maggi (Org.); MASON-ROBBIE, Victoria (Org.). *Digital Afterlife: Death Matters in a Digital Age*. United States: CRC Press, 2020. p. 161-172.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Rafael Peteffi da. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de “choque nervoso” (Schockschaden) no direito civil alemão. In: *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/dano-reflexo-oupor-ricochete-e-lesao-a-saude/>. Data de acesso 17/02/2020.

RICOEUR, Paul. Life in quest of narrative. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 20-33.

RICOEUR, Paul. Narrative Identity. In: WOOD, David (Ed). *On Paul Ricoeur*. Narrative and interpretation. London: Routledge, 1991. p. 188-200.

RICOEUR, Paul. *O si-mesmo como outro*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. A intriga e a narrativa histórica. V. I. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RICOEUR, Paul. *Tempo e Narrativa*. O tempo narrado. V. III. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2007.

ROSENBAUM, Stephen. Epicurus and Annihilation. In: *The Philosophical Quarterly*. Volume 39, Issue 154, January 1989, Pages 81–90, DOI: 10.2307/2220353.

ROSENBERG, Jay F. *Thinking clearly about death*. US: Prentice-Hall, 1983.

RÖSLER, Hannes. Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. In: *Berkeley Journal Of International Law*. Volume 26, 2008, p.154-205

ROSSI, Paolo. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: UNESP, 2010.

ROTHMAN, Jennifer. *The Right of Publicity: Privacy Reimagined for a Public World*. London: Harvard University, 2018.

RUBIN, Peter. *Future presence*. How virtual reality is changing human connection, intimacy, and the limits of ordinary life. Harper Collins, 2018. ISBN 978-0-06-256672-0

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 10ª Vara Cível de Guarulhos. Processo n. 1036531-51.2018.8.26.0224. Juiz Lincoln Andrade de Moura, 27 fev. 2020. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/208802324/processo-n-1036531-5120188260224-do-tjsp>. Acesso em 20 abr. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Vara do Juizado Especial Cível. Processo n. 1020052-31.2021.8.26.0562. Juiz Guilherme de Macedo Soares. 07 out. 2021. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM000PN3B0000&processo.foro=562&processo.numero=1020052-31.2021.8.26.0562>. Acesso em 14 fev. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Casconi, j. 9.3.2021.

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

SCHECHTMAN, Marya. Stories, Lives and Basic Survival: A Refinement and Defense of the Narrative View. In: *Royal Institute of Philosophy Supplement*. Vol. 60, p. 155-178. doi:10.1017/S1358246107000082.

SCHETCHMAN, Marya. *Staying Alive*. Personal Identity, practical concerns, and the unity of a life. Oxford: Oxford, 2014

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SENECA, Lucius Annaeus. *Moral Letters to Lucilius, LXIII, On Grief for Lost Friends*. Trad. Richard Mott Gummere (1883–1969), Loeb Classical Library (1917-25). Disponível em <https://topostext.org/work/736>. Acesso em 13 jun 2022.

SHERLOCK, Alexandra. Larger Than Life: Digital Resurrection and the Re-Enchantment of Society. In: *The Information Society: An International Journal*. Vol. 29, Issue 2, p. 164-176. DOI: 10.1080/01972243.2013.777302. p. 165-166.

SILVA, R. P.; SANTOS, A. A. F. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. In: *Prisma Jurídico*. São Paulo, v. 12, n. 1, p. 95-129, jan./jun. 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. Sistema de Justiça, Função Social do Contrato e a Indenização do Dano Reflexo ou por Ricochete. In: *Revista Sequência* (UFSC), Florianópolis, v. 63, p. 353-375, 2011.

SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016. p. 205-238.

SMOLENSKY, Kirsten Rabe. Rights of the Dead. *Hofstra Law Review*. Vol. 37, 2009. p. 763-803.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2015.

SPERLING, Daniel. *Posthumous Interests*. Legal and Ethical Perspectives. Cambridge University Press, 2008.

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

STEPHENSON, John S. *Death, Grief and Mourning: Individual and Social Realities*. New York: Free Press, 1985.

STOKES, Patrick. Are There Dead Persons? In: *Canadian Journal of Philosophy*. 2018. DOI: 10.1080/00455091.2018.1442402.

STOKES, Patrick. Death and survival online. In CHOLBI, Michael (Ed.); TIMMERMAN, Travid (Ed.). *Exploring the Philosophy of death and dying*. Classical and Contemporary Perspectives. New York: Routledge, 2021. p. 200-209.

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. *Digital souls: a philosophy of online death*. Bloomsbury Academic, 2021.

STOKES, Patrick. Duties to the Dead. In STOKES, Patrick (Eds.); BUBEN, Adam (Eds.) *Kierkegaard and Death*. Bloomington, IN: Indiana University Press, 2011. p.253-73.

STOKES, Patrick. Ghosts in the machine: Do the dead live on in Facebook? In: *Philosophy and Technology*. Vol. 25, Issue 3, p. 363–379, 2012.

STOKES, Patrick. The decay of digital personhood Towards new norms of disposal and preservation. In KOHN, Tamara et al. (Eds). *Residues of Death*. Disposal Reconfigured. London and New York: Routledge, 2019. p. 80-90.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

THE LEVESON INQUIRY. An inquiry into the culture, practices and ethics of the press report. Witness Statement of Giles Humprhy Crown. November 2012. Disponível em <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140122191055/http://www.levesoninquiry.org.uk/wp-content/uploads/2012/06/Witness-Statement-of-Giles-Crown.pdf>. Acesso em 14 jan. 2023.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tutela jurisdicional da personalidade post mortem. *Revista dos Tribunais*. vol. 845/2006. Mar. 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Câmara de Pós-Graduação da UFMG. Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Aprovado em 12 de setembro de 2013. Consolidado segundo alterações aprovadas pelo Colegiado, em sua reunião de 7 de novembro de 2016 e Câmara de Pós-Graduação em 13 de dezembro de 2016, bem como alterações aprovadas pelo Colegiado, em sua reunião de 30 de julho de 2020 e Câmara de Pós-Graduação em 31 de julho de 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/programa/regulamento/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

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

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

VENEMA, Henry Isaac. *Identifying Selfhood*. Imagination, narrative, and hermeneutics in the thought of Paul Ricoeur. State University of New York Press, 2000.

- VENTURA, Felipe. Como Renato Russo, da Legião Urbana, voltou em forma de “holograma” para cantar mais uma vez. *Gizmodo Brasil*. Brasil, 30 jun. 2013. Disponível em <https://gizmodo.uol.com.br/renato-russo-holograma/>. Acesso em 08 jun. 2020.
- 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.
- WALTER, Tony. Communication media and the dead: from the Stone Age to Facebook. In: *Mortality*. Vol. 20, n. 3, 2015, p. 215-232.
- WALTER, Tony. How the dead survive Ancestors, immortality, memory. In: JACOBSEN, Michael Hviid (Org.). *Postmortal society: Towards Sociology of Immortality*. New York: Routledge, 2017. p. 19-39.
- WALTER, Tony. The Pervasive Dead. In: *Mortality*. Vol. 24, p. 389-404, 2019. doi: 10.1080/13576275.2017.1415317.
- WALTER, Tony. Voices and silences of the dead. In: PANAGIOTOPOULOS, Anastasios (Org.); ESPÍRITO SANTO, Diana (Org.). *Articulate Necrographies*. Comparative Perspectives on the Voices and Silences of the Dead. New York, Oxford: Berghahn, 2019. p. 17-39.
- WELLMAN, Carl. *Real rights*. New York: Oxford University Press, 1995.
- WESTERLUND, Mika. The Emergence of Deepfake Technology: A Review. *Technology Innovation Management Review*. Vol. 9, Issue 11, November 2019, p. 39-52.
- WIBERG, Mark. Introduction: the emerging interaction society. In: *The interaction society: practice, theories and supportive technologies*. London: Information Society, 2005, pp. 1-26.
- WOOD, William R.; WILLIAMSON, John B. Historical Changes in the Meaning of Death in the Western Tradition. In: BRYANT, Clifton D. *Handbook of death and dying*. V. 1. United States: Sage Publications, 2003. p. 14-23.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá Editora, 2018
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.