

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**SÉRGIO PARREIRAS ABRITTA**

**DIREITO AO LUTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Belo Horizonte  
2018

**SERGIO PARREIRAS ABRITTA**

**DIREITO AO LUTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao Programa de Especialização em Ministério Público e o Novo Constitucionalismo da Escola Institucional do Ministério Público e do Centro de Estudos de aperfeiçoamento Funcional e Universidade Milton Campos, como avaliação final.

Linha de Pesquisa: O Ministério Público e o Novo Constitucionalismo.

Orientador: Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Trabalho de conclusão de curso intitulado:  
*“Direito ao Luto como Direito Fundamental”*,  
elaborado por SÉRGIO PARREIRAS ABRITTA,  
para apreciação pela banca constituída pelos  
seguintes professores:

---

Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida      Avaliação

---

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba

Avaliação

---

Prof. Dr. Carlos Augusto G. Canedo da Silva      Avaliação

Belo Horizonte, 19 de março de 2018

## **DEDICATÓRIAS**

Para meu pai, Luís Carlos Abritta, cuja história se confunde com a do Ministério Público das Minas Gerais, e para Fabíola Farias, meu amor, e defensora intransigente da luta pela justiça social.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a meu mestre, Professor Doutor Gregório Assagra de Almeida, pela imensa generosidade na condução desse trabalho.

*Defrontar-me com a morte não me é tormento.  
Tormento seria, se deixasse insepulto o morto que  
procede do ventre de minha mãe.*

*(Antígona)*

## RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo discorrer acerca do direito ao luto, enquanto direito coletivo indisponível, decorrente do desaparecimento de pessoas em virtude de desastres ambientais ou de forma forçada, bem como a viabilidade da hipótese de o Ministério Público, colegitimado a defender os direitos metaindividuais, empregar os mecanismos administrativos (extrajudiciais) e judiciais de que dispõe para compelir o Poder Público – e entes privados, se relacionadas aos fatos investigatórios - a empregar todos os esforços na tentativa de localização dos restos mortais ou de prestar as informações necessárias à elucidação dos fatos, prestigiando a memória do falecido, a dignidade dos seus familiares e amigos, bem como o princípio da solidariedade entre os integrantes do tecido social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Luto. Direitos fundamentais. Interesses metaindividuais. Ministério Público resolutivo e demandista.

## ABSTRACT

The present research aims to discuss the right to grief, as an unavailable collective right, resulting from the disappearance of people due to disasters, in the environmental or forced in any way, as well as the viability of the Public Ministry, legitimized to defend society interests, to use administrative (extrajudicial) and judicial mechanisms they have to enforce the Public Power — and private figures, if related to investigative facts — to direct all efforts to attempt to find remains or provide necessary information to clarify facts, to honor the memory of the deceased, the principle of solidarity among the social fabric, and the dignity of their friends and family, as well as of the community.

**KEYWORDS:** grief, fundamental rights, public interests, plaintiff and decisive Public Ministry

## SUMÁRIO

|                                                                                                                             |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                    | <b>10</b> |
| <b>2 FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>                                                                            | <b>14</b> |
| <b>2.1 Origens e Evolução.....</b>                                                                                          | <b>16</b> |
| <b>3 CONCEITO DE LUTO.....</b>                                                                                              | <b>25</b> |
| <b>4 SITUAÇÕES QUE PODEM CARACTERIZAR AMEAÇA OU LESÃO DO DIREITO AO LUTO E DEMANDAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO....</b> | <b>38</b> |
| <b>5 O LUTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: INTERESSE SOCIAL E A NOVA SUMMA DIVISIO.....</b>                                      | <b>49</b> |
| <b>6 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA AO LUTO.....</b>                                                                        | <b>65</b> |
| <b>6.1 Formas de proteção e de efetivação do direito ao luto.....</b>                                                       | <b>69</b> |
| <b>6.1.1 Ação Civil Pública.....</b>                                                                                        | <b>71</b> |
| <b>6.1.2 Inquérito Civil.....</b>                                                                                           | <b>73</b> |
| <b>6.1.3 Procedimento Preparatório.....</b>                                                                                 | <b>76</b> |
| <b>6.1.4 Notícia de Fato.....</b>                                                                                           | <b>77</b> |
| <b>6.1.5 Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta.....</b>                                                            | <b>78</b> |
| <b>6.1.6 Expedição de Recomendações.....</b>                                                                                | <b>80</b> |
| <b>6.1.7 Tutela Inibitória.....</b>                                                                                         | <b>82</b> |
| <b>6.1.8 Audiência Públicas.....</b>                                                                                        | <b>83</b> |
| <b>6.1.9 Direito de Petição (Artigo 5º, Inciso XXXIV, da CF/88).....</b>                                                    | <b>85</b> |
| <b>7 CONCLUSÃO.....</b>                                                                                                     | <b>88</b> |
| <b>8 REFERÊNCIAS.....</b>                                                                                                   | <b>89</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

Há alguns anos, recebi um convite de uma amiga para participar do ato de abertura da “65ª Caravana da Anistia”, seguida da Sessão de Julgamento dos requerimentos de anistia política, que aconteceria no auditório da Congregação da Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte. Seu marido, àquela época já falecido, foi um dos últimos presos políticos – senão o último - a ser libertado. Compareci à sessão com um misto de alívio e de dor.

O alívio advinha do fato de que, finalmente, sua história seria recontada com sua verdadeira face, não mais de um “terrorista subversivo”, mas de um homem que lutou, de forma destemida e intensa, contra o modelo do regime militar instaurado, com o escopo de libertar o país da tirania. A dor resultava de sua ausência, de saber que não se podia mais contar com sua postura firme e indignada, que adotava frente a quaisquer injustiças, especialmente aquelas que atingiam os grupos mais vulneráveis de nossa sociedade.

Julgado seu caso, permaneci em plenário para presenciar as outras decisões, e foi então que me deparei com aquela que marcaria definitivamente meu imaginário e que serviria de mote para o trabalho ora apresentando a esta banca. Tratava-se de um prisioneiro político desaparecido ainda muito jovem, cujo corpo jamais fora localizado. Muitos de seus familiares estavam presentes no ato (quase cerimonioso), inclusive sua mãe, já então bastante idosa. O julgamento transcorreu com o relato da sua história de vida e o posterior reconhecimento de culpa por parte do Estado, pela sua perseguição e extermínio, com o consequente pedido de perdão.

Entretanto, ao ser proposto o *quantum* indenizatório, a mãe do desaparecido recusou-o. Ela não queria que o Estado reparasse sua perda com uma compensação econômica, mas, sim, que lhe fosse devolvido o corpo do filho. Aquela mulher, curvada pelo peso dos anos, mas absolutamente cônica em relação ao seu direito de elaborar seu luto com a realização do sepultamento do filho, como prática simbolizante de despedida e respeito, fez-me recordar imediatamente da personagem *Antígona*, criada pelo grego Sófocles, no ano 442 a.C.

*Antígona* enfrenta o Estado, representado por *Creonte*, e decide, corajosamente, enterrar seu irmão, *Polinice*, apesar do decreto que determinava o apedrejamento público a quem o fizesse. É uma mulher que, sozinha, opõe-se à força da lei e à decisão soberana do

tirano. A obra de Sófocles é a primeira de que se tem notícia, no reino das narrativas ficcionais, a tratar da tutela ao sentimento religioso e, mais especificamente, do respeito aos mortos. Tais narrativas são, no caso da antiguidade helênica, e, quase sempre, de todos os povos, reflexo de seus costumes, regras, tradições e comportamentos, em uma determinada época, mas podem, como no caso de *Antígona*, ter caráter universal e atemporal.

Quando inicia a tragédia, *Édipo* já está morto. Seus filhos, *Etéocles* e *Polinice* disputam o trono de *Tebas* e acabam chegando a um acordo: revezar-se-ão no poder, reinando, cada um, por um ano. O primeiro ano cabe a *Etéocles*, mas este, ao final, recusa-se a passar o cetro ao irmão. *Polinice*, então, abandona *Tebas*, casa-se com a filha do rei de Argos, e o convence a ajudá-lo a recuperar o trono.

Há uma guerra, na qual Argos é vencida, mas, para cumprir o destino da família amaldiçoada pelos “crimes” de *Édipo*, *Etéocles* e *Polinice* são mortos um pelo outro. *Creonte*, então, assume o poder, impondo-se como tirano de *Tebas*, e lança um édito: *Etéocles*, que morreu protegendo *Tebas*, teria as honras funerárias de um herói; já *Polinice* permaneceria insepulto, sendo a pena de morte aquela prescrita para quem ousasse desafiar a lei editada pelo Monarca. Veja-se o diálogo entre *Antígona* e *Ismene*<sup>1</sup>:

Antígona – Se queres me ajudar, se estás disposta a colaborar, escuta.

Ismene – A que riscos me convidas? Qual é teu plano?

Antígona – Ajuda-me a levantar o corpo. Quero teus braços.

Ismene – Queres sepultá-lo contra as determinações da cidade?

Antígona – Sepultarei meu irmão, ainda que não queiras, e o teu. Não poderão acusar-me de traidora.

Ismene – Que ousadia! Contra o decreto de Creonte?

Antígona – Quem é ele para separar-me dos meus?

Ismene – Ai de mim! Pensa, irmãzinha, em nosso pai, pereceu odiado, escarnecido; ao descobrir seus crimes, os dois olhos arrancou, ele mesmo, com suas próprias mãos; depois, ela, mulher e mão dele, dois nomes para a mesma, no laço de um corda extinguiu a vida; há pouco, nossos irmãos, num mesmo dia se mataram, desditos, o destino comum selaram, aniquilando-se mutuamente no poder dos braços. Agora, restamos só nós duas; vê que morte miserável teremos, se à força da lei e à decisão soberana do tirano nos opusermos. Põe na cabeça isso, mulheres somos, não podemos lutar com homens. Há mais, somos dirigidas por mais fortes, temos que obedecer a estas leis e a leis ainda mais duras. De minha parte, rogo aos que estão

<sup>1</sup> SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2016, p. 9-12.

debaixo da terra que tenham piedade de mim, sou forçada a isso, obedecerei a quem está no poder; fazer mais que isso não tem nenhum sentido.

Antígona – Não te direi mais nada, mesmo se quisesses ajudar, a mim não me trarias nenhum prazer. Age como te parece melhor; a esse eu enterrarei. Se ao fazê-lo tiver que morrer, que bela morte será! Amada repousarei com ele, com meu amado, crimosamente pura, por mais tempo deverei agradar os lá debaixo que o cá de cima. La repousarei para sempre. Tu, se te parece, descura o que honram os deuses.

Ismene – Não pratico atos desonrosos, mas afrontar a autoridade dos cidadãos me é impossível.

Antígona – Agarra-te a teus pretextos. Quanto a mim, sepultura vou dar a meu queridíssimo irmão.

Mais adiante, Creonte indaga a Antígona se ela tinha ciência de que ele havia proibido a cerimônia de sepultamento:

Antígona – Sabia. Como poderia ignorá-lo. Falaste abertamente.

Creonte – Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis?

Antígona – Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou, nem a Justiça com trono entre os deuses dos mortos as estabeleceu para os homens. Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não escritas, perenes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram. Por isso, não pretendo, por temos às decisões de algum homem, expor-me à sentença divina. Sei que vou morrer. Como poderia ignorá-lo? E não foi por advertência tua se antes da hora morremos, considero-o ganho. Quem vive num mar de aflições iguais às minhas, como não há de considerar a morte lucro? Defrontar-me com a morte não me é tormento. Tormento seria, se deixasse insepulto o morto que procede do ventre de minha mãe. Tuas ameaças não me atormentam. Se agora te pareço louca, pode ser que seja louca aos olhos de um louco.<sup>2</sup>

Então, *Antígona*, apesar do édito que decretava a morte de quem o contrariasse, e mesmo sendo mulher – e, como assevera *Ismene*, por isso não poder lutar contra os homens –, enterra o irmão, brandindo a espada de um direito atemporal, natural, moral, intrínseco ao homem na sua inteireza, e, portanto, oponível ao direito positivo, mesmo que proclamado por um tirano, a quem se atribuíam decisões inquestionáveis, eis que ditadas pelos deuses.

O paralelo com a mãe do guerrilheiro desaparecido, a qual não aceita que a resolução do conflito simplesmente se dê pela oferta de uma indenização e pedido de perdão explícito por parte do Estado, mas que exige, antes de tudo e prioritariamente, a indicação de

---

<sup>2</sup> Ibidem. p. 33-35.

seu cadáver como a forma primeira de se iniciar uma reparação, foi determinante para a definição do objeto da presente pesquisa.

Em primeiro plano, buscou-se, através da formação e da historicidade dos Direitos Fundamentais, uma base argumentativa para a reafirmação do processo de luta e valorização do ser humano, enquanto personagem político essencial.

O segundo plano teve como objetivo a tentativa de se identificar um conceito de luto que mais se aproximasse dos objetivos desta pesquisa, procurando-se apontar, ainda que de forma sucinta, conceitos acerca da morte e do luto, elaborados por sistemas de pensamentos distintos, ao longo do tempo, até desembocar no estudo do tema pelo fundador da psicanálise.

Da mesma forma, foram listados alguns costumes, de povos antigos e contemporâneos, em relação ao sagrado e inalienável direito, decorrente de tradições e sentimentos - religiosos ou não -, no sepultamento de um cadáver, em suas variadas formas.

A abordagem, em seguida, firmou-se na demonstração do luto à luz dos direitos fundamentais – especialmente em virtude do disposto no § 2º, do art. 5º da CF/88, que trata dos direitos nela não explicitados, mas decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados -, e os reflexos da nova *summa divisio* “Direito Coletivo e Direito Individual”, em superação ao paradigma “Público e Privado”, no entendimento do luto como objeto passível de tutela por enquadramento no rol dos direitos metaindividuais.

Posteriormente, foram citados acontecimentos reais, em relação aos quais a proteção do direito ao luto teria sido negligenciada.

Por fim, apontou-se a atribuição do Ministério Público, enquanto um dos colegitimados à defesa dos direitos metaindividuais, na utilização dos mecanismos de que dispõe, judiciais ou extrajudiciais, para investigar ou compelir o Estado a empregar os esforços necessários e disponíveis à localização de pessoas desaparecidas ou, não sendo possível, prestar as devidas informações aos familiares, amigos e à toda coletividade, sob pena de responsabilização.

Deseja-se, assim, saber se familiares, amigos, conhecidos e, no caso de pessoas que tenham notório reconhecimento público, até mesmo desconhecidos, têm direito de exigir a atuação do Estado para a identificação e recuperação dos seus restos mortais, ou, no mínimo,

de acesso às informações que elucidem, de maneira categórica, a impossibilidade do recobro desses restos mortais, com a respectiva resolução em perdas e danos nos casos de desastres ambientais, provocados ou não, desaparecimentos forçados, e outras hipóteses análogas. Pretende-se, também, perscrutar os instrumentos legais disponíveis, especialmente em relação ao Ministério Público, para exigir do Estado, em caso de resposta positiva, tal persecução.

Efetivamente, não existe pesquisa que parta de uma completa dúvida ou mesmo de um total desconhecimento acerca do tema investigado, não havendo como estabelecer uma relação de absoluta neutralidade entre o que se pesquisa e as crenças, valores, e mesmo interesses do pesquisador.<sup>3</sup>

Assim, a hipótese levantada é a de que a não recuperação dos despojos mortais dos desaparecidos – nos casos em que há flagrante suspeita de ter havido a morte – caracteriza afronta de forma direta a algum ou alguns dos direitos fundamentais expressamente reconhecidos pela Constituição Federal ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, conforme cláusula de abertura do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal.

## **2 FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Direitos fundamentais podem ser conceituados como aqueles indispensáveis para que todo ser humano tenha uma vida digna, livre e igual. Surgem de conquistas populares engendradas por diversos movimentos ao longo da história da humanidade. Muito mais que direitos internos subjetivos dos indivíduos frente ao Estado, para impor ações ou omissões ao poder público, são os direitos fundamentais elementos basilares não só da sociedade, mas para a interpretação e a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico.

Para Norberto Bobbio, “direitos do homem, democracia e paz são três momentos

---

<sup>3</sup> Diz Minayo: “Na investigação social, a relação entre o pesquisador e seu campo de estudos se estabelece definitivamente. A visão de mundo de ambos está implicada em todo o processo de conhecimento, desde a concepção do objeto aos resultados do trabalho e à sua aplicação. Ou seja, a relação, nesse caso, entre conhecimento e interesse deve ser compreendida como critério de realidade e busca de objetivação.” MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio da pesquisa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 13-14.

necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”. Nesse sentido:

Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz possível, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.<sup>4</sup>

Bobbio sustenta que a afirmação dos direitos humanos deriva de uma radical inversão de perspectiva na representação da relação política, característica do Estado moderno, relação vista cada vez mais do ponto de vista dos direitos do cidadão, não mais súdito, e não do ponto de vista dos direitos do soberano. Essa inversão de perspectiva, contrária àquela de que a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos, é provocada pelas guerras de religião, pois é por meio delas que vai se firmando o direito de resistência à opressão, que pressupõe um direito ainda mais originário, que é o do indivíduo não ser oprimido ou, em outras palavras, gozar de algumas liberdades fundamentais, “fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa)”.<sup>5</sup>

O que houve, portanto, foi uma inversão na relação entre Estado e cidadãos, passando-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.<sup>6</sup>

Para Bobbio, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”<sup>7</sup>:

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Editora Campus: RJ, 2004, 20ª tiragem, p. 1.

<sup>5</sup> Ibidem. p. 4.

<sup>6</sup> Ibidem. p. 3.

<sup>7</sup> Ibidem. p. 5.

são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira ou de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.<sup>8</sup>

A ideia de que os direitos humanos, na condição de reivindicações morais, não nascem de uma vez, nem de uma vez por todas, mas que são uma construção, é referendada pela maioria dos autores, como escreve Flavia Piovesan:

Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Refletem um conteúdo axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, nesse sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana. Para Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advindos do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica. O *victim centric approach* é a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva internacional dos direitos humanos, destinada a conferir a melhor e mais eficiente proteção às vítimas reais e potenciais de violação de direitos.<sup>9</sup>

## 2.1 Origens e Evolução

Há autores que indicam seu início nos séculos XI e X a.C., no reinado de David, que reunificou Israel. David - pela primeira vez na história da humanidade - é um monarca que não se declara deus, nem legislador, mas o responsável maior pela execução da lei divina, o que seria um embrião daquilo que, muitos séculos depois, seria denominado Estado de Direito, no qual “os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior”<sup>10</sup>, no caso, Deus.

<sup>8</sup> Ibidem. p. 6.

<sup>9</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2015. [documento eletrônico]

<sup>10</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

Outros apontam sua origem na antiga Mesopotâmia, especialmente no Código de Hammurabi (1690 a.C.), que trazia disposições relativas a todos os homens, como o direito à vida e à dignidade, e já previa uma supremacia da lei em relação aos governantes.<sup>11</sup> A experiência de limitação institucional do poder de governo só foi retomada com os gregos, por volta do século VI a.C. e, posteriormente, com a república romana.

As comunidades de aldeia gregas começaram, por volta de 800 a.C., a ser substituídas pelas cidades-estado. Estas, inicialmente, eram monarquias, que se transformaram depois em oligarquias e, por volta dos séculos V e VI a.C., em democracias<sup>12</sup>. Com efeito, o Estado, na antiguidade, é a Cidade, condensação de todos os poderes<sup>13</sup>.

A democracia ateniense consistiu, basicamente, em atribuir ao povo o poder de eleger e responsabilizar os governantes e, também, de tomar decisões políticas, como a adoção de novas leis – às quais os gregos votavam respeito quase religioso – ou a declaração de guerra. A regra era a de que ninguém deveria estar acima das leis e que estas deveriam ser aplicadas igualmente a todos. O homem justo, no pensamento grego, é aquele que obedece a lei e que na guerra cumpre o seu dever:

Como suma da comunidade cidadina, a *polis* oferece muito. Em contrapartida, pode exigir o máximo. Impõe-se aos indivíduos de modo vigoroso e implacável e neles imprime o seu caráter. É fonte de todas as normas de vida válidas para os indivíduos. O valor do homem e da sua conduta mede-se exclusivamente pelo bem ou pelo mal que acarretam à cidade. Esse é o paradoxal resultado da luta incrivelmente apaixonada pela obtenção do direito e da igualdade dos indivíduos. O Homem forja-se com a lei uma corrente nova e apertada que mantém unidas as forças e os impulsos divergentes e os centraliza, como a antiga ordem social jamais teria podido fazer. O Estado expressa-se objetivamente na lei, a lei converte-se em rei, como os Gregos disseram posteriormente, e este senhor invisível não só se subjugam os transgressores do direito e impede as usurpações dos mais fortes, como introduz as suas normas em todos os capítulos da vida anteriormente reservados ao arbítrio de cada um. Até nos assuntos mais íntimos da vida privada e da conduta moral dos cidadãos traça limites e caminhos. Deste modo, o desenvolvimento do Estado leva, através da luta pela lei, à criação de normas de vida novas e mais diferenciadas.<sup>14</sup>

Não a democracia ateniense, entretanto, aquilo que mais tarde seria tido como

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. Manual de Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 164.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 37.

<sup>14</sup> JAEGER, Werner. A formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

inerente ao próprio conceito de democracia, a separação de poderes, nem era baseada em algo como a ‘supremacia da lei’, como agora chamamos um tipo de governo no qual nenhum poder pode ser exercido exceto de acordo com princípios, procedimentos e restrições contidas em leis elaboradas para proteger os cidadãos tanto de investidas provenientes de outros cidadãos como de funcionários do estado<sup>15</sup>

Tinha um sistema de tribunais de júri chamado *dikasteria*. A palavra do qual ele derivava (*dikastes*) significava tanto jurado como juiz. A combinação de opostos aqui é significativa, pois essa era uma democracia sem advogados. Nenhum juiz treinado presidia os tribunais. Ninguém dava orientação legal aos jurados ou aos réus. Mesmo quando contratavam um redator de discursos, os litigantes agiam somente em sua capacidade como cidadãos. Cada cidadão tinha direito de intentar um processo em assuntos que, a seu ver, afetavam toda a ordem democrática (o queixoso tinha a permissão de falar até três horas diante do júri, de acordo com a regra de *ho boulemenos*). Os magistrados encarregados dos tribunais eram amadores. Seu prazo no cargo por um ano, que eles só ocupavam uma vez na vida, envolvia apenas funções administrativas, não assuntos de substância legal. A lei não era vista como a Lei, como o domínio especial de uma classe privilegiada de especialistas legais. Ao invés, a lei era considerada simplesmente como lei positiva, como regras feitas e aplicadas por jurados cidadãos eles próprios. [...] Os cidadãos decidiam por si próprios o que era certo e errado em cada contexto. A expressão última dessa regra foi a introdução, em 416 a.C., do *grafe paranomon* (‘indiciação contra medidas contrárias às leis’). Ela tornou possível um desafio a qualquer lei proposta ou aprovada pela assembleia. O problema podia ser levado diante de um júri, que tinha o poder de bloquear ou anular a lei e até de punir qualquer um que tivesse proposto a lei em primeiro lugar. Todo o procedimento aludia à supremacia dos tribunais, sua superioridade em relação aos poderes da assembleia, como se eles estivessem destinados a tornar-se uma câmara superior ou um tribunal supremo. Os tribunais não tinham esse destino específico, mas, vários séculos depois o famoso historiador e biógrafo grego Plutarco (c. 46-127 d.C.) escreveu, com razão, que os tribunais populares em Atenas tinham a parte máxima, a palavra final em muitos assuntos, de modo que eles – e não a assembleia – era com efeito a voz final todo-poderosa da *demos*.<sup>16</sup>

O fim da democracia ateniense ocorreu no último quarto do século 4 a.C., mais precisamente com a subida ao poder de Filipe II, da Macedônia, em 359 a.C. A república romana, por sua vez, fazia a limitação do político não exatamente pela soberania popular ativa, mas em virtude de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diversos organismos políticos<sup>17</sup>:

Contudo, foi o direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A *Lei das doze tábuas* pode ser considerada a origem dos testes

<sup>15</sup> KEANE, John. Vida e morte da democracia. São Paulo: Edições 70, 2010, p.73.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 73-74

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção dos direitos do cidadão.<sup>18</sup>

Com a extinção, em 1453 d.C., do império romano do Ocidente, surgiu uma civilização, constituída pela mistura de valores cristãos, costumes germânicos e instituições clássicas: a Idade Média.<sup>19</sup> A sociedade feudal, marcada pela fragmentação do poder político e econômico, tinha como característica, na Europa Ocidental, a existência de propriedades, com terras aráveis ao redor, denominadas feudos. Era uma sociedade formada pelas classes dos sacerdotes, guerreiros e servos. Os feudos possuíam, cada um, um senhor.

Os servos não eram escravos, mas, de acordo com as regras de costume que regulavam os feudos, tinham obrigações para com o senhor, em troca das terras que recebiam em arrendamento, e que lhes poderiam ser tomadas. Assim, cultivavam as terras que lhe eram destinadas e, também, duas ou três vezes por semana, as terras do seu senhor, as quais tinham preferência para ser aradas, semeadas e ceifadas. Não se pensava em termos de igualdade entre senhor e servo, já que o camponês dependia do senhor. O costume do feudo regulava tanto os deveres do servo para com o seu senhor como os do senhor para com o servo, o que incluía, especialmente, o de proteção em caso de guerra.<sup>20</sup>

Aliás, foi o período feudal marcado pelas guerras, pois a riqueza de um homem era determinada tão somente pela quantidade de terras que possuísse. As terras, portanto, eram continuamente disputadas. Interessante notar que também o senhor do feudo, muitas vezes, não possuía a terra, eis que era, ele próprio, vassalo de um outro senhor.

A outra classe componente do sistema feudal era a igreja. Além do poder espiritual, inerente à grande religiosidade da época, era também a maior proprietária de terras. Tratava-se de uma época na qual quase nada era comprado: o próprio feudo produzia tudo aquilo de que necessitava.

O comércio, nos mercados feudais, só começou a crescer, efetivamente, com as cruzadas, a partir do século XI, na denominada Baixa Idade Média (século X ao século XV, com data simbólica de fim em 1453, quando houve a tomada de Constantinopla – sede do Império Bizantino – pelo Império Turco-Otomano), com as Cruzadas, que, em seu caminho de travessia do continente europeu em direção à Terra Santa, no propósito de tomá-la dos muçumanos, necessitavam de provisões durante todo o percurso. Era, entretanto, um

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

<sup>19</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>20</sup> HUBERMAN, Leo. História da Riqueza do Homem. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

comércio descontínuo, pois não havia meios rápidos de transporte, nem uma procura constante de mercadorias.

Foram as feiras periódicas que contribuíram para a construção de um comércio permanente, já que eram imensas, ao contrário dos mercados semanais de produtos locais. Negociando mercadorias de todo o mundo então conhecido, foram nessas feiras que se instalaram bancas para o peso, avaliação e troca de moedas. E foi também quando, com a intensificação do comércio, as cidades cresceram, quase sempre localizadas na embocadura de um rio ou no encontro de duas estradas, onde eram construídas uma igreja e uma zona fortificada, chamada de burgo, lugar onde os mercadores descansavam de suas longas viagens.

As pessoas começam, então, a deixar suas vilas nos feudos para se fixar em cidades. As cidades, aos poucos, compram dos senhores feudais sua liberdade, desejando ardentemente ter seus próprios tribunais e sua legislação. O comércio, na forma de capital, e não só mais a terra, passa a ser fonte de riqueza, surgindo, então, um novo grupo, que vive da compra e venda: a classe média.

Com o surgimento das cidades, nasce também a divisão do trabalho. Seus habitantes se ocupam do comércio, mas elas precisam de alimentos. Por outro lado, com o crescimento do comércio, uma colheita acima da esperada fazia com que o camponês pudesse vender o excedente e, talvez, pagar ao seu senhor em dinheiro, em vez de serviços. Essa possibilidade também agradava ao senhor, que desejava comprar produtos vindos de locais cada vez mais distantes, nas feiras.

No meio desse turbilhão aparece a Peste Negra, assolando a Europa entre 1348 e 1350. Ao diminuir a oferta de trabalho, desperta no camponês um sentimento de poder, despertando-lhe o desejo de passar a novas conquistas. É a partir das revoltas camponesas do século XIV que se rompe a velha ordem feudal. Já nos meados do século XV, o trabalho servil havia sido substituído, na Europa Ocidental, pelos arrendamentos pagos em dinheiro. Havia camponeses que se emanciparam completamente e que podiam vender ou legar sua terra, o que determinou o fim do sistema feudal.

Por outro lado, os artesãos tiveram a oportunidade de viver de seu ofício, produzindo e vendendo seus artigos, sendo, portanto, donos da matéria-prima e das ferramentas utilizadas. Eles dão origem às corporações de ofício.

É também a partir do século XI que se verifica um movimento tendente a

reconstruir uma unidade política (quando o imperador carolíngio e o papa entram em disputa pela hegemonia sobre o continente europeu) e que ressurge a vida urbana, com o aparecimento, nos burgos livres, de um grupo novo, não pertencente ao estamento dos servos, nem dos nobres: a burguesia.

E é contra os abusos dessa concentração de poder que aparecem as primeiras manifestações de rebeldia, como a Declaração das Cortes de Leão de 1188, na Península Ibérica, e, principalmente, a Magna Carta de 1215, na Inglaterra, “uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconhecia certos foros, isto é, privilégios especiais”. Com isso, passa “a soberania do monarca a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais”, e mais do que isso: “a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na histórica política medieval, que o rei acha-se naturalmente vinculado pelas próprias leis que edita”:

O sentido inovador do documento consistiu, justamente, no fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, mas também por direitos subjetivos dos governados. [...] Graças a essa primeira limitação institucional dos poderes do rei, pode-se dizer que a democracia moderna desponta em embrião nesse documento do século XIII. Nada a ver, obviamente, com a *demokratia* grega. Esta se caracteriza, com efeito, pela soberania popular ativa, com o *demos* exercendo conjuntamente as funções legislativa e judiciária, além da tomada das grandes decisões políticas, como a paz e a guerra. Na democracia moderna, a soberania popular é meramente passiva ou formal, pois o governo é representativo. Em compensação, os poderes governamentais são sempre limitados e as liberdades individuais, solenemente afirmadas.<sup>21</sup>

Um documento essencial foi aquele proposto, em 1689, à aceitação do Príncipe de Orange, como condição para que ele tivesse acesso ao trono da Inglaterra e que, pela primeira vez, desde seu surgimento na Europa renascentista, punha fim à monarquia absoluta<sup>22</sup>, institucionalizando a separação de poderes: o *Bill of Rights*. Não era uma declaração de direitos fundamentais, mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91/93.

<sup>22</sup> Afirmo ANDERSON, Perry: “A longa crise da economia e da sociedade europeias durante os séculos XIV e XV marcou as dificuldades e os limites do modo de produção feudal no fim do período medieval. Qual foi o resultado *político* final das convulsões continentais dessa época? O Estado absolutista emergiu no Ocidente ao longo do século XVI. As monarquias centralizadas de França, Inglaterra e Espanha representaram uma ruptura decisiva com a soberania piramidal e parcelada das formações sociais medievais, com seus sistemas de suseranias e propriedades. Linhagens do estado absolutista. São Paulo: Unesp, 2013, p.15.

defender os direitos dos súditos perante o Rei e cujo financiamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste.<sup>23</sup> O *Bill of Rights* introduziu alguns direitos fundamentais até hoje expressos nas Constituições, como o de que os súditos têm direito de petição ao rei, sendo ilegais todas as prisões e perseguições contra o exercício desse direito.

Outro documento importante, que teve como tônica a limitação do poder do Estado, representando o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos<sup>24</sup>, foi a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Em seguida, ressalte-se a Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, cuja proclamação de abertura, asseverando que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dá o tom de todas as grandes declarações de direitos do futuro, como a francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.<sup>25</sup> Da mesma forma, a Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 1789 e ratificada em 1791, protege liberdades fundamentais, como a de religião e de expressão, e introduz o respeito ao *due process of law*, proclamando, em seu artigo quinto, que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo jurídico.

Mas foi o grande movimento que eclodiu na França, em 1789, denominado Revolução Francesa, e que deu origem, através da Assembleia Nacional de 26.8.1789, que promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assinalando que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (Artigo Primeiro) e que toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não seja assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem constituição (Artigo 16), o grande consagrador da normatividade dos direitos fundamentais, com importantes acréscimos de direitos na Constituição Francesa de 1791, e com o reconhecimento, pela primeira vez na história, de direitos humanos de caráter social (“Será criada e organizada uma instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens...”):

---

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 108.

<sup>24</sup> Ibidem. p. 111.

<sup>25</sup> Ibidem. p. 127.

Ela representa, por assim dizer, o atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais, e, neste sentido, volta-se claramente para o passado. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.<sup>26</sup>

Merecem ser citadas, ainda, no campo da ampliação e efetivação dos direitos fundamentais, dentre outras, a Constituição Francesa de 1848, a Convenção de Genebra de 1864, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã (Weimar) de 1919, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, redigida ainda sob o impacto dos abusos e atrocidades cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, e que consagra a crença nos direitos fundamentais e na dignidade humana, reafirmando que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (Artigo I):

Seja como for, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.<sup>27</sup>

O Brasil assinou a declaração quando ela foi proclamada e fez o mesmo em relação a outros inúmeros Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, como, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969), sendo que o último prevê órgãos competentes para conhecer de assuntos relacionados ao seu descumprimento pelos Estados-partes, a saber: Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Constituição brasileira de 1824 previa um extenso rol de direitos fundamentais, proclamando no *caput* do art. 179:

A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

A Constituição da República, em seu Título IV, Seção II, previu também a Declaração de Direitos, fazendo alguns acréscimos aos direitos e garantias individuais da

<sup>26</sup> Ibidem. p. 127.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 238

Constituição do Império, como o direito de reunião e associação, estabelecido no § 8º, do art. 72: “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública.”

Sob o título “Dos Direitos e Garantias Individuais”, a Constituição de 1934 estabeleceu extenso rol de direitos fundamentais, nos 38 incisos de seu art. 113, o mesmo fazendo a Constituição de 1937, nos 17 incisos de seu art. 122.

Já a Constituição de 1946 previu, pela primeira vez, além dos direitos e garantias individuais, direitos sociais (Art. 157 – A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores), e título contemplando a família, a educação e a cultura.

E a Constituição de 1967, imposta pelo regime militar em 15 de março daquele ano, bem como a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, que nela produziu alterações no que tange à restrição de direitos e garantias individuais, manteve um capítulo (IV) destinado a tais direitos, assegurando, inclusive, o acesso à justiça (art. 153, § 4º) e a livre manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura (art. 153, § 8º).

Mas foi a Constituição de 1988 que oficializou o sistema de proteção aos direitos humanos no Brasil, trazendo, em seu título II, os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: individuais e coletivos, sociais, da nacionalidade, políticos e dos partidos políticos:

Nesse sentido, há que se ater aos comandos constitucionais consagrados nos arts. 1º ao 4º da Carta de 1988, com nítida prevalência para o postulado da dignidade da pessoa humana, não só como critérios definitivos de interpretação da carta, no que se constituem em parâmetro para aferimento de inconstitucionalidades; como, principalmente, norte e exigência da aplicação da Constituição aos casos concretos. Ressalte-se, nesse passo, que, fundamentais que são os princípios ali elencados, esprraiam-se por toda a Constituição. Assim, percebam-se, dentre muitas outras passagens, os ditames dos arts. 18, *caput*; 19; 25, *caput*; 29, *caput*; 34 a 36; 37, *caput*; 60; 85, *caput*; 170; 182 a 186; 194; 196; 205; 225, *caput*; 226, §§ 5º e 7º; 227, *caput* e § 6º; 228; 230. Tanto é verdade que os princípios fundamentais encontram-se refletidos ao longo de todo o texto, com nítido caráter de prevalência, que, ainda que não se admita, majoritariamente entre nós, a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, seguramente servem eles mesmos de óbice a emendas à Constituição, quando atentatórias aos valores neles consagrados.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608.

Por fim, vale ressaltar aqui a proposta de triangulação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões: os direitos da primeira geração, que dominaram o século XIX, seriam os de liberdade *lato sensu*, como à vida, à igualdade, que "têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado"<sup>29</sup>; os de segunda geração ou dimensão, que dominaram o século XX, seriam "os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social"<sup>30</sup>; os de terceira geração, que se assentam no princípio da fraternidade: "direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação"<sup>30</sup>, e os da quarta geração, que são os direitos da solidariedade: "o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo".<sup>32</sup>

### 3 CONCEITO DE LUTO

Encontrar um conceito de luto não é tarefa fácil. Ao se pensar sobre o luto, tem-se a tendência imediata a associá-lo a uma ideia de dor, de mágoa, de pesar ou de tristeza profunda e inevitável, que tem como causa a morte. Da mesma forma, sua exteriorização é demarcada, no imaginário coletivo, por meio de expressões ou representações que reafirmam esses sentimentos ou emoções, como, por exemplo, o uso da cor preta, o choro e o silêncio.

Tal concepção, entretanto, aproxima-se daquilo que se costuma designar como senso comum, que, no dizer de Vico, "é um juízo sem reflexão, comumente sentido por toda uma ordem, todo um povo, toda uma nação, ou por todo o gênero humano"<sup>31</sup>. Apesar de ter como base uma observação direta da realidade, pode-se tratar de uma observação limitada, tendo como traço fundamental e mais característico, como escreve Gramsci, "o de ser uma concepção (inclusive nos cérebros individuais) desagregada, incoerente, inconsequente, adequada à posição social e cultural das multidões das quais ele é a filosofia"<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direitos constitucional. Malheiros: 2017, p. 578 <sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 578.

<sup>3031</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 584.

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. op. cit., p. 586.

<sup>3133</sup> ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 1038.

<sup>32</sup> GRAMSCI, Antônio. OS CADERNOS DO CÁRCERE (1929-1935), in O LEITOR DE GRAMSCI (org. COUTINHO, Carlos Nelson). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 148.

Portanto, esse modo de pensar comumente aceito pela maioria das pessoas propõe noções definitivas e universais que, não raras vezes, encontram-se em descompasso direto com o real. Fato incontestável é que o conceito de luto está intimamente ligado, porque dele decorrente, a um fato natural, de natureza biológica, que é a morte. A morte pode ser entendida como o falecimento de um ser vivo, sem referência específica ao ser humano.

Já em sua relação específica com a existência humana – que é a que interessa neste trabalho –, a morte pode ser multifacetária. Há doutrinas materialistas que admitem apenas a existência dos entes materiais, e afirmam que a única causa das coisas é a matéria. Para essas, a morte seria simplesmente o fim do ciclo da vida, uma limitação definitiva de sua existência.

Por outro lado, diversas doutrinas a têm como o início de um novo ciclo, já que o humano se configuraria, no espaço terreno, conforme indicava Platão, no *Fedro*, como um “conjunto do corpo e da alma, solidamente ajustados um ao outro, que designamos por ser vivo e mortal”.<sup>33</sup> Com a morte, haveria, então, a separação entre corpo e alma, subsistindo a alma incorporeamente em espaços etéreos ou mesmo em uma reencarnação em novo corpo, mantendo-se, entretanto, sua propriedade intrínseca, de indestrutibilidade<sup>34</sup>.

A consequência desse conceito da morte não como término, mas como início de um novo ciclo de vida, se pode conter uma ideia de sofrimento, em virtude de um afastamento temporário, pode também, evidentemente, conter a de contentamento pela não finitude, pelo renascimento, pela possibilidade do reencontro. Portanto, a compreensão da vida humana dentro da dualidade corpo/alma resulta no afastamento da possibilidade única de conexão do luto com um sentimento de dor ou de pesar. Se o corpo morre, mas a alma não, o *dies ad quem* da passagem do homem pela terra não significaria um fim, mas um recomeço.

O filósofo romano Sêneca (Século I) - um fiel seguidor do estoicismo grego -, que

<sup>33</sup> PLATÃO. *Fedro ou da beleza*. Lisboa: Guimarães Editora, 2000, p. 59. “Quanto ao imortal, não é coisa que possamos explicar de forma racional, mas podemos conjecturar, mesmo sem experiência e sem suficiente inteligência, a ideia de Deus: um ser vivo imortal que possui uma alma, que também possui um corpo, ambos unificados para uma duração eterna, o que depende da vontade da Divindade.”

<sup>34</sup> PLATÃO. *Fédon*. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p. 120. “- Por conseguinte, o que é imortal é também indestrutível; e a alma, sendo imortal, não deve ser também indestrutível? – Necessariamente! – Logo, quando a morte sobrevém ao homem, a sua parte mortal naturalmente morre, mas a parte imortal foge, rápida, subsistindo sem se destruir, escapando à morte. – Evidentemente! – Portanto, meu caro Cebes, a alma é antes de tudo uma coisa imortal e indestrutível, e nossas almas hão de fato de persistir no Hades! – Quanto a mim -disse Cebes – não tenho, caro Sócrates, depois disso nada mais a juntar, nem nada a apresentar contra a tua demonstração.”

acabou sendo condenado ao suicídio pelo imperador romano Nero, numa carta endereçada a uma mãe chamada Márcia, em virtude da morte de seu filho, ressaltava a inutilidade das suas lágrimas e dor, já que, para o estoicismo, sendo imutável o destino, elas não levariam à ressuscitação do falecido, como explica Luís César Oliva<sup>35</sup>:

Seria desumano perder um filho e não sofrer, mas a diferença está na intensidade e, sobretudo, na duração desse sofrimento. É nesse aspecto que o ser humano frequentemente vai além do que seria natural, por exemplo, quando passa meses ou anos em luto profundo. [...] Ora, as ações da natureza não são assim, elas atingem igualmente a todos, como o fogo queima a todos da mesma maneira, independentemente da proveniência, sexo, grau de instrução ou riqueza. Desse modo, não é a Natureza, mas a opinião vulgar que promove a dor prolongada. [...] É isto o pranto excessivo diante da morte: atitude irracional, inútil e causada em grande parte pelos padrões sociais de conduta, que dizem ser “bonito” ou “digno” sofrer por longos períodos. Nesse ponto, surge uma nova objeção: se não é por uma lei natural que sofremos tanto, mas praticamente por autoimposição, por que é tão difícil livrar-se das lágrimas pelos que se foram, mesmo quando sinceramente o queremos? A resposta de Sêneca alerta-nos para outro aspecto da questão, este ainda mais afinado com o estoicismo: só é tão difícil superarmos a dor porque nos deixamos surpreender por aquilo que está debaixo de nossos narizes, o império da Fortuna. O sábio não sofre exageradamente porque tem consciência do seguinte: todos os acidentes possíveis, bons ou maus na aparência, podem nos acontecer a qualquer momento. Podemos perder as riquezas, sucumbir às doenças, ser punidos com o exílio (tema de outra famosa carta de Sêneca, a Consolação a Hélvia) ou morrer. [...] Se todos os males devem ser previstos, a morte deve sê-lo com muito mais razão. Afinal, a morte é a única coisa certa em nossas vidas. Segundo Sêneca, tudo caminha para ela. Não se pode condenar a Natureza por isso. Seria como criticar a quem nos deu um presente pelo fato de esse não ser tão belo quanto gostaríamos. Ao receber a vida, tanto a nossa própria quanto a dos que nos cercam, sabemos que ela tem a morte por condição. [...] O que o filósofo destaca aqui é a naturalidade da morte como momento final da vida. Não há uma sem a outra, e seria irracional esperar que um corpo frágil e corruptível como o do ser humano pudesse tornar-se imortal ou gerar filhos imortais. É nesse ponto que Sêneca começa a explicitar o que é a morte e, por isso mesmo, explica por que é absurdo vê-la como motivo de lamentações. A morte não é nada em si mesma, mas apenas um limite para a vida. Logo, não pode ser boa nem má, pois, para que algo seja bom ou mau, é preciso ser antes alguma coisa.

Na aludida carta (*Consolação a Márcia*), Sêneca elenca motivos pelos quais seria a morte o melhor *achado da natureza*:

Ignora seus males quem não louva e espera a morte como o melhor achado da Natureza, seja que ela coroe a felicidade, seja que ela afaste a desgraça, seja que termine a satisfação e o cansado do velho, seja que leve embora a juventude em flor no tempo das melhores esperanças, seja que tome a infância antes dos passos mais duros; fim para todos, remédio para muitos, desejo para alguns, por nenhum a morte é mais merecida do que por aquele

<sup>35</sup> OLIVA, Luís César. A existência e a morte. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2012, p. 18-23

ao qual ela chega antes de ser invocada. É ele que liberta da escravidão, contra a vontade do senhor; é ela que alivia as correntes do prisioneiro; é ela que tira do cárcere a quem era impedido por um tirano; é ela que mostra aos exilados, sempre de olhos e ânimos voltados para a pátria, que não importa entre quais homens se é sepultado; é ela que iguala tudo se a Fortuna dividiu mal as coisas comuns e sujeitou uns aos outros os homens nascidos com igual direito; depois dela, ninguém fica sob o arbítrio do outro; nela ninguém ressentida sua posição social; é ela que nunca foi recusada a ninguém; é ela, Márcia, que teu pai desejou; a ela devemos o fato de que ter nascido não seja um suplício, de que eu não me abata diante das ameaças que se apresentam, de que eu possa manter o ânimo são e senhor de si.<sup>36</sup>

Para o filósofo cristão Blaise Pascal (século XVII), a morte, ao contrário de ser um acontecimento natural, como defendia Sêneca, é uma punição, uma pena imposta por Deus aos homens em virtude do pecado original, praticado por Adão e Eva, por conta do qual eles foram retirados da sua convivência próxima com o Criador. Assim, da mesma forma que a morte é vista por ele como um castigo, a vida, que dele faz parte, também o é.

Qual seria, então, a única hipótese de felicidade? A alma imortal, que possibilitaria uma passagem para a imortalidade. Mas essa imortalidade não seria necessariamente feliz, já que se o indivíduo seguir a natureza – como preconizava o estoico Sêneca – o resultado seriam os vícios e o fogo eterno, ou seja, um castigo sem fim.

Portanto, o que se deve fazer é um caminho antinatural em direção à santidade. Se para Sêneca a morte é apenas um limite para a vida, para Pascal é um decreto da Providência Divina, não natural ao ser humano, mas um coroamento de quem dedicou sua vida a Deus e por ele será recebido na eternidade. A morte, pois, nessa perspectiva, significa apenas um prolongamento, até alegremente desejável, porque, tendo Cristo triunfado sobre ela, o que resta é considerar a morte física como um acesso à vida eterna. Não se concebe, pois, o amor à vida e o horror à morte – resquício do Adão pré-corrompido -, porque o cristão sabe que todo sofrimento leva à salvação. Contudo, contrariamente a Sêneca, Pascal não admite que o cristão afaste todo o sentimento diante da morte:

A dor é parte do sacrifício da vida de cada cristão, e os irmãos Blaise e Gilberte Pascal devem fazer do luto do pai uma parte do sacrifício próprio de cada um. Não é justo, diz o filósofo, que eles não tenham nenhuma dor, como se fossem anjos, mas também não é justo que não tenham nenhum consolo, como os pagãos.<sup>37</sup>

Já para o holandês Espinosa (século XVII), todas as coisas criadas por Deus não o

<sup>36</sup> SÊNECA. Consolação a Márcia. Apud, OLIVA, Luís César. A existência e a morte. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2012. p. 58-59.

<sup>37</sup> Ibidem. p. 44.

são como algo exterior a Ele e, portanto, fazem parte de uma potência divina.

Ele não entende, como Pascal, a morte como castigo, nem que seja ela algo natural, mas que ela, ainda que ocorrendo necessariamente, faz parte da natureza de uma coisa, vindo sempre do exterior, eis que toda coisa faz um esforço para continuar existindo, não existindo uma necessidade de morrer, um limite para a vida, o que contrariaria seu pensamento no sentido de que a essência de uma coisa não pode envolver uma duração determinada, porque toda coisa se esforça em perseverar.

A morte, por consequência, seria algo natural em razão “da totalidade da Natureza, que abrange muitas coisas nocivas umas às outras, mas não em função da natureza da própria coisa que morre.”<sup>38</sup> A lei da natureza, portanto, é buscar manter a vida, e esta não pode ser destruída, senão por um fator exógeno, como uma doença, que, para o filósofo, viria somente de agentes externos ao nosso corpo.

Esses três pensadores recusam, pois, o medo da morte, tanto no que diz respeito à morte própria ou a de pessoas queridas, mas reconhecem a lamentação, a dor, e, por consequência, a angústia dela decorrente, como algo natural, apesar de discordarem quanto a sua intensidade e duração. De fato, o sentimento de angústia, que cerca o acontecimento fatal, parece ser o cerne comum a diversas culturas, manifestando-se intensamente na civilização cristã ocidental, em seus três ramos principais.

Lembre-se que a concepção cristã mais antiga, da ressurreição coletiva de todos os mortos no juízo final, foi substituída por outra, da ressurreição imediatamente após a morte e, portanto, individualizada, que exigia - segundo os opúsculos *Artes moriendi*, da Baixa Idade Média (séc. XV), dedicados à arte de bem morrer - uma vida na qual a espera da morte fosse uma constante, o que significava um estado de permanente atenção para o encontro com o divino. Essa angústia em relação à impermanência, que cobrava o aprender a bem viver para poder bem morrer, encontra em Lutero sua síntese máxima:

A angústia (angustia), considerada por ele o estado afetivo fundamental da vida cristã, constitui a premissa imprescindível do processo de salvação. De fato, está estreitamente ligada à condição humana, a qual se encontra essencialmente viciada pelo pecado original. A angústia, portanto, não é um sentimento accidental, mas deriva da perda irremediável e definitiva da integridade original. A teologia de Lutero foi definida como uma ‘teologia da cruz’, em contraposição à ‘teologia da glória’, característica de Loyola e do jesuitismo, justamente por causa do papel fundamental que nela têm os

---

<sup>38</sup> Ibidem. p. 49.

estados de desesperança. O reformador ‘ensina que as penas, as cruzes e a morte são o tesouro mais precioso dentro todos’ e considera a meditação sobre elas o único modo de subtrair-se à soberba e à concupiscência que derivam do amor e da afirmação de si. A vida do cristão – escreve Lutero –, nada mais é do que um morrer do batismo ao túmulo, um estar preparado a qualquer hora para a morte, um ir ao encontro da morte. Esses mesmos conceitos encontram-se no sermão expressamente dedicado a esse tema em 1519, Da preparação para morrer, no qual destaca a extrema importância de preparar-se para a morte através da constante e cotidiana reflexão sobre ela. A liberdade para a morte de que fala Heidegger tem as suas raízes existenciais na desvalorização das ações, típica da prédica de Lutero. De fato, enquanto possibilidade, ele não oferece ao homem nada ‘para realizar’, nada que ele possa ser como realidade atual, mas implica o abandono da dimensão da ‘utilização’ e da ‘satisfação’. Ora, ninguém mais do que Lutero deplorou a orientação que subordina cada coisa à utilidade e que liga o mérito às ações. Ninguém mais do que ele fez da renúncia de si mesmo a condição imprescindível da vida cristã. Em Lutero como em Heidegger, essa renúncia jamais possui o aspecto de uma aquisição. Para Lutero, quem faz da humildade (*humilitas*) um mérito cai profundamente em auto-idolatria. Humilhar-se não quer dizer ser humilde, mas tão-somente ‘rebaixar-se’ e ‘anular-se’, ou, melhor ainda, saber ficar na nulidade da própria condição.<sup>39</sup>

Em todas as sociedades, de todos os tempos, inclusive na contemporaneidade, onde parece haver a tentativa de sua exclusão, há um denominador comum, algo que acompanha a morte e tenta facilitar a existência dos que permanecem em estado vital: os rituais de passagem. Rito vem do latim *ritus* e designa tudo aquilo que se refere a um culto religioso, mas, também, os costumes instituídos por uma tradição. São incontáveis os rituais produzidos pelas culturas ao longo do tempo, especialmente aqueles que celebram os ciclos, como os das estações, os sociais, que incluem festas e comemorações, e, especialmente, os que celebram os ciclos da vida, como o nascimento, a chegada da puberdade, e a morte.

O rito do luto é um rito de separação e traz forte carga simbólica, já que, na maioria esmagadora das vezes, é associado ao sagrado, visto aqui em seu significado metafísico. Émile Durkheim escreveu que “os ritos são regras de conduta que prescrevem como o homem deve se comportar diante das coisas sagradas”<sup>40</sup>:

Para ele, bem como para Marcel Mauss, o rito religioso por excelência é o sacrifício, que permite a conjunção de uma assembleia humana com um deus ou ancestrais, por intermédio de um objeto. A verdadeira função do rito, no entanto, é social: o sagrado, para É. Durkheim, é uma projeção da sociedade, e a força do rito é criar uma ‘comunidade moral’, ao mesmo tempo intelectual e afetiva.<sup>43</sup>

Indispensável lembrar que a concepção de Durkheim influenciou decisivamente as

<sup>39</sup> PERNIOLA, Mario. Pensando o ritual. Sexualidade, morte, mundo. São Paulo: Studio Nobel, 2000, p. 172-173.

<sup>40</sup> DURKHEIM, Émile. Les formes élémentaires de vie religieuse. Apud, DORTIER, Jean-François. Dicionário de Ciências Humanas. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2010. p.562

ulteriores concepções de ritual, equiparando-se aos religiosos as cerimônias profanas, como desfiles, sermões, casamentos civis, que não apenas podem assumir formas análogas, mas por terem “as mesmas funções de exaltação dos sentimentos coletivos e de integração do indivíduo em uma comunidade”. Portanto, o ritual do luto traz essa enorme carga simbólica de exaltação do sentimento dos membros de uma família, ou de uma comunidade, fazendo com que a pessoa se sinta a ela integrada<sup>41</sup>.

O respeito aos mortos, incluindo-se a veneração do cadáver, vem de tempos imemoriais, quando a profanação ou a subtração do cadáver era punida com a pena de privação da paz:

A ausência de sepultura, que impede sejam os mortos venerados pelos seus, erige-se em maldição bíblica das mais aterradoras. Por intermédio do Profeta Ezequiel, durante o cativeiro dos hebreus no Egito, lançou o Senhor Deus ao faraó a maldição de morte sem sepultura, mostrando-a temível e indigna aos homens: Tombarás na superfície do campo sem seres recolhido nem enterrado. Entregar-te-ei como pasto aos animais da terra e às aves do céu (Ez 29,5). A literatura clássica mostra que pagãos e cristãos se afinavam no proclamar o direito dos mortos à sepultura adequada e conhecida. [...] A norma de respeito aos mortos, mesmo quando inimigos em guerra, peregrinou pelos tempos e pelos povos e se hospeda hoje no Artigo 120 da Convenção de Genebra (III), assinada após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 12 de agosto de 1949, sendo que o diplomata João Pinto da Silva e o General Floriano de Lima Brayner assinaram em nome do Brasil: (...) As autoridades detentoras de prisioneiros de guerra deverão assegurar que os que morreram em seu poder sejam enterrados com dignidade, se possível de acordo com os ritos da religião à qual pertenceram, e que seus túmulos sejam respeitados, mantidos e marcados adequadamente para que possam ser encontrados a qualquer tempo. (...) Para que os túmulos possam ser sempre encontrados, todas as informações relativas às inumações e aos túmulos deverão ser registradas.<sup>42</sup>

Na Grécia, por exemplo, como a religião e a política se entrelaçavam, as cerimônias funerárias eram lugar de competição e exibição de riqueza e prestígio:

<sup>41</sup> Destaque-se, aqui, o espantoso e (nem tão) antigo ritual funerário canibalesco da tribo Uari (Wari’), do Estado de Rondônia: “Wari’ are keenly aware that prolonged grieving makes it hard for mourners to get on with their lives. Bereaved individuals, they say, must gradually disengage from dwelling on memories of the past. To accomplish this, it helps to eradicate reminders that bring the dead person to mind. The corpse itself is the single most powerful reminder. By removing that material focus for felt attachments, the process of dismembering and eating or burning the dead person’s body made it easier, elders say, to think less about the deceased and achieve some degree of detachment and tranquility. Cannibalism was not just a destructive act; its also was a creative act. Besides eradicating the corpse, the ritual in which the eating of the dead occurred presented mourners with dramatically new images as they watched their loved one’s body be cut up and roasted, much like game, divided into pieces that progressively became less and less identifiable, more and more similar in appearance to animal meat. This is another piece in the puzzle of Wari’ funerary cannibalism: it made graphic statements about the loss of human spirit, and about meat-eating and the relations among people, and between human and animals, through which food is produced and exchanged.” In CONKLIN, Beth A. **Consuming Grief**. Compassionate cannibalism in an Amazonian society. Texas: University of Texas Press, 2001.

<sup>42</sup> ARNS, Paulo Evaristo. Brasil: nunca mais. Petrópolis: Vozes de Bolso, 2011, p. 317-318.

A morte de uma pessoa na Grécia era seguida da exposição do corpo (*próthesis*) e sua transferência para a tumba (*ekphorá*). Várias cidades tinham aprovado leis tentando regular a procissão funerária e os ritos a serem realizados. Nesta lei há restrições impostas quanto à procissão, quantidade e qualidade de oferendas, profanação e limpeza.<sup>43</sup>

Interessante notar que o mesmo acontecia no Brasil do século XIX, onde os funerais se transformavam em grandes acontecimentos:

As famílias se esforçavam por fazer dos enterros de seus membros um importante acontecimento social, expedindo dezenas, às vezes centenas, de convites: o futuro – e desafortunado – dono do cemitério do Campo Santo, José Antônio de Araújo, enviou duzentas “cartas impressas” convidando para o funeral da mãe em 1821; cem pessoas foram convidadas para o funeral do padre Jerônimo Vieira da Piedade, em 1832; quinhentas para o de João Correa de Brito, em 1836, que, aliás, pedira em testamento um enterro sem pompa. Por todo o século XIX persistiu no Brasil a atitude de as famílias buscarem uma numerosa audiência para seus funerais, conforme nos ensina a personagem de Machado de Assis, que expediu oitenta convites para o enterro da filha, ficando desolada quando só contou doze pessoas presentes.<sup>44</sup>

Entretanto, qualquer que seja a concepção que se adote, fato incontroverso é que, na grande maioria das culturas - e mesmo no seio de religiões que defendem a dualidade corpo e alma, e a finitude daquele em contraposição à perpetuidade dessa -, a reação à perda de um ente querido traduz-se numa imensa tristeza e dor, acompanhada de uma impressão de hebetude.

E isso levando-se em conta, inclusive, o sentimento hodierno Ocidental no sentido da tentativa de exclusão da morte:

Uma situação nova aparece, portanto, por volta de meados do século XX, nos lugares mais individualizados e mais aburguesados do Ocidente. Estamos convencidos de que a manifestação pública do luto, e também sua expressão privada muito insistente e longa, é de natureza mórbida. A crise de lágrimas transforma-se em crise de nervos. O luto é uma doença. Aquele que o demonstra prova fraqueza de caráter. Essa atitude de descrédito começa com remoques no sarcasmo pós-romântico, misturado ainda às crenças românticas em Mark Twain, por exemplo, atitude que as demonstrações teatrais irritam, mas também comovem, e que se defende dos sentimentos muito antiquados. Hoje se tornou comum. O período de luto já não é o do silêncio do enlutado no meio de um ambiente solícito e indiscreto, mas do silêncio do próprio ambiente: o telefone deixa de tocar, as pessoas o evitam. O enlutado fica isolado em quarentena. [...] A recusa da morte pela sociedade não sofreu o menor abrandamento pela crítica dos psicólogos. Sem querer, eles fizeram de sua análise de luto um documento histórico, uma prova de relatividade histórica. Sua tese é de que a morte de um ser querido provoca um dilaceramento profundo que, no entanto, se cura naturalmente, com a

<sup>43</sup> ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003, p. 161.

<sup>44</sup> REIS, João José. **A morte é uma festa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 161-162

condição de que nada se faça para retardar a cicatrização. O enlutado terá de se habituar à ausência do outro, anular a libido, ainda obstinadamente fixada sobre o vivo, “interiorizar” o defunto. Os distúrbios do luto surgem quando não se faz essa transferência: a “mumificação” ou, ao contrário, a inibição da lembrança. Pouco importa aqui os mecanismos. O que nos interessa é que os nossos psicólogos os descrevem como fazendo parte, desde sempre, da natureza humana; na qualidade de fato natural, a morte provocaria sempre, entre os mais próximos, um traumatismo de tal natureza, que só uma série de etapas permitiria curar. Cabe à sociedade ajudar o enlutado a vencer essas etapas, porque ele não tem forças para fazê-lo sozinho.<sup>45</sup>

Assim, o conceito de luto mais apropriado - e que será usado nesse trabalho, porque mais consentâneo com a cultura ocidental, já que muito assente num estado persistente de sofrimento, que pode ser traduzido como angustiante - parece ser aquele elaborado pela psicanálise, especialmente por Sigmund Freud, em sua obra “Luto e Melancolia”<sup>46</sup>.

É de se observar, primeiramente, que Freud fez uma consideração conjunta do luto e da melancolia, justificando-a pelo quadro geral desses dois estados e pelo fato de que as influências vitais que os ocasionam também coincidem. Para ele, “o luto, via de regra, é a reação à perda de uma pessoa querida ou de uma abstração que esteja no lugar dela, como pátria, liberdade, ideal etc.”<sup>47</sup> A grande questão, entretanto, é que, sob as mesmas circunstâncias, em muitas pessoas, pode-se verificar, em lugar do luto, uma melancolia, e é em relação a esse estado que Freud suspeita de uma disposição patológica.

Ele ressalta que nunca acontece de se considerar o estado de luto como patológico, com o consequente encaminhamento da pessoa a tratamento médico, mesmo sabendo-se que esse estado traz graves desvios naquilo que se considera uma conduta normal. E isso ocorre porque se acredita que, com o passar do tempo, o estado de luto estará superado, sendo “inadequado e até mesmo prejudicial perturbá-lo”.<sup>48</sup>

O quadro traçado por Freud, caracterizador dos dois estados, aponta para um profundo desânimo, falta de interesse pelo mundo externo, perda da capacidade de amar, e uma inibição de toda atividade. Entretanto, falta ao luto o “rebaixamento do sentimento de autoestima, que se expressa em autorrecriações e autoinsultos, chegando até a expectativa delirante de punição”<sup>49</sup>:

<sup>45</sup> ARIËS, Philippe. **O homem diante da morte**. São Paulo: Unesp, 2013, p. 782-784.

<sup>46</sup> FREUD, Sigmund. **Luto e Melancolia**. São Paulo: CosacNaify, 2012.

<sup>47</sup> Ibidem. p. 47.

<sup>48</sup> Ibidem. p. 47.

<sup>49</sup> Ibidem. p. 47.

No resto é a mesma coisa. O luto profundo, a reação à perda de uma pessoa amada, contém o mesmo estado de ânimo doloroso, a perda de interesse pelo mundo externo – na medida em que este não faz lembrar o morto –, a perda da capacidade de escolher um novo objeto de amor – em substituição ao pranteado – e o afastamento de toda e qualquer atividade que não tiver relação com a memória do morto. Facilmente compreendemos que essa inibição e esse estreitamento do ego são a expressão de uma dedicação exclusiva ao luto, na qual nada mais resta para outros propósitos e interesses. Na verdade, é só porque sabemos explicá-lo tão bem que esse comportamento não nos parece patológico.<sup>50</sup>

Freud questiona, em seguida, em que consistiria o trabalho realizado pelo luto, lembrando que, não existindo mais o objeto amado, haveria a exigência de que toda a libido<sup>51</sup> fosse retirada das ligações com ele, o que levaria a uma reação opositiva, já que o homem, voluntariamente, não abandona, nem mesmo quando lhe acena um substituto, uma posição da libido. Tal reação pode ser tão forte, a ponto de resultar num afastamento da realidade e uma adesão ao objeto através de uma psicose alucinatória de desejo:

O normal é que vença o respeito à realidade. Mas sua incumbência não pode ser imediatamente atendida. Ela será cumprida pouco a pouco com grande dispêndio de tempo e de energia de investimento, e enquanto isso a existência do objeto de investimento é psiquicamente prolongada. Uma a uma, as lembranças e expectativas pelas quais a libido se ligava ao objeto são focalizadas e superinvestidas e nelas se realiza o desligamento da libido. Por que essa operação de compromisso, que consiste em executar uma por uma a ordem da realidade, é tão extraordinariamente dolorosa, é algo que não fica facilmente indicado em uma fundamentação econômica. E o notável é que esse doloroso prazer nos parece natural. Mas de fato, uma vez concluído o trabalho de luto, o ego fica novamente livre e desinibido.<sup>52</sup>

Parte, então, Freud para aplicar à melancolia o que se verificou no estado de luto, ressaltando, inicialmente, que a melancolia pode também ser uma reação à perda de um objeto amado, mesmo que esse objeto não fosse algo que realmente morreu, “mas que se perdeu como objeto de amor (por exemplo, o caso de uma noiva abandonada)”<sup>53</sup>.

Ressaltando que, em outros casos, nem o doente pode compreender conscientemente o que perdeu, ou conhece qual a perda que lhe ocasionou a melancolia, mas não o que perdeu no objeto, conclui que, no luto, não há nada respeitante à perda que seja inconsciente, ao passo que a melancolia se relaciona com uma perda de objeto que foi retirada

<sup>50</sup> Ibidem. p. 47-49.

<sup>51</sup> ROUDINESCO, Elisabeth, PLON, Michel. Dicionário de Psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 472. “Ao término desse percurso, portanto, Freud teria tomado emprestada a terminologia da sexologia para abrir caminho para uma nova concepção do Eros platônico, na qual a libido, identificada com a pulsão sexual, tornou-se uma pulsão de vida (*Eros*), em oposição à pulsão de morte (*Thanatos*).

<sup>52</sup> Ibidem. p. 49-51.

<sup>53</sup> Ibidem. p. 51.

da consciência. Assim, “diferentemente do luto, no qual não há dúvida sobre o que foi perdido, a melancolia pode ser associada a uma perda de objeto que foi retirada da consciência, daí sua aparência enigmática”.<sup>54</sup>

O estado melancólico, assim, exigiria uma elaboração (ou perlaboração), que é o trabalho do inconsciente, próprio do tratamento psicanalítico, que permitiria ao sujeito remanejar seus afetos e, por consequência, superar uma posição depressiva. E se, no luto, a falta de interesse e a inibição ficam elucidadas pelo trabalho de luto, que absorve o ego, na melancolia um trabalho análogo seria consequência de uma perda desconhecida e, portanto, responsável pela inibição melancólica, mais enigmática, porque não se pode ver, com clareza, o que faz com que os doentes fiquem tão absorvidos. Mas há mais:

O melancólico nos mostra ainda algo que falta no luto: um rebaixamento extraordinário do seu sentimento de autoestima, um enorme empobrecimento do ego. No luto é o mundo que se tornou pobre e vazio; na melancolia é o próprio ego. O doente nos descreve o seu ego como indigno, incapaz e moralmente desprezível; ele se recrimina, se insulta e espera ser rejeitado e castigado. Humilha-se perante os demais e tem pena dos seus por estarem eles ligados a uma pessoa tão indigna. Não julga que lhe aconteceu uma mudança, mas estende sua autocritica ao passado: afirma que ele nunca foi melhor. O quadro desse delírio de inferioridade – predominantemente moral – se completa com insônia, recusa de alimento e uma superação – extremamente notável do ponto de vista psicológico – da pulsão que compele todo ser vivo a se apegar à vida.<sup>55</sup>

Infrutífero – acentua Freud – contradizer o doente que assim age, pois algumas de suas afirmações, inclusive, são confirmáveis, sendo ele realmente carente de interesses e incapaz para o trabalho e para o amor, consequência do trabalho interior que, de forma comparável ao luto, consome seu ego. Freud cita a apreciação que Hamlet faz de si mesmo (“Use every man after his desert, and who should scape whipping?”<sup>56</sup>) para lembrar que o melancólico, em suas autoacusações, quando se descreve como egoísta, mesquinho, desonesto, aproxima-se bastante do autoconhecimento. Pergunta, então: por que é preciso adoecer para chegar a tal verdade? E acrescenta que não há qualquer correspondência entre o tamanho da autodegradação e sua justificativa real, pois alguém bom, cômico de seus deveres, não dirá a seu próprio respeito nada melhor que alguém inútil.

Portanto, o melancólico, perdeu o autorrespeito e encontra satisfação no

<sup>54</sup> EDLER, Sandra. **Luto e Melancolia**. À sombra do espetáculo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2015, p.39.

<sup>55</sup> Ibidem. p. 53.

<sup>56</sup> “Dê a cada homem o que ele merece, e quem se salvará de apanhar?”

autodesnudamento, faltando-lhe a vergonha perante os outros. Ele consegue também descrever corretamente sua situação psicológica e é aí que Freud levanta uma interessante contradição, pois, “segundo a analogia com o luto, deveríamos concluir que ele sofreu uma perda no objeto; de suas afirmações surge uma perda em seu ego.”<sup>57</sup> Há uma escolha do objeto, a libido se une a determinada pessoa e, em razão de uma decepção, a relação de objeto fica abalada.

O resultado normal, ou seja, a retirada da libido desse objeto, com seu deslocamento para um novo objeto, não acontece, mas se retira para o ego. A libido não encontra, lá, um uso, servindo para uma identificação do ego com o objeto abandonado. Freud usa, então, uma expressão que ficaria famosa: “a sombra do objeto caiu sobre o ego (eu)”<sup>58</sup>, significando, como explica Sandra Edler<sup>59</sup>, que, “diferentemente do luto, a libido investida no objeto perdido retorna ao eu e lá estabelece a identificação do eu com o objeto perdido”<sup>60</sup>:

Se analisarmos sob o ângulo da perda, poderíamos dizer que, na melancolia, a perda não apresenta condições de ser simbolizada, ou melhor, o melancólico não consegue simbolizá-la, o que permitiria algum tipo de cicatrização. Permanece, na expressão de Freud (1917, *op. cit.*) “como uma ferida aberta, atraindo para si toda a energia de investimento, esvaziando o eu até o empobrecimento total” (p. 250). Ao produzir uma dor constante que não cicatriza, essa *ferida aberta* não deixa o eu disponível. Ocorre, em consequência dela, a inibição da atividade, a abolição do desejo que presenciamos nesses quadros, o que impossibilita o investimento no amor e nas coisas do mundo. Um mecanismo compreensível se considerarmos que o eu se converta na própria perda. Essa perda estrutural configura-se no eu do melancólico, de forma que ele próprio será aquilo que foi perdido, identificado a ele, sem valor, *nadificado*. Daí as ideias de ruína, empobrecimento, desvalorização, abandono. Em sua própria avaliação, o melancólico não vale coisa alguma.

Freud ressalta, também, que o luto, apesar de absorver todas as energias do ego enquanto dura, acaba por superar, de forma paulatina, num processo moroso, que progride pouco a pouco, a perda do objeto, e em cada uma das recordações e situações de expectativa que mostram a libido ligada ao objeto perdido, a realidade traz à tona o seu veredicto de que o objeto não existe mais e o ego, por assim dizer, indagado se quer compartilhar esse destino, deixa-se determinar pela soma de satisfações narcísicas dadas pelo fato de estar vivo, e desfaz sua ligação com o objeto aniquilado.<sup>61</sup> “Mas se o objeto não tiver para o ego um significado

---

<sup>57</sup> Ibidem. p. 56

<sup>58</sup> Idem. p. 61.

<sup>59</sup> EDLER, Sandra. *op. cit.* p. 38.

<sup>60</sup> Ibidem. p. 38

<sup>61</sup> Idem p. 77/79. <sup>66</sup>

Idem. p. 81.

tão grande, reforçado por milhares de laços, sua perda não se prestará a provocar um luto ou uma melancolia”.<sup>66</sup>

Concluindo, o luto, para o pensador austríaco, é a reação à perda da pessoa querida ou de uma abstração que esteja no lugar dela. Não se pensa considerar o estado de luto como patológico e, muito menos, encaminhá-lo a tratamento médico, pois se acredita que será um estado superado como o passar do tempo. Esse estado é marcado por um desinteresse pelo mundo externo, o afastamento de toda e qualquer atividade que não tenha relação com o objeto perdido, com a memória do morto, mas, uma vez bem elaborado o trabalho de luto, desocupando-se dele o ego, fica novamente livre e desinibido.

O que se quer propor, portanto, é que, para que vença o respeito à realidade, com o paulatino desligamento entre a libido e o objeto amado/perdido, faz-se necessário que o trabalho de luto seja bem-sucedido:

Um trabalho de luto bem-sucedido começa com a chamada *prova de realidade*, com a constatação de que houve a perda. É através dela que nos conscientizamos de que o objeto amado já não existe e, conseqüentemente, toda a libido deverá ser retirada de suas ligações com esse objeto. Para iniciar o trabalho de luto, o sujeito precisa situar-se como faltoso. É a partir daí que a elaboração da perda poderá ter início.<sup>62</sup>

Nos casos de desaparecidos, em quaisquer de suas formas, essa prova de realidade, consubstanciada na constatação inequívoca de que o objeto amado não mais existe, pode, muitas vezes, não se verificar, em virtude da falta material do objeto perdido: o próprio corpo do desaparecido. Ressalte-se, então, o aspecto político, o marco material que permitirá à subjetividade estabelecer a situação de falta do objeto querido, e que redundará, numa esmagadora maioria das vezes, num luto “normal”, e não no luto “patológico”, cujo objeto foi interiorizado e permanece na inconsciência depois de sua perda.<sup>63</sup>

Portanto, a impossibilidade permanente do sujeito fazer o luto do objeto perdido, por meio dos procedimentos objetivos para a constatação e verificação da morte biológica, que só pode acontecer, de forma integral e definitiva, com a apresentação do cadáver humano, ou com a demonstração cabal da impossibilidade de fazê-lo, gera uma situação de anormalidade para familiares, amigos, e, não raras vezes, para a própria comunidade donde faz(ia) parte o desaparecido:

<sup>62</sup> EDLER, Sandra. op. cit. p. 42-43.

<sup>63</sup> LURKER, Manfred. Dicionário de simbologia. Martins Fontes: SP, 1997. p. 402.

Como vimos no artigo de Freud “Luto e Melancolia”, o luto exige um trabalho de elaboração e, como tal, pode ser bem ou malsucedido. Se for bem-sucedido, o sujeito resgata sua libido e pode dispor dela para investir na vida. Para isso, no entanto, é preciso que haja um reconhecimento e uma aceitação da perda, ou seja, o sujeito precisa se reconhecer como faltoso. Hoje, segundo Sandra Edler, existem maneiras de vivenciar a perda que elidem o luto ou, mesmo em casos em que seu trabalho tenha sido iniciado, este não é levado até o fim. Desse modo, aquilo que não foi elaborado como luto reaparece sob uma manifestação depressiva.<sup>64</sup>

#### **4 SITUAÇÕES QUE PODEM CARACTERIZAR AMEAÇA OU LESÃO DO DIREITO AO LUTO E DEMANDAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

São diversas as hipóteses que podem caracterizar uma ameaça ou uma lesão ao direito ao luto.

Uma delas é o desaparecimento de pessoas em virtude de desastres ambientais provocados, como o que aconteceu no distrito de Bento Rodrigues, da cidade de Mariana, em Minas Gerais, por ocasião do rompimento da barragem de rejeitos da SAMARCO MINERAÇÃO S/A (e suas empresas contratadas).

No dia 5 (cinco) de novembro de 2015, a barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, e de propriedade da empresa Samarco S/A, controlada pela Vale S/A e BHP, rompeu-se. A citada barragem tinha capacidade para armazenar 60 (sessenta) milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro, que eram lançados no local tanto pela Samarco Mineração S/A, como pela Vale S/A.

Com o rompimento, a lama vazou da barragem de Fundão, atingindo uma segunda barragem, a de Santarém. Também dessa barragem houve o transbordamento dos sedimentos, que se deslocou numa avalanche, atingindo, em primeiro lugar, o distrito de Bento Rodrigues, onde destruiu cerca de 180 (cento e oitenta) edificações, maquinários, semoventes, e a própria história de vida da comunidade.

Ocorre que a população de Bento Rodrigues não foi alertada pela Samarco S/A, por meio dos instrumentos devidos. Pegas de surpresa, as pessoas fugiram para os locais mais altos da região. A lama ultrapassou os limites da comarca de Mariana e atingiu afluentes e

---

<sup>64</sup> SAROLDI, Nina. O mal-estar na civilização. As obrigações do desejo na era da globalização. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 145-146.

subafluentes do Rio Doce, constituindo a maior catástrofe ambiental brasileira de todos os tempos.

O evento causou o desaparecimento, em virtude da lama de rejeitos de minério de ferro que atingiu Bento Rodrigues, de 19 (dezenove) pessoas (dentre elas, duas crianças), que, presumivelmente, teriam morrido.

A 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana, com atribuição na área de Direitos Humanos, e com apoio do Centro Operacional das Promotorias de Justiça de Direitos Humanos (CAO-DH) e da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (CIMOS), instaurou, então, dois inquéritos civis: um (Inquérito Civil n.º 0400.15.000306-) para garantia coletiva da indenização das vítimas pelos prejuízos materiais e morais sofridos, bem como para assegurar a reconstrução das comunidades destruídas, resgatando-lhes os vínculos sociais e comunitários e a reativação econômica, de maneira a assegurar reparação integral, e outro (Inquérito Civil n.º 0400.15.000307-9) para resguardar direitos assistenciais, emergenciais ou provisórios das vítimas, especialmente auxílio financeiro e direito à moradia adequada.

Tais inquéritos serviram de embasamento à ação civil pública proposta, no intuito de garantir coletivamente todos os direitos humanos dos atingidos, na 2ª Vara da comarca de Mariana, contra as pessoas jurídicas de direito privado SAMARCO MINERAÇÃO S/A, VALE S/A e BHP BILLITON BRASIL LTDA., onde se sublinhou que as pessoas que residiam em Bento Rodrigues tiveram suas vidas devastadas, porque não só perderam suas casas, móveis, plantações, animais, veículos e fontes de renda, mas, especialmente, bens imateriais, irreparáveis, de natureza afetiva, simbólica, e cultural, como sua história, lembranças, vida em comunidade, amizades, e estabilidade emocional, em suma, toda a sua dignidade humana, ingressando em uma classe especial de vulneráveis: a de pessoas afetadas por desastres ambientais.

Passados quinze dias da data do fato, e localizados apenas 12 (doze) corpos entre os desaparecidos, os Bombeiros e a Defesa Civil reduziram as buscas, bem como o número de pessoas nelas empenhado.

Familiares, amigos, conhecidos e moradores do Distrito de Bento Rodrigues, além de fazerem manifestações em frente a um escritório da SAMARCO, em Mariana, no dia 20 (vinte) de novembro de 2015, cobrando a continuidade e maior agilidade nas buscas, bem como o fornecimento de informações mais precisas de como estavam sendo realizados os

procedimentos para o encontro e identificação de corpos ou parte deles. Na ocasião, procuraram também a 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana, na pessoa do Promotor de Justiça Guilherme de Sá Meneghin, que declarou em entrevista, publicada na página da UOL:

Eles reclamaram muito disse ontem. Hoje, eu encaminhei uma recomendação para a prefeitura, para o Corpo de Bombeiros, e para a Defesa Civil, exigindo que eles aumentassem o efetivo empenhado nas buscas e que criassem um canal próprio de informação para os familiares, porque eles estão se sentindo abandonados pelo poder público.<sup>65</sup>

O Promotor disse, ainda, na referida entrevista, que teria exigido que as buscas não fossem interrompidas até que cessadas todas as possibilidades de localização dos desaparecidos e que o efetivo empenhado fosse reforçado:

“Os familiares querem saber disso. Querem enterrar nem que seja uma mão, um braço. É um direito deles”, resumiu o Promotor.”

E, efetivamente, o Promotor de Justiça da comarca de Mariana expediu

recomendação

(Recomendação nº 12/2015) que teve como resultado, além da manutenção dos trabalhos de busca, em maior extensão e com o aumento do número de funcionários, o resgate de mais 6 (seis) corpos, um deles encontrado na “Hidrelétrica Risoleta Neves”, no município de Candonga, distante aproximadamente cem quilômetros do distrito de Bento Rodrigues.

Assim, foram encontrados os despojos mortais de 18 (dezoito) das 19 (dezenove) pessoas desaparecidas.

Um Inquérito Civil, de nº 0400.15.000319-4, versando sobre as buscas pelos corpos das vítimas fatais, também foi instaurado pelo Ministério Público.

A tragédia de Mariana é tão humana quanto ambiental, com mais de mil pessoas desabrigadas, em situação jurídica equiparável à de refugiados. Dentre outras medidas emergenciais a princípio propostas pelo Ministério Público, constava a antecipação de indenização de cem mil reais para as famílias onde houve morte, em virtude do rompimento.

Outra hipótese de desaparecimento de pessoas, que pode caracterizar ameaça ou lesão ao direito ao luto, é a dos desaparecimentos forçados, por motivação política, como aconteceu frequentemente durante da ditadura militar brasileira, implantada pelo golpe de 1º

<sup>65</sup> Disponível em: <<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/20/mais-um-corpoencontrado-em-mariana-mg-mp-diz-que-buscas-serao-mantidas.htm>>> Acesso: 10.3.2018.

de abril de 1964 (1964-85), e que se caracterizou pela prisão, tortura, e desaparecimento forçado de pessoas que se opunham ao regime.

O trabalho de resgate da memória do período somente teve início em 2012, com a instalação da Comissão Nacional da Verdade, objetivando indicar os responsáveis – não só agentes do Estado, mas também civis - pelos crimes cometidos durante o período ditatorial.

No ano de 1979, houve um projeto de pesquisa, amparado pelo então Cardeal de São Paulo, Dom Paulo Evaristo Arns, concluído em 1985, que resultou no livro *Brasil: Nunca Mais*. Nesse livro, o estudo da repressão exercida pelo regime militar aconteceu a partir da análise de 707 processos políticos que transitaram pela Justiça Militar brasileira entre a data do golpe e o mês de março de 1979. O Anexo III do livro lista o nome de 125 desaparecidos políticos desde 1964.<sup>66</sup>

Interessante notar que, em fevereiro deste ano, a imprensa noticiou que o Grupo de Trabalho Perus (grupo apoiado pela Universidade Federal de São Paulo, Ministério dos Direitos Humanos, Secretaria Municipal de Direitos Humanos da Prefeitura de São Paulo, e CEMDP – Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos), identificou a ossada de Dimas Antônio Casemiro, morto em 1971, em São Paulo, e cujo nome não consta do citado Anexo.<sup>67</sup> Dimas, nascido em março de 1976, foi militante do PCdoB, de uma sua dissidência – Ala Vermelha – e da VPR; depois se tornou militante do Movimento Revolucionário Tiradentes (MRT):

Segundo a versão policial, Dimas teria sido morto no interior do “aparelho” ou “esconderijo” na rua Elísio da Silveira, 27, bairro da Saúde, em São Paulo (SP), ao resistir à voz de prisão, durante troca de tiros com forças de segurança. Seus familiares acreditavam na versão de que Dimas teria morrido em tiroteio. Contudo, após investigação da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos no arquivo do antigo DOPS/SP, concluíram, com base nos documentos policiais, que a versão de tiroteio foi uma farsa forjada pelos órgãos de repressão política.<sup>68</sup>

Acontece que, em 15 (quinze) de abril de 1971, o MRT e a ALN (Aliança Libertadora Nacional), em ação conjunta, mataram o Presidente da Ultragás e diretor da FIESP, Albert Henning Boilesen, um dos financiadores da Oban, reorganizada mais tarde como DOI-CODI. Nos dias 16 (dezesseis) e 17 (dezessete) daquele mesmo mês, os militantes

<sup>66</sup> ARNS, Paulo Evaristo. *Brasil: nunca mais*. Petrópolis: Vozes de Bolso, 2011. p. 343-347

<sup>67</sup> Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/ossada-de-perus-identificada-e-de-militanteda-esquerda-morto-em-1971.shtml>>> Acesso: 11.03.2018.

<sup>68</sup> COMISSÃO de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos. *Dossiê Ditadura: Mortos e desaparecidos políticos no Brasil – 1964-1985*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009. p. 243-244.

do MRT que participaram da execução, Joaquim Alencar de Seixas e Dimas Antônio Casemiro, foram presos e assassinados:

Dimas foi enterrado como indigente no Cemitério de Perus, na capital paulista. Seu irmão, Dênis Casemiro, também foi assassinado pelos órgãos de repressão da ditadura um mês após sua morte. Dênis foi considerado desaparecido político até que seus restos mortais foram resgatados da Vala de Perus, em 1990, e identificados, em agosto de 1991. O caso (183/96) na CEMDP foi requerido pelo filho de Dimas Casemiro, Fabiano, tendo como relatora Suzana Keniger Lisbôa, e foi deferido por unanimidade, em 14 de maio de 1996.<sup>69</sup>

Segundo a matéria publicada, a então presidente da CEMDP, a Procuradora da república Eugênia Gonzaga, disse em nota que os familiares de Casemiro “poderão finalmente render-lhe honras funerárias e encerrar dignamente o seu processo de luto”.

No capítulo destinado aos desaparecidos políticos, a obra *Brasil: Nunca Mais* faz um impressionante relato da prática do sequestro ou detenção arbitrária, seguidos, diversas vezes, do desaparecimento da vítima. Essa prática teria se propagado na maioria dos países da América Latina governados, à época, sob a doutrina da Segurança Nacional. Seria o desaparecimento forçado o grau mais avançado de repressão política, porque impediria a invocação de dispositivos legais garantidores da liberdade, integridade física, dignidade e da própria vida humana.

Ademais, o desaparecimento forçado, de pessoas que, na maioria das vezes, já viviam na clandestinidade, representava uma enorme vantagem para os órgãos de repressão, que passavam a ter completo controle sobre os presos, já que, quando se obtinha a certeza da prisão, muitas vezes os organismos de segurança já os haviam eliminado e destruído quaisquer vestígios que pudessem levar ao seu paradeiro:

A perpetuação do sofrimento, pela incerteza sobre o destino do ente querido, é uma prática de tortura muito mais cruel do que o mais criativo dos engenhos humanos de suplício. No Brasil, alguns desaparecidos foram vistos em dependências oficiais ou clandestinas por outros presos que tiveram melhor sorte. Seus testemunhos constam nos processos analisados pelo projeto BNM. E sobre os desaparecidos, propriamente ditos, o que emanou de resultado prático na pesquisa realizada, é a certeza de que eram pessoas procuradas pelos órgãos de repressão. Dificilmente os processos contêm algum tipo de informação que possa levar à descoberta de seus paradeiros. Isto porque esta forma de repressão pretende, de um lado, insinuar que as autoridades governamentais não seriam responsáveis por esses fatos criminosos, e, por outro, permitir aos serviços de inteligência maior mobilidade e desenvoltura, sem provocar nenhuma intervenção, quer do

---

<sup>69</sup> Idem. p. 244

Judiciário, quer da imprensa, quer das famílias e dos advogados. O único fato que se sabe sobre um desaparecido é que foi detido por organismos de segurança. O mais se baseia em hipóteses. A vítima quase certamente foi objeto de assassinato impune, sendo enterrada em cemitério clandestino, sob nome falso, geralmente à noite e na qualidade de indigente. No Brasil, existem cerca de 125 cidadãos desaparecidos por motivação política. Os movimentos de anistia e familiares lograram encontrar alguns deles, sempre enterrados sob falsas identidades, pela polícia.<sup>70</sup>

A Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, depois alterada pelas Leis nº 10.536, de agosto de 2002, e 10.785, de 1º de junho de 2004, reconheceu, como mortas, pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988 (redação dada pela Lei 10.536/2002), e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícia, estabelecendo condições para a reparação moral das pessoas mortas por motivos políticos, bem como para a indenização a familiares. O cônjuge, ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até quarto grau, de pessoas nominadas na lista a que se refere o art. 1º, comprovando tal condição, podem requerer a oficial de registro civil das pessoas naturais de seu domicílio a lavratura do assento de óbito, instruindo o pedido com original ou cópia de publicação da lei e de seus anexos, sendo que, em caso de dúvida, será admitida justificação judicial.

Lembre-se, nesse ponto, que o Código Civil enumera dois casos de morte presumida (art. 7º), sem declaração de ausência: o desaparecimento do corpo da pessoa, se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida, e o desaparecido em campanha, ou feito prisioneiro, e que não foi encontrado até dois anos após o término da guerra. E o parágrafo único, do art. 7º, do Código Civil, estabelece que a declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

A Lei 9.140/95, que trata, pois, de morte presumida, sem declaração de ausência, criou Comissão Especial, com diversas atribuições, dentre as quais, a de emitir parecer sobre requerimentos relativos à indenizações formuladas pelas pessoas mencionadas em seu art. 10 (cônjuge, companheiro ou companheira, descendentes, ascendentes, colaterais até quarto grau), e de (art. 4º, I) envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas, no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados.

---

<sup>70</sup> ARNS, Paulo Evaristo. Brasil: nunca mais. Petrópolis: Vozes de Bolso, 2011. p. 304.

Essa a síntese da história da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), instituída pela Lei 9.140/95:

A Lei 9.140/95 trouxe um anexo com 136 casos de desaparecidos relacionados no *Dossiê* organizado pelos familiares (posteriormente, uma pessoa foi excluída da lista por ter morrido de causa naturais). Ao longo dos anos, outros 28 casos de desaparecimento foram reconhecidos, perfazendo 163 casos de desaparecimento forçado de pessoas. A CEMDP reconheceu 217 casos de mortos “oficiais” e examinou dezenas de casos de mortes e desaparecimentos que não se enquadravam nos critérios da lei (militância e perseguição políticas e responsabilidade de agentes estatais nas mortes). A CEMDP fez inúmeras diligências para localizar restos mortais, sem sucesso. A partir de 2006, através da Engenharia Molecular, foi feita a coleta de sangue dos familiares dos mortos e desaparecidos, cujos restos mortais jamais foram localizados, para compor o banco de DNA para futuras comparações.<sup>71</sup>

Observe-se a importância do banco de DNA para futuras comparações, visando a reconhecimentos, já que só em virtude de sua existência a ossada de Dimas Antônio Casemiro foi identificada. E a importância, também, da insistência na localização dos corpos de pessoas desaparecidas, quando haja indícios da possibilidade de recobro, eis que o encontro dos despojos somente aconteceu quase quarenta e sete anos depois de sua morte.

A Lei 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tem também o objetivo de efetivar o direito à memória da coletividade, bem como da verdade histórica.<sup>72</sup> Escreve Celso Lafer:

O objetivo da Comissão Nacional da Verdade é o de impedir o esquecimento por apagamento de rastros, para falar com Ricoeur, da violação dos direitos humanos. Por isso, para a execução de seus objetivos, que incluem o de identificar e tornar públicos os locais, instituições e as circunstâncias

<sup>71</sup> MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. Dos filhos deste solo. Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 693-694.

<sup>72</sup> Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade: I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no **caput** do art. 1º; II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no **caput** do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995; V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

relacionadas à prática da violação dos direitos humanos, terá ela, nos termos do art. 4º da lei que a criou, as competências necessárias. Estas incluem, além do testemunho e de realizar audiências públicas, a de receber e requisitar informações, a de determinar perícias e diligências para coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; a de promover parcerias com organizações e entidades públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, para intercâmbio de informações, dados e documentos. Esta última competência permitirá à Comissão adensar o seu relatório final com base no já feito previamente no Brasil e no mundo sobre o legado da repressão em nosso país. A conclusão dos trabalhos da Comissão e o seu “relatório circunstanciado” contendo as atividades realizadas, os fatos examinados, as conclusões e recomendações atenderão, do ponto de vista da afirmação da democracia, à importância do princípio da transparência do poder. Esse princípio é constitutivo de um regime democrático que se baseia no exercício em público do poder comum, posto que o que é do interesse de todos deve ser do conhecimento de todos. É por isso que numa democracia a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção. [...] A memória da repressão e o direito à verdade do sofrimento de suas vítimas são tanto uma comprovação de que não se manda impunemente quando são, sem dúvida, um componente indiscutível daquilo que caracterizou o regime autoritário em nosso país.<sup>73</sup>

Não se analisará, aqui, de forma detida, a denominada justiça de transição, que tem por finalidade enfrentar o legado dos regimes autoritários, especialmente de sua violência, e de responsabilizar os culpados, efetivando os direitos à memória, à verdade, à justiça, à devida reparação e às reformas institucionais, eis que isso demandaria o estudo pormenorizado do direito internacional dos direitos humanos, especialmente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e da interpretação das chamadas leis de autoanistia, promulgadas nos períodos de passagem dos regimes ditatoriais para os democráticos. Mas é de se destacar “o indiscutível caráter permanente do crime de desaparecimento forçado, de modo que o prazo prescricional somente começa a correr depois de localizada a pessoa ou esclarecida sua morte”<sup>74</sup>

Cabe ainda esclarecer que nem sempre esse delito configura um crime contra a humanidade. Para isso, devem estar presentes os demais requisitos de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Apesar do disposto na Convenção Interamericana sobre Desaparecimentos Forçados de Pessoas – CIDFP, de 1994, “Reafirmando que a prática sistemática do desaparecimento forçado de pessoas constitui um *Crime de Lesa Humanidade*, não se pode por isso concluir que já não se fazem necessários os demais requisitos previstos para que se configure um crime contra a humanidade. Para tanto, há que referir que no Estatuto de Roma, de 2002 (posterior à convenção acima referida) o desaparecimento é tratado como uma das modalidades dos crimes contra a humanidade. Da mesma maneira, se entende que o art. 5º da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados CDF (2006), deve

<sup>73</sup> LAFER, Celso. Direitos humanos. Um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 150153.

<sup>74</sup> MARX, Ivan Cláudio. Justiça de transição. Necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 75 <sup>78</sup> MARX, Ivan Cláudio. op. cit. p. 74-75.

necessariamente ser interpretado no sentido de que o desaparecimento forçado somente configura um delito contra a humanidade quando presentes, ademais da generalidade ou sistematicidade, as demais características necessárias (em ataque à população civil e com conhecimento de referido ataque), conforme definido no direito internacional aplicável.

É de se salientar, também, que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Dec. Legislativo nº 112, de 6.6.2002 e promulgado pelo Dec. nº 4.388, de 25.9.2002, passou a vigorar, para o Brasil, em 1º.9.2002<sup>75</sup>, prescreve, em seu art. 7º, 1, *i*, como crime contra a humanidade, o desaparecimento forçado de pessoas, “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”.

O Ministério Público tem proposto ações civis públicas nos casos de desaparecimento forçado que chegam ao seu conhecimento:

1. Caso Desaparecidos Políticos – IML – DOPS – Prefeitura SP, Ação nº 2009.61.00.025168-2 (4ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo), a respeito de desaparecidos políticos que foram sepultados de maneira ilegal e clandestina nos cemitérios de Perus e de Vila Formosa em São Paulo.
2. Caso Ossadas de Perus, Ação nº 2009.61.00.025169-4 (6ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo), em que se pede a retomada dos trabalhos de identificação das ossadas de mortos e desaparecidos políticos encontrados em vala comum, bem como a responsabilização dos agentes que contribuíram para essa falta de identificação.<sup>76</sup>

Entretanto, tais ações tramitam vagarosamente e a Lei da Anistia ainda garante a impunidade daqueles que praticaram graves violações aos direitos humanos no Brasil, como explicam Amarilis Busch Tavares e Ivan Cláudio Marx:

Do ponto de vista jurídico, o principal desafio é a construção de alternativas legais para lidar com o fato de que a Suprema Corte do país declarou, em 2010, a Lei da Anistia de 79 como uma lei bilateral, inclusive atingindo as graves violações dos direitos humanos, reiterando, deste modo, o discurso construído pelo regime do “possível acordo político”, que teria permitido a abertura para a democracia “sem derramamento de sangue”.<sup>77</sup>

Diz, também, Valério de Oliveira Mazzuoli:

A Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/1979) foi declarada inválida pela

<sup>75</sup> In SALIBA, Aziz Tuffi (organização). Legislação de Direito Internacional. São Paulo: Rideel, 2007, p. 222

<sup>76</sup> TAVARES, Amarilis Busch; Marx, Ivan Cláudio. **Anistia no Brasil e os desafios para a efetivação dos direitos à memória e à justiça.** In **Temas Atuais do Ministério Público Federal**. TAVARES, Amarilis Busch et. al. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 76.

<sup>77</sup> Op. cit, p. 81.

Corte Interamericana na sentença relativa ao caso “Gomes Lund e outros *V/s* Brasil”, de 24 de novembro de 2010. Naquela ocasião, entendeu a Corte que a Lei de Anistia Brasileira, ao acobertar os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante o período da ditadura militar (1964-1985), não se compatibiliza com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A ação deflagrada na Corte Interamericana, relativa ao caso “Gomes Lund”, dizia respeito à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do PCdoB e camponeses na região do Araguaia, decorrentes das operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a chamada “Guerrilha do Araguaia” no contexto da ditadura militar brasileira. Ressalte-se que dos 70 desaparecidos no Araguaia, só foram encontrados quatro corpos, todos graças à ação de parentes. Pela sentença da Corte Interamericana o Estado brasileiro tem o dever de *apurar* esses delitos, *processar* e, se for o caso, *punir* todos aqueles que praticaram crimes em nome do Estado durante o período de repressão. Assim, entendeu a Corte Interamericana que a Lei de Anistia brasileira não tem qualquer validade jurídica, não podendo acobertar aqueles que praticaram crimes de tortura, sequestro, desaparecimento forçado etc.<sup>78</sup>

Outro caso que merece ser mencionado é o do pedreiro Amarildo de Souza, desaparecido em 14 (quatorze) de julho de 2013, aos 48 anos de idade, da favela da Rocinha, na zona sul do Rio de Janeiro. Naquela noite, Amarildo foi conduzido por policiais militares à sede da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) da Rocinha e, posteriormente, desapareceu. As investigações concluíram que Amarildo foi torturado e morto pelos policiais militares que, em seguida, ocultaram seu corpo. Apesar de diversas buscas efetuadas nas matas que circundam a Rocinha, a polícia civil nunca encontrou seu corpo.

Naquela noite, Amarildo foi conduzido por Policiais Militares à sede da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) da Rocinha para *averiguação* e desapareceu. A Polícia Civil concluiu que ele foi torturado e morto pelos PMs. Vinte e cinco policiais militares, todos da UPP da Rocinha, foram denunciados por tortura seguida de morte. Desses, dezesseis também respondem por ocultação de cadáver.

O Ministério Público obteve imagens mostrando que quatro caminhonetes do Batalhão de Operações Especiais da PM (Bope) foram até a UPP. O então comandante da UPP declarou, durante a investigação do caso, que chamou o reforço do Bope por medo de um ataque de traficantes. Ocorre que os policiais desligaram o GPS (equipamento que permite monitorar o trajeto feito pela viatura) de uma das caminhonetes do Bope. O veículo trazia em sua carroceria, além de quatro policiais, um volume, que pode ser o corpo de Amarildo.

As imagens da primeira câmera que registra o trajeto de volta das caminhonetes

<sup>78</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2017, p. 404-405.

não são nítidas, mas foram cuidadosamente tratadas a pedido do Ministério Público do Rio. Isso permitiu aos Promotores concluir que, na carroceria, existia um volume, de tamanho compatível com um corpo humano.

Amarildo era considerado, em sua comunidade, como um homem trabalhador, de bom coração, e dedicado à família. Seus familiares e amigos não encontram informações oficiais sobre seu desaparecimento.

Diariamente, cerca de duzentas pessoas desaparecem no país, pelas razões mais diversas, inclusive, como foi relatado, em virtude de desastres, ambientais ou não. Em muitos casos, há indícios veementes de que os desaparecidos foram mortos, ou por ações individuais, ou por grupos de extermínio, dos mais diversos matizes, e inclusive por agentes do próprio Estado, a quem compete a segurança pública, que consiste na prestação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CF).

Todos esses desaparecimentos merecem ser apurados, para a revelação da verdade, a preservação da memória, a responsabilização dos envolvidos, a reparação pecuniária (com a quantificação dos danos, materiais e psicológicos), o fortalecimento das instituições, a asseguuração do fim das atrocidades, e a busca e identificação – a menos que se comprove cabalmente a impossibilidade de fazê-lo – dos restos mortais dos desaparecidos, ensejando-se, assim, a possibilidade da realização do luto.

## **5 O LUTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: INTERESSE SOCIAL E A NOVA *SUMMA DIVISIO*.**

Interesse, no mundo fático, significa ganho, vantagem, proveito que alguém encontra em alguma coisa, sendo seu valor definido de forma livre pelo sujeito. Por outro lado, a doutrina conceitua como interesse genérico aquele que o cidadão normalmente tem no sentido de que a lei seja cumprida. É o denominado interesse simples.

Fala-se, também, em interesse público ou interesse social, quando se quer designar o interesse geral, da coletividade. Esse interesse seria sempre desejado pelo Estadolegislador, quando edita uma lei, ou pelo Estado-administrador, quando a executa, ou pelo Estado-juiz, quando a aplica. A expressão traduziria, então, aqueles interesses que o Estado escolheu como de maior valor para a coletividade.

Ocorre que, ao decidir, colimando o interesse da coletividade, acontece muitas vezes um confronto de interesses do Estado com o dos indivíduos. Formulou-se, assim, uma distinção entre Direito Público, em que o Estado seria o titular do interesse, e que consistiria na sua contraposição ao interesse do indivíduo, e o direito privado, no qual o titular seria o indivíduo, e que consistiria na contraposição desses interesses entre indivíduos nas suas diversas relações jurídicas.<sup>79</sup>

A equivocidade dessa distinção tornou-se evidente quando a expressão interesse público passou a ser usada para designar os denominados interesses sociais, os interesses indisponíveis da coletividade e do indivíduo, bem como os interesses coletivos e os interesses difusos. Portanto, diz-se, também, interesse público ou interesse social quando se designa interesses metaindividuais, que vão além daqueles do particular, cabendo lembrar que a Constituição Federal estabelece expressamente que compete sua tutela ao Ministério Público, um dos legitimados ativos para a propositura da ação civil pública (art. 82, I, Lei 8.078/90; Lei 7.347/85, art. 5º; Lei 8.625/93, art. 25, IV).

Assim, o conceito de interesse público como interesse concernente tão-somente ao Estado acabou sendo abandonado até mesmo pelo legislador, que passa a considerá-lo como interesse geral da coletividade, como, por exemplo, no caso do art. 178, inciso I, do Código de Processo Civil, que limita a intervenção do Ministério Público, em sua atuação como fiscal da ordem jurídica, às hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam interesse *público* ou *social*.

Haveria, portanto, uma categoria intermediária de interesses, nem estritamente estatais, nem preponderantemente individuais, que seriam interesses comuns a grupos, classes ou categorias de pessoas.

No Brasil, a sistematização desses interesses aconteceu com a edição das Leis n. 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública –, e da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor –, que estabeleceu a distinção entre direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. Meio ambiente, consumidor, patrimônio, cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>80</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem

Deve-se ressaltar que a divisão do Direito entre público e privado remonta às suas origens, quando não se cogitava nessa categoria intermediária, que não se reduz a um ou outro campo da tradicional *summa divisio*. Com amparo na Constituição Federal de 1988, que inseriu o Direito Coletivo ao lado dos interesses individuais, no plano da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no sistema jurídico brasileiro, em seu primeiro Capítulo, do Título II (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), Gregório Assagra de Almeida afirma, com propriedade absoluta, que a dicotomia Direito Público e Direito Privado, no contexto do sistema jurídico brasileiro, não se sustenta, salientando que não é o Direito Coletivo Brasileiro um novo ramo do Direito, nem que o Direito Individual o seja<sup>81</sup>.

Conclui o autor que mesmo a classificação tripartida, que defende a existência das dimensões do Direito como Público, Privado e Transindividual, não foi acolhida:

A nova *summa divisio* constitucionalizada no País é *Direito Individual e Direito Coletivo*. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada relativizada, pois no topo encontra-se o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal: a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual, quanto de normas de Direito Coletivo. O Capítulo I do Título II da CF/88 explicita o fundamento da nova *summa divisio* ao fazer constar do texto constitucional, em cláusula expressa, as seguintes expressões: *Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos*. Além disso, cabe destacar a incompatibilidade do dualismo clássico, que separa Estado da Sociedade, com as concepções atuais em torno do Estado Democrático de Direito, compreendido como o estado da justiça material e da transformação da realidade social e inserido na sociedade.<sup>82</sup>

Ressalte-se, pois, a proeminência do direito constitucional, representado pelo seu objeto formal, na nova *summa divisio* constitucionalizada no país, Direito Individual e Direito Coletivo, e sua superioridade jurídica orientadora de todo o sistema:

Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de proeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde

---

comum.

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

<sup>81</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014. p. 232.

<sup>82</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua. Belo Horizonte: D’Plácido, 2014. p. 232.

se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. À supremacia até então meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito.

Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus instrumentos sob uma ótica constitucional.<sup>83</sup>

Assim, há uma propagação dos valores contidos no sistema de direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição por todo o ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito:

Para o novo constitucionalismo democrático, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular. A partir dessas premissas, no contexto do sistema jurídico brasileiro, a dicotomia Direito Público e Direito Privado não mais se sustenta. Outros argumentos de fundamentação tanto no viés constitucional quanto no aspecto teórico dão embasamento a essa assertiva. [...] O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CF/88), está inserido na sociedade, regido pela Constituição, com a função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo. Com isso, conclui-se que existem dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público”, também no Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil, de concepção individualista. O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico brasileiro, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, o Direito Constitucional está acima, no topo da nova *summa divisio* constitucionalizada. O Direito Constitucional representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual. Ademais, a visão atual em torno do acesso à justiça e da efetividade dos direitos, atrelada ao plano da titularidade, confirma a nova *summa divisio* adotada na CF/88. A

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Apud* A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 43-44.

titularidade e a proteção estarão sempre relacionadas a direito individual ou a direito coletivo amplamente considerado.<sup>84</sup>

A Constituição de 1988, em seu Título II, que tem a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traz um amplo leque de direitos fundamentais constantes de seus Capítulos I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”); II (“Dos Direitos Sociais”); III (Da Nacionalidade), IV (“Dos Direitos Políticos”) e V (“Dos Partidos Políticos”). Entretanto, não se restringem a esses os direitos e garantias fundamentais, havendo muitos outros ao longo do Texto Constitucional. Todos eles, em virtude do princípio da máxima efetividade, devem ter a mais ampla efetividade social.

Mas ainda não se resumem a esses os direitos e garantias fundamentais: a Constituição admite sua dilatação e atualização, ao não excluir outros, não expressamente elencados, mas que defluem do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Trata-se da cláusula de abertura do § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, que permite um alargamento do rol dos direitos fundamentais. A cláusula de abertura de expansão, apesar de sua localização (Capítulo I) não se restringe às normas atinentes ao direitos e garantias individuais e coletivos, mas se estende aos sociais, políticos, de nacionalidade e difusos, já que o enunciado fala em direitos e garantias expressos na Constituição.

Afirma Gregório Assagra de Almeida:

Os direitos fundamentais em sentido formal seriam aqueles que encontram previsão em determinada Constituição e são dotados da proteção jurídica a ela ligada. Todos os direitos fundamentais em sentido formal constituem-se em direitos fundamentais em sentido material, porém existem direitos fundamentais em sentido material que vão além dos direitos fundamentais em sentido formal. A conceituação material dos direitos fundamentais revela que esses não são, pura e simplesmente, direitos declarados, estabelecidos e atribuídos pelo legislador constituinte, mas, acima de tudo, direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, do sentimento jurídico coletivo e da ideia de Direito.<sup>85</sup>

E acrescenta:

No plano da concepção acima, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, reconhece tanto os direitos fundamentais em sentido formal,

<sup>84</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos Fundamentais e os principais fatores de legitimação social do ministério público no neoconstitucionalismo. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de; JÚNIOR, Jarbas Soares (Coordenação). Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 20-22.

<sup>85</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. A teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do estado democrático de direito brasileiro. p. 12-13.

quanto os direitos fundamentais em sentido material, tendo em vista o rico teor da *cláusula aberta* sobre os direitos e garantias constitucionais prevista no § 2º do art. 5º da CF/88, que estabelece: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Verificados direitos fundamentais não enumerados, mas decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, terão eles aplicabilidade imediata (vinculando os Poderes Públicos, que não poderão suprimi-los, conforme art. 60, § 4º, CF), já que “a norma do art. 5º § 1º da CR/88 determina um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos.”<sup>86</sup>

Os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, à luz do disposto no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, vinculando os poderes públicos, que não podem suprimi-los, nem modificá-los, a não ser para que sejam ampliados. Essa proteção, entretanto, deve se dar em relação a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Nesse ponto, cabe uma pequena digressão sobre a distinção teórica entre regras e princípios, destacando-se a já clássica definição de Robert Alexy, no sentido de que princípios são comandos de otimização e regras são comandos definitivos. Princípios são normas que admitem cumprimento em graus, enquanto as regras ou são cumpridas ou descumpridas. Se a norma só pode ser cumprida ou descumprida, é uma regra. Já, se se pode cumprir em graus, é um princípio:

Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são *comandos definitivos*. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são portanto *comandos de otimização*. Enquanto tais, eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por regras e especialmente por princípios opostos. Princípios contêm, pois, tomados respectivamente em si, sempre somente um comando *prima facie*. A determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio em relação às exigências de um

<sup>86</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 342.

princípio oposto é a ponderação. Por essa razão a ponderação é a forma de aplicação específica do princípio.<sup>87</sup>

Explica Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno que:

Alexy parte de uma análise dos critérios tradicionalmente usados para distinguir regras e princípios, sobretudo do clássico critério quantitativo da generalidade, para então desenvolver seu próprio critério: princípios são comandos de otimização, ou seja, comandos que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, enquanto regras são comandos definitivos, ou seja, exigem simplesmente que uma conduta seja praticada. Colisões de princípios são solucionadas pela máxima da proporcionalidade, através de suas três máximas parciais, a saber, a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras exigem que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias fáticas, enquanto a terceira exige que algo seja realizado na máxima medida possível relativamente às circunstâncias jurídicas. A atividade de ponderação, sobretudo no plano da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, significa atribuir peso ao grau de interferência a um princípio, à importância do cumprimento do outro, e então verificar qual deles é maior.<sup>88</sup>

Canotilho, por sua vez, salientando que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas, aponta alguns critérios para distingui-los:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta.
- c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *“Proximidade” da ideia de direito*: os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados na exigência de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 146.

<sup>88</sup> TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. A teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito. *Apud* ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 13

<sup>89</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160-1161

E completa:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiros *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a conveniência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito de princípios*, estes “standards” que, em “primeira linha” (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitem problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são corretas devem ser alteradas).<sup>90</sup>

Escreve, também, Luís Roberto Barroso:

Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.<sup>91</sup>

O direito ao luto não está, por óbvio, instalado expressamente no sistema de direitos e garantias da Constituição. Entretanto, ele decorre primeiramente de um princípio fundamental, tido pela doutrina como um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro, que pairaria acima de todos, um super-princípio, constante do inciso III do art. 1º da Constituição Federal: o da dignidade da pessoa humana.

<sup>90</sup> Ibidem. p. 1161-1162.

<sup>91</sup> BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: 2007. p. 14-15. In BARROSO, Luís Roberto (organizador). A reconstrução democrática do direito público no Brasil.

Princípio fundamentador do Estado Democrático de Direito, é norma que embasa o catálogo de direitos fundamentais existentes na Constituição Federal, inclusive, como ressaltado anteriormente, os implícitos (art. 5º, § 2º, CF). Trata-se de cláusula geral, que veicula conceitos jurídicos indeterminados, ideias gerais passíveis de aplicação em todo o sistema jurídico, mas que necessitam de preenchimento do aplicador com dados que se extraem da realidade:

Com efeito, ocorre a transmutação dos conceitos legais indeterminados em conceitos determinados pela função que exercem em cada situação específica. Os conceitos legais indeterminados se convertem em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto, ao garantir a aplicação mais correta e equitativa do preceito normativo. Não obstante a fluidez ou a imprecisão que estão previstas *in abstracto* na norma, podendo ou não dissipar-se quando verificada a hipótese *in concreto*, propiciam os conceitos jurídicos indeterminados uma limitação da discricionariedade, tendo em vista a busca da otimização da finalidade da norma jurídica. Eis o desafio posto para o intérprete do sistema constitucional brasileiro: delimitar, à luz do caso concreto, o sentido e alcance da cláusula principiológica da dignidade da pessoa humana, estabelecida no art. 1º, III, da Carta Magna de 1988, atividade indispensável para a materialização dos direitos fundamentais e o exercício da cidadania.<sup>92</sup>

Ou, como explica Luís Roberto Barroso:

Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, por vezes referidos como cláusulas gerais, constituem manifestação de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser completado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá se limitar à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.<sup>93</sup>

Norma síntese, portanto, de eficácia irradiante, que tem uma função integradora de todas as normas do nosso ordenamento jurídico, servindo como um parâmetro orientador para a interpretação e a aplicação de todas as normas, tanto constitucionais como infraconstitucionais, ela elege a pessoa como fim em si mesma e jamais como meio para satisfação de outros interesses; garante-lhe liberdade existencial, para conduzir a vida de

<sup>92</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Saraiva: 2010. p. 141.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: 2007, p. 14. In BARROSO, Luís roberto (organizador). A reconstrução democrática do direito público no Brasil.

acordo com suas escolhas, desde que não estejam em desacordo com as leis; de ter condições mínimas de sobrevivência, e de ser respeitada em sua identidade.

Escreve Canotilho:

O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e das sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes er fctor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana com base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizacionais.<sup>94</sup>

Decorrente do aludido princípio, pois intrinsecamente ligado à proteção do indivíduo como sujeito de direitos, está, evidentemente, o direito à vida, que não se completa em si mesmo, não bastando, portanto, que se garanta o direito do sujeito estar vivo, mas de viver com dignidade, como ressalta Marcelo Pedroso Goulart:

Pelo princípio jurídico-político da dignidade da pessoa humana, o ser humano é reconhecido, na sua tríplice dimensão – individual, social e humana –, como sujeito de direitos fundamentais, cuja obrigatoriedade de respeito e concretização pelo Estado, pela sociedade e pelas outras pessoas objetiva garantir o pleno desenvolvimento da personalidade e sadia qualidade de vida.<sup>95</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, concretiza-se na efetivação dos direitos fundamentais e “quando garantidos o pleno desenvolvimento da personalidade humana e a sadia qualidade de vida (nesse ponto, está em conexão com o princípio da promoção do bem comum)”.<sup>96</sup> Ademais, “tomando por base o exemplo pátrio, da Constituição de 1988, é forçoso concluir – como, aliás, o fez Ingo Sarlet – que nem todos os direitos fundamentais têm um conteúdo em dignidade, muito embora esta possa ser usada para identificação de direitos não expressos no ordenamento jurídico, tendo em vista a abertura do catálogo de direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição”.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 225.

<sup>95</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 47.

<sup>96</sup> Idem. p. 48

<sup>97</sup> OLIVEIRA, Luciano Moreira. Ministério público e políticas de saúde. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 17.

A obstrução ou a inércia do Estado na tentativa de recuperação dos restos mortais de um desaparecido, quando verificados fortes indícios de que a morte tenha ocorrido, é ofender a dignidade da pessoa humana, dos familiares e amigos, que passam a viver com o sofrimento resultante da impossibilidade de elaboração do luto, o que significa a impossibilidade de uma vida em plenitude e, portanto, digna.

Ademais, não decorre o luto necessariamente de uma relação familiar ou de amizade, podendo advir de situações diversas, que tracem um liame entre o desaparecido e pessoas indeterminadas, como líderes políticos, comunitários, e defensores de causas de grande repercussão social. Assim, pode sofrer a própria coletividade uma ofensa à sua dignidade, ao ver-se impedida de prestar suas últimas homenagens, de índole religiosa ou não, àqueles que lhe são caros e, portanto, privada de exercer o direito fundamental à solidariedade, estampado no art. 3º, inciso I, da Constituição, como objetivo fundamental da República: o da construção de uma sociedade justa, livre e solidária. O projeto constitucional brasileiro é de construção de uma sociedade baseada em relações solidárias, baseadas na cooperação e na colaboração. A participação da coletividade nos rituais que lhe são culturalmente inerentes - incluindo-se aí os rituais de passagem - é uma das formas elementares de promoção dessa união.

Anote-se que o Código Penal brasileiro, em seu Título V, trata dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos, estando dividido em dois capítulos. O primeiro cuida dos crimes contra o sentimento religioso (art. 208) e prevê o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo. O segundo, dos crimes contra o respeito aos mortos, previsto em quatro artigos: art. 209 (Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária); art. 210 (Violação de sepultura); art. 211 (Destruição, subtração ou ocultação de cadáver), e art. 212 (Vilipendiar cadáver ou suas cinzas).

Assim, o bem jurídico protegido, v.g., pelo art. 209 (e mesmo os seguintes), do Código Penal, na doutrina clássica, seria o sentimento de respeito aos mortos, a sua memória, fazendo com que o ritual de despedida daquele que morreu não seja impedido interrompido, ou perturbado. Entretanto, a moderna doutrina entende que o que se resguarda é o interesse dos vivos, familiares, amigos, e da própria coletividade na qual o falecido estava inserido, já que, dando-se tratamento indigno ao morto, estar-se-ia ofendendo o interesse dos vivos em preservar aquela dignidade e ferindo, inclusive, o princípio da solidariedade.

Vale, aqui, transcrever a lição de Paulo César Busato:

A doutrina clássica costumava vislumbrar uma justificativa nas incriminações contidas neste capítulo, no sentimento de respeito aos mortos. Compreenda-se que a ideia não era uma referência destinada aos mortos, que não são titulares de direitos, mas sim do respeito aos mortos no interesse dos vivos. Tratava-se de um valor ético-social que possuía dignidade merecedora da tutela penal segundo o reconhecimento da época. Não é demais lembrar, porém, que essa não pode ser a visão atual da questão. Não é mais sustentável que o Direito penal – na linha preconizada por Welzel – possa ser um instrumento de composição de valores morais ou de um padrão social moral ótimo. Na verdade, a função do Direito Penal deve ser orientada ao controle social do intolerável, que se dá através da filtragem do referencial através do bem jurídico. Ou seja, somente é possível proteger juridicopenalmente aquelas aflições aos bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento dos seres humanos em sociedade. É bem verdade que o moderno Direito penal revela uma tendência à desmaterialização do bem jurídico, mas isso não significa legitimar a incriminação de ofensas a valores morais. A referência ao bem jurídico recorta ou, ao menos, deve recortar a incriminação desde um ponto de vista de somente admitir para a seara penal aquilo que representa um valor essencial para o desenvolvimento do ser humano, na perspectiva do princípio da intervenção mínima. Nesse diapasão, existem direitos fundamentais dos seres humanos que podem ser objeto de proteção penal, aí incluídos valores como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Parte da doutrina aponta para que esses valores devem ser reconhecidos como a razão de existir de uma intervenção penal na seara do respeito aos mortos. A condição de dignidade da pessoa humana é resguardada no interesse dos familiares e das pessoas próximas àquele que morreu. O tratamento indigno do morto ofende tanto a racionalidade como o interesse dos vivos em preservar aquela dignidade. Nesse sentido, concorre a observação de Alberto Silva Franco no sentido de que “a dor decorrente da morte de alguém recai diretamente sobre seus familiares e pessoas próximas, as quais possuem direitos subjetivos que de ver realizadas as exéquias do ente falecido e promover seu sepultamento de maneira harmônica; após a inumação.”<sup>98</sup>

E o mesmo autor - lembrando ainda os ensinamentos de Alberto Silva Franco - dá a chave para que, a partir dos direitos fundamentais, se justifique a preservação da incriminação dos delitos contra o sentimento de respeito aos mortos:

Ademais, existe o valor coletivo da solidariedade de todas as pessoas para com aquelas afetadas ao morto, que é um valor genérico consistente na solidariedade, também digno de proteção. Assim, “o direito penal protegerá também nos delitos expostos neste capítulo, bem jurídico supraindividual, que não possui titular específico, partilhado que é pela comunidade. O fundamento deste bem de titularidade difusa, encontra-se nos valores culturais (CF, art. 215) e de solidariedade (art. 3º, I) que por sua vez abrigam a noção comunitária arraigada da dignidade de pessoa morta.”<sup>99</sup>

Anote-se, também, o que Busato fala sobre o bem jurídico tutelado no crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver, tipificado no art. 211, do Código Penal:

<sup>98</sup> BUSATO, Paulo César. Direito Penal. Parte especial. Artigos 121 a 234-C do Código Penal. São Paulo: Atlas, 2017, p. 817-818.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 818.

Se a base filosófica de toda religião foi a discussão sobre o sentido da vida, é natural que o corpo humano seja cultuado e protegido como símbolo da vida, ainda quando esta o tenha abandonado. A relação com a preservação da memória dos mortos e o respeito a essa memória é o que justifica o interesse na preservação do cadáver e na incriminação do seu vilipêndio. [...] A doutrina tradicional mantém a ideia de que o bem jurídico protegido é um sentimento de respeito aos mortos, conceito de ordem moral que pouco tem a ver com as modernas tendências do Direito Penal. Como visto antes, uma tendência de interpretação moderna do tema conduz a que seja reconhecido o interesse de amigos e familiares dos mortos como um sentimento de dignidade da pessoa humana deles próprios. Ou seja, um interesse pessoal dos que mantêm afinidade com o morto e que compõem o acervo de sua própria dignidade, o respeito aos entes por eles queridos. Também se reconhece como bem jurídico o sentimento de solidariedade, tema que tem também assento constitucional, cujo titular é a coletividade, também afligido pela prática delitiva aqui descrita. Dessa forma, e em consequência, o sujeito passivo do delito não será apenas a coletividade, mas também aqueles que reservam sentimento de apreço pela pessoa morta atacada.<sup>100</sup>

Lembre-se, ainda, que a calúnia contra os mortos é punível, conforme a regra insculpida no § 3º, do art. 138, do Código Penal. O bem jurídico tutelado, à toda evidência, não é a honra subjetiva do falecido, que não é titular de direitos, pois a morte suprime a personalidade e, consequentemente, os direitos a ela inerentes. O que se protege, pois, é a honra subjetiva e objetiva de seus familiares.

Se é verdade que, em última instância, familiares, amigos, e a coletividade poderão prestar sua solidariedade, por meio de homenagens fúnebres, ao morto, sem que haja o corpo, eis que haverá situações que indicam a completa impossibilidade de seu recobro, por outro lado, a não tentativa de recuperá-lo, ou o uso enfraquecido de meios para fazê-lo, redundarão em grave afronta à dignidade humana, em um de seus pressupostos fundamentais, essencialmente ligado à dignidade da pessoa, que é o de poder reverenciar aqueles que nos foram importantes durante a vida, e ao princípio fixado como escopo primordial a ser perseguido pela República: a construção de uma sociedade solidária. Em assim sendo, o luto é, por esses motivos, um direito fundamental indisponível.

Dessa forma, há um interesse difuso na celebração ao morto, quando familiares, amigos e a própria coletividade reverenciam sua vida e feitos, prestando solidariedade uns aos outros, sem primazia do interesse de uns sobre os outros, e que se consubstancia na apresentação do corpo humano inanimado, a menos que haja prova insofismável da impossibilidade de sua recuperação. E, ainda que se reconheça que exista interesse privado, individual, buscado, v.g., pelos familiares do desaparecido, o objeto desse interesse não pode

<sup>100</sup> BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 829.

ser livremente disposto por seus titulares, eis que há interesse geral da sociedade em ter seu membro de volta, ou o seu corpo, ou que, no mínimo, que se demonstre a impossibilidade da sua recuperação, tudo para a garantia do processamento do luto e, conseqüentemente, da garantia dos direitos subjetivos (aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio) dos indivíduos e à dignidade, solidariedade e saúde. Estão, portanto, em jogo, interesses transindividuais, ou coletivos *lato sensu*, gênero do qual são espécies os interesses ou direitos difusos e os interesses ou direitos coletivos.

Não possibilitar a realização dessas homenagens – quando possível fazê-lo – é não permitir a elaboração do luto e, portanto, ofender os princípios da dignidade humana (art. 1º, inciso III, CF), da solidariedade (art. 3º, inciso I, CF), e o direito à saúde (art. 6º, CF).

Portanto, o direito ao luto pode ser tido como um direito fundamental da primeira geração, ou seja, dos direitos da liberdade que “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”<sup>101</sup> Direito fundamental subjetivo e que confere ao indivíduo a faculdade de impor ao poder público, já que a ele oponível, ações ou omissões, num grau máximo de efetividade, já que os direitos fundamentais, na sua dimensão objetiva, são a base do ordenamento do Estado e da sociedade, constituindo-se como elemento para a interpretação e a aplicação de qualquer norma.

Porém, há mais. Sua indisponibilidade decorre, também, de ser um direito fundamental à saúde, constante do art. 6º (Capítulo II – Dos Direitos Sociais) da Constituição da República, porquanto, como se demonstrou, a não recuperação do corpo – sem a inequívoca demonstração da impossibilidade de fazê-lo -, no caso de desaparecidos que presumivelmente se encontram mortos, pela eventual inércia do poder público, ou mesmo de particulares, na busca da verdade, frequentemente provoca, naqueles que estão direta ou indiretamente ligados ao desaparecido, seja por laços sanguíneos, sociais, culturais, ideológicos ou afetivos, diversas anomalias mentais, que se encontram, inclusive, catalogadas no DSM-5 (Manual de Diagnóstico e Estático de transtornos Mentais).<sup>102</sup>

Constitui-se, assim, o direito ao luto, também um direito fundamental da segunda

<sup>101</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direitos constitucional. Malheiros: 2017. p. 578.

<sup>102</sup> Disponível em: <http://aempreendedora.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Manual-Diagn%C3%B3stico-e-Estat%C3%ADstico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5.pdf>. Acesso: 17.03.2018.

geração, que “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois de germinarem por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”.<sup>103</sup>

O direito subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, prescrita no art. 196, da Constituição Federal. Direito fundamental concernente a todos (Art. 196, CF: “a saúde é direito de todos e dever do Estado”), é também consequência indissociável do direito à vida. Vem reconhecido como direito fundamental no art. 6º, da Constituição Federal (Art. 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.), e também nos artigos 196 a 200.

Conforme definição da “Organização Mundial de Saúde”, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente ausência de afecções e enfermidades. É um valor da coletividade, um bem de todos, e, como estabelece a Constituição da OMS, “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.”<sup>104</sup> Escreve Luciano Moreira de Oliveira:

Inicialmente, além de se tratar de direito fundamental, presente no art. 6º da Constituição, a saúde integra a categoria mais restrita dos direitos da personalidade. Esta designação, vastamente utilizada pela doutrina civilista, refere-se a “faculdades atribuídas ao homem, imbricadas na sua condição de indivíduo e de pessoa” (PEREIRA, 1.999, p. 153). Segundo a síntese de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roosenvald, “os direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade” (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 137). Assim, em consonância com o que conclui Marcelo Milagres (2.010), a correlação direta entre saúde e dignidade, seja pela condição do homem como fim em si mesmo ou considerando a essencialidade da saúde para o desenvolvimento com autonomia, faz com que seja reconduzida à categoria de direitos da personalidade, atraindo, portanto, a normativa presente no art. 11 e seguintes do Código Civil. O direito à saúde também pode ser considerado direito subjetivo. Aqui, refere-se à possibilidade de exigência perante o Estado, de prestações financeiras fruíveis, caracterizadas pela disponibilidade de serviços e de bens necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Em se tratando de direito subjetivo, comporta sindicabilidade judicial, quando houver uma pretensão resistida pelo responsável pelo atendimento dessas necessidades, que é o Estado. [...] Levando em conta os aspectos individual e coletivo, assim como as diferentes espécies de direitos coletivos

<sup>103</sup> I(bi)dem. p. 578.

<sup>104</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. Constituição da OMS, de 22 de julho de 1946.

Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-daSa%C3%BAdade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 17.12.207

*lato sensu*, ratifica-se que a saúde, inicialmente, apresenta-se como direito individual e pode ser considerada direito fundamental, direito da personalidade e direito subjetivo. Por outro lado, como direito coletivo, conforme as circunstâncias, a saúde pode se manifestar como direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.<sup>105</sup>

Ora, não basta, para o reconhecimento da força normativa irradiante do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana a afirmação dos direitos individuais de primeira dimensão, como os direitos à vida, liberdade e segurança, “mas ainda implica a necessidade de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais (educação, saúde, trabalho, moradia, assistência social), cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado”.<sup>106</sup> E é justamente no campo da efetivação ou implementação dos direitos fundamentais sociais que se encontram as maiores dificuldades, como ressalta Norberto Bobbio:

Ainda mais importante e amplíssima é a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere a outro tema fundamental, o da aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, por enquanto intraduzível [para o italiano] de *implementation*. O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”?<sup>107</sup>

Ressalte-se que Bobbio assinala a inexistência de direitos intrínsecos ao homem - abstratamente considerado -, revelando que os direitos fundamentais não são um produto da natureza, mas frutos das transformações sociais ocorridas em virtude das lutas do homem pela sua emancipação. São, portanto uma construção histórica e, portanto, modificáveis, no sentido de que podem ser transformados e até mesmo ampliados.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Luciano Moreira. Ministério público e políticas de saúde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57

<sup>106</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Saraiva:2010, p. 152.

<sup>107</sup> BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 71-72.

E que não se trata, no atual momento histórico, de fundamentá-los, mas de protegê-los, construindo medidas de tutela internacional, que só serão efetivas quanto uma jurisdição supranacional conseguir se impor às jurisdições nacionais, pois é de se lembrar que nem tudo aquilo que é desejável é realizável, sendo necessárias condições objetivas para a realização dos direitos humanos, que muitas vezes não dependem da disposição dos que os proclamam ou dos que possuem os meios de protegê-los.

Assim, mesmo não estando expressamente previsto no sistema de direitos e garantias da Constituição, sob essa denominação, é o luto direito fundamental, porque constituinte do princípio que serve de alicerce ao Estado Democrático de Direito, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF). Ademais, seu exercício está intrinsecamente ligado ao direito fundamental à solidariedade (art. 3º, inciso I, CF), bem como ao completo bem-estar mental, que se traduz no direito fundamental à saúde (arts. 6º e 196, CF).

Cabe, portanto, protegê-lo.

## **6 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA AO LUTO**

A garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF)<sup>108</sup> é um dos mais importantes direitos fundamentais. Significa o acesso do cidadão a todos os meios legítimos de proteção a direitos, sejam judiciais ou extrajudiciais: “todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso”.<sup>109</sup>

Se há uma situação de lesão ou de ameaça a direito de um cidadão e ele não tem meios eficientes de se proteger contra a ameaça ou de postular a reparação, ou seja, não tem a “garantia da resolução legítima – como negação da autotutela – dos conflitos existentes entre particulares ou entre estes e o Estado”<sup>110</sup>, não tem ele o próprio direito.

Apesar de inserido na Constituição Federal em seu Título IV - “Da Organização

<sup>108</sup> Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>109</sup> JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. Constituição federal comentada e legislação constitucional. São Paulo: RT, 2017, p. 255.

<sup>110</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 489.

dos Poderes” – encontra-se o Ministério Público deles separado, em seção própria (I), no Captítulo “Das Funções Essenciais à Justiça” (IV):

Nesse contexto, em que o acesso à justiça passa a ser o método de pensamento em conceito ampliado, no sentido de se constituir o mais importante direito-garantia fundamental de acesso a todo meio legítimo de proteção e de efetivação adequada dos direitos individuais e coletivos, amplamente considerados, tem-se que o Ministério Público, em razão da sua função constitucional (arts. 127 a 129 da CF), passa a possuir a natureza jurídica de Instituição de Acesso à Justiça, ao lado do Poder Judiciário e de outras instituições que formam a garantia constitucional de acesso à justiça. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inserir o Ministério Público no Título IV, Capítulo IV – “Das Funções Essenciais à Justiça”, confirma essas assertivas. Ademais, como sustentamos em nosso doutoramento, o próprio Estado Democrático de Direito, rompendo com a concepção dualista (Sociedade x Estado) está dentro da Sociedade, como sua força organizativa em grau máximo e sua função básica é proteger e efetivar os direitos fundamentais individuais e coletivos, visando a transformação social, até porque a CF/88, além de estabelecer, expressamente (art. 1º, parágrafo único), que todo poder emana do povo, que o exerce por seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, consagra o princípio da transformação social ao fixar, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a necessidade de criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais (art. 3º).<sup>111</sup>

O Ministério Público deve ter uma atuação preventiva, combatendo as injustiças sociais e promovendo a inclusão das minorias, afastando-se, pois, de sua atuação somente como órgão repressor. Nesse diapasão, deve atuar para que a sociedade, entendida aqui como movimento social, de luta de segmentos marginalizados em busca de espaço, alcance uma visão de emancipação, o que se dá, em primeiro lugar, com a preparação de todos os cidadãos para o exercício da cidadania, conforme preceitua o texto constitucional (art. 205, CF<sup>112</sup>).

O Ministério Público é uma das instituições do sistema de justiça. O art. 127, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu ser o Ministério Público essencial à função jurisdicional do Estado. O mesmo artigo proclamou que a ele incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Constituição Federal de 1988 é, portanto, um marco histórico para o Ministério Público, pois o fez defensor não só do ordenamento jurídico como um todo, mas – e

<sup>111</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos Fundamentais e os principais fatores de legitimação social do ministério público no neoconstitucionalismo. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de; JÚNIOR, Jarbas Soares (Coordenação). Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 20-22.

<sup>112</sup> Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

principalmente – do regime democrático, o que só pode ser feito por um ente que não esteja subordinado ao poder e que, portanto, possa contrapor-se a ele.

E no que consiste a defesa do regime democrático?

Não se conceitua mais a democracia levando-se em conta tão somente seu sentido etimológico. É bem verdade que, mesmo numa democracia representativa, o titular originário do poder continua sendo o povo, conforme preceitua o parágrafo único, do art. 1º, da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. É do povo, e somente dele, que o poder procede.

Porém, não basta, para a configuração de uma democracia, que o governo (*kratia*) do povo (*demos*) ou o governo da maioria exerça a soberania popular pelo sufrágio universal, levando em conta tão-somente o interesse da maioria. Faz-se necessário, também, que, em seu exercício, sejam observados e respeitados os direitos fundamentais das minorias.

Ademais, não pode a ideia de democracia ficar restrita à prerrogativa popular de eleição dos seus representantes, através do voto direto e secreto. A representação, por si só, não garante a legítima expressão da soberania popular, pois muitas das decisões são tomadas em completo descompasso com a vontade do povo. A democracia, hoje, para a garantia da melhor expressão da vontade popular, perfectibiliza-se a partir de instâncias participativas, onde os cidadãos deliberam publicamente sobre propostas públicas, formulando críticas e confrontando opiniões, de forma aberta e igualitária, e até mesmo colaborando no gerenciamento da coisa pública, tudo na forma de seu sentido originário, de uma efetiva participação dos cidadãos nos assuntos coletivos da *polis*, mas, agora, com o objetivo de formação de um consenso mínimo, para que se tente efetivar os direitos de todos e não só os da maioria.

Além disso, há os instrumentos de expressão direta previstos na própria Constituição Federal, como o plebiscito (art. 14, I), o referendo (art. 14, II), e os projetos de lei de iniciativa popular (art. 14, III, e § 2º, do art. 61).

Portanto, atribuiu-se ao Ministério Público não só a defesa do Estado de Direito, ou seja, de um Estado onde haja um respeito incondicional ao ordenamento jurídico, sem a preocupação com o seu conteúdo. O que o texto constitucional dele exige é a defesa do Estado Democrático de Direito, que se consubstancia no respeito absoluto aos elementos definidores

e legitimadores de toda a ordem jurídica, que compõem um sistema de valores de aplicação imediata e vinculante do poder público: os direitos fundamentais.<sup>113</sup>

Assim, tem o Ministério Público o dever de zelar, na defesa do Estado Democrático de Direito, para que as maiorias parlamentares não toquem no sistema de direitos fundamentais que, em última instância, incorporam um projeto emancipatório em favor dos excluídos e daqueles que merecem uma proteção específica.

A Constituição Federal, ao proclamar, em seu art. 3º, os objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, e a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação, reconheceu, *a contrario sensu*, que não temos uma sociedade livre, justa e solidária, que a pobreza prevalece, que o preconceito campeia. Entretanto, prescreveu um projeto político transformador, ao qual o Ministério Público, como agente político defensor da hegemonia democrática, tem que se submeter:

Ao assumir o compromisso-dever de construir e defender, nos limites de sua missão institucional, a democracia de massas projetada na Constituição de República, o Ministério Público passa a figurar no cenário nacional como agente da vontade política transformadora. Na guerra de posição que se trava no seio da sociedade civil, cabe-lhe realizar a grande política, isto é, intervir na realidade por meio de ações político-jurídicas que promovam a mudança da ordem social, objetivando uma ordem superior.<sup>114</sup>

Assim, o princípio da unidade funcional do Ministério Público, delineado no § 1º, do art. 127, da Constituição Federal, aponta no sentido de que todos os seus agentes, políticos e administrativos, têm que pautar suas ações para a consecução dos objetivos estratégicos da república. Como ente republicano, seu objetivo é também a promoção do projeto de nação delineado pelo art. 3º, da Constituição Federal. Deve, portanto, obediência, como agente de transformação social, aos valores democráticos que se extraem da Constituição da República.

E, na sua atuação, no campo da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a atuação do Ministério Público pode se dar no modelo demandista, que se traduz na função de mero agente processual, mediante a propositura de ações judiciais, transferindo as soluções para o judiciário, ou como órgão interveniente, quando atua como *custos legis*. Esse modelo já não é o bastante para que se cumpra, com máxima eficácia, a

---

<sup>113</sup> Cfr CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010.

<sup>114</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 116.

missão do Ministério Público, que tem de se abrir à escuta da comunidade, especialmente através de audiências públicas, para garantir a implementação dos direitos fundamentais:

Essa linha de atuação limitada compromete, sobretudo, a efetividade do trabalho do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos. O inquérito civil é reduzido a simples instrumento de coleta das provas necessárias ao ajuizamento da ação civil pública. Transfere-se para o Poder Judiciário a solução de todas as questões de natureza transindividual postas ao Ministério Público.<sup>115</sup>

Para a construção de uma nova ordem, alinhada aos objetivos de nação estabelecidos na Constituição, onde todos tenham seus direitos fundamentais respeitados e implementados, é preciso então uma postura resolutiva do Ministério Público, pela qual a instituição priorize a solução direta de questões que são levadas a seu conhecimento, através de uma prática efetivamente transformadora, porque eficiente e democrática, pois sua atuação muitas vezes se dará por meio de arenas de negociação e de alianças com instituições e organismos da sociedade civil, buscando, sempre, a solução das controvérsias.

A excepcionalidade será, portanto, a judicialização:

Com essa perspectiva, o inquérito civil transforma-se em instrumento de resolução de casos, objetivando, de forma imediata, o ajustamento de conduta e outras formas de composição que atendam ao interesse social. Deve partir para o ajuizamento de ação civil pública apenas quando esgotadas todas as possibilidades de solução negociada. A disputa judicial, nesse novo modelo, deve ser encarada como objetivo mediato do Ministério Público na esfera cível, mormente na tutela dos interesses transindividuais.<sup>116</sup>

## 6.1 Formas de proteção e de efetivação do direito ao luto

São diversas as formas de proteção e de efetivação do direito ao luto, especificamente no que tange à atuação do Ministério Público, no âmbito resolutivo e judicial, tudo para que sejam reafirmados os direitos e garantias fundamentais suprimidos em virtude do desaparecimento de pessoas que, seja em virtude de desastres ambientais que tenham qualquer causa, ou pela ação (ilícita) do Estado, ou mesmo pela sua inação no seu dever constitucional de preservar a incolumidade das pessoas, estejam presumivelmente mortas.

Sua atuação, no âmbito resolutivo e/ou demandista, terá, sempre, como objetivo

---

<sup>115</sup> Idem. p. 202

<sup>116</sup> Ibidem. p. 202.

precípua, o esclarecimento da verdade sobre o desaparecido ou o empenho e a articulação de órgãos e entidades públicas e, eventualmente, privadas, na busca dos despojos mortais, quando houver veemente indícios - como nos casos citados da tragédia de Mariana e de desaparecidos políticos à época do regime militar - de que a morte aconteceu, tudo para a efetivação do direito ao luto.

Ademais, esclarecida a verdade, e eventualmente demonstrada que foram empreendidas atividades de busca até que esgotadas todas as possibilidades de localização, tem o Ministério Público o poder-dever de agir, através de instrumentos extrajudiciais ou judiciais, para que sejam efetivadas a reparação dos danos às vítimas, a responsabilização de eventuais violadores dos direitos humanos, e a promoção da história do acontecido, para que as gerações futuras, além de conhecerem os fatos, evitando sua possível repetição, tenham a memória do desaparecido e da sua importância afetiva para a coletividade.

Mas - repise-se – priorizando sua atuação extrajudicial, através de instrumentos como o inquérito civil, recomendações, termos de ajustamento de conduta e audiências públicas:

Portanto, nesse contexto a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade. [...] O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais.<sup>117</sup>

<sup>117</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direitos Fundamentais e os principais fatores de legitimação social do ministério público no neoconstitucionalismo. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de; JÚNIOR, Jarbas Soares (Coordenação). Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 38-39.

### 6.1.1 Ação Civil Pública

Dentre os instrumentos de que se vale o Ministério Público na proteção do direito ao luto, aqui compreendido como direito indisponível, figura a denominada ação civil pública, cujo tratamento se deu pela Lei Federal nº 7.437/85, de 24.07.1985. O artigo 1º, da aludida lei, define a responsabilização legal do infrator por danos morais e patrimoniais causados a diversos direitos metaindividuais (meio ambiente, consumidor etc.).

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente; II

- ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII – ao patrimônio público e social.

A listagem do dispositivo legal, tal como visto, não é a taxativa (*numerus clausus*) e imutável, mas, em sentido diametralmente contrário, permanece aberta e receptiva a novas tendências que visem ampliá-la, aprimorá-la, tudo em homenagem à nova *summa divisio*. Com isso, permite-se a evolução dos interesses metaindividuais já existentes no ordenamento jurídico pátrio e o reconhecimento dos que surgirem no decorrer do processo histórico social.

Na forma do que estabelece o inciso IV, do art. 1º, da Lei 7.347/85 (“*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”), portanto, o objeto da ação civil pública deve ser considerado o mais amplo possível, compreendendo-se, também, a necessária tutela do luto, sob seu aspecto de saúde psíquica e de interesse de direito coletivo. A propósito:

É importante ter presente que o objeto da ação civil pública está, em princípio, aberto a novos e relevantes interesses metaindividuais, exegese respaldada pela própria cláusula “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” constante do inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85, e, também, da parte final do art. 129, III, da CF. Não resta dúvida, pois, que os valores e interesses metaindividuais elencados no art. 1º da Lei 7.347/85 não estão em

*numerus clausus*, registrando-se, ademais, *tendência ampliativa* a respeito, como se nota na crescente judicialização das políticas públicas, a teor do art. 37, *caput*, da CF, c/c art. 22 do CDC, assim superando antigas barreiras dos atos discricionários ou de natureza política.<sup>118</sup>

A legitimação ativa, nos casos da lei de ação civil pública, é concorrente, e engloba instituições e entidades públicas e privadas, além, é claro, do Ministério Público. A Constituição Federal (art. 129, inciso III, da CF), por seu turno, positivou a propositura de ação civil pública como uma das atribuições institucionais do Ministério Público<sup>119</sup>. O Ministério Público, segundo expressa previsão legal, nos casos em que não exercer a legitimidade ativa na demanda, nela atuará como fiscal da lei (§1º, art. 5º, Lei nº 7.347/85).

Seu objeto, conforme estabelece o artigo 3º da Lei nº 7.347/85, é a condenação em dinheiro ou o cumprimento (de índole cominatória) de obrigação de fazer (*facere*) ou não fazer (*non facere*) por parte do(s) infrator(es), agentes públicos ou privados, respectivamente.

Nos casos de pessoas desaparecidas em períodos políticos ou devido a tragédias ambientais, é preciso esclarecer sobre a impossibilidade da reparação específica do dano, ou seja, a localização do desaparecido ou dos restos mortais, com a especificação obitória.

Não sendo possível tal objetividade primária – como pode ser, por exemplo, o caso de impossibilidade de recuperação do corpo de pessoas desaparecidas, com indícios veementes da morte ou extermínio -, restaria, portanto, aos familiares, somente a aceitação da prestação pecuniária. É preciso, entretanto, cautela.

A reparação pecuniária deve ser resultante subsidiária e acessória, pois tal hipótese somente estará autorizada após a comprovação peremptória de que todos os meios dispostos pelo Estado foram eficientemente empregados na tentativa de localização daquele que é procurado, sob pena de patrimonialização de valores morais imprescindíveis à configuração da dignidade humana e de estados emocionalmente degenerativos (comprometedores da saúde emocional), tais como o respeito à memória e à história do indivíduo, bem como a fragilidade emocional causada pela ausência.

<sup>118</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar. São Paulo: RT, 2014, p. 53.

<sup>119</sup> A legitimidade do Ministério Público para intentar a ação civil pública também está expressamente prevista no artigo 6º, inciso VII, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), artigo 25, inciso IV, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências), e no artigo 66, inciso VI, da Lei Complementar nº 34, de 1994 (Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais).

A ação civil pública, como já afirmado, é um mecanismo de tutela de direitos indisponíveis e que não podem ser banalizados a fim de se justificar a realização, *prime facie* e com exclusividade, de reparações pecuniárias, desincumbindo o Estado do ônus de amparar a família, prestando-lhe contas acerca dos caminhos que foram adotados na investigação dos fatos. Se assim não fosse, todo e qualquer conflito ou violação poderia ser resolvido com a mera definição do *quantum debeatur*, distanciando-se do caráter principal da tutela que se almeja. Os vocábulos Tutela e Reparação, embora correlatos, não são sinônimos; cada qual deve ser empregado levando-se em consideração a natureza do interesse em questão.

Empregar esforços para reaver os restos mortais de pessoas desaparecidas ou, não sendo possível, prestar os devidos esclarecimentos acerca do destino do corpo ou do *iter* procedimental empregado na averiguação, possibilitando aos interessados o acesso à verdade e ao conforto que ela proporciona, ainda que a longo prazo, é dever inalienável do Estado. Em não sendo possível, parte-se para a justa reparação patrimonial da lesão moral sofrida.

Para se alcançar tais objetivos, dispõe o Ministério Público de instrumentos investigatórios para a colheita de provas acerca da violação aos direitos metaindividuais e que, ao final, instruirão a ação civil pública. São eles: o inquérito civil, o procedimento preparatório, e a notícia de fato.

### 6.1.2 Inquérito Civil

Segundo a previsão da Lei nº 7.373/85, em seu art. 8º, §1º, o inquérito civil pode ser instaurado pelo Ministério Público, sob sua presidência. A Constituição Federal, por seu turno, não foi silente, definindo ser atribuição institucional do Ministério Público promover o inquérito civil na proteção dos direitos difusos e coletivos (art. 129, III, da CF/88). O inquérito civil é instrumento investigatório ministerial, cujo objetivo é a captação de elementos materiais aptos à comprovar a existência, ou não, de violações a direitos difusos e coletivos. Gregório Assagra afirma que o inquérito civil “é semelhante, em alguns aspectos, ao inquérito policial, pois se destina a colher elementos de convicção para evitar o ajuizamento pelo Ministério Público de ação civil temerária”<sup>120</sup>, e, consequentemente, “garantir a eficácia da ação civil pública a ser proposta pela referida Instituição”<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual de Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 224.

<sup>121</sup> Idem.

Salienta Ricardo de Barros Leonel:

Sobre sua natureza jurídica é possível dizer que se trata de procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público destinado à colheita de elementos de convicção para eventual propositura de ação coletiva. Não obstante sua finalidade primeira seja a colheita de informações para a propositura da ação coletiva, identifica-se nele também o escopo de elaboração eventual de compromisso de ajustamento para a solução extrajudicial do conflito coletivo.<sup>122</sup>

Lembra também Hugo Nigro Mazzilli:

Criado na Lei n. 7.347/85 e logo depois consagrado na Constituição de 1988, o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de condutas ou realize audiências públicas e especifique recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra atuação a seu cargo.<sup>123</sup>

Nesse sentido é o artigo 1º, § 1º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009:

§1º O inquérito civil é um procedimento de natureza administrativa, que visa à reunião oficial de documentos e outros elementos de informação produzidos no decurso de uma investigação que tenha por objeto o dano ao patrimônio público ou social ou o desrespeito a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, nos termos do art. 127, caput, e 129, II e III da Constituição.

Gregório Assagra defende a natureza fundamental do inquérito civil, pois núcleo intangível constitucional que não pode ser mitigado ou suprimido (art. 60, §4º, da CF/88):

Entendemos que o inquérito civil, em decorrência da sua importância como instrumento de atuação do Ministério Público para a apuração de danos aos direitos massificados em geral (difusos, coletivos e individuais homogêneos) possui natureza de garantia constitucional fundamental. É o que se extrai da combinação do artigo 129, III, com o §2º do artigo 5º, ambos da CF. Assim, não lhe é compatível interpretação restritiva, tem aplicabilidade imediata e não poderá ser eliminado da Constituição, nem poderá sofrer qualquer tipo de limitação por parte do legislador infraconstitucional.<sup>124</sup>

A instauração do inquérito civil pode se dar mediante requerimento de qualquer

<sup>122</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 4ªed. ed., ampli. e atual. De acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 407.

<sup>123</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 29ª ed. ver., ampli. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 536.

<sup>124</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. op. cit. p. 224.

pessoa (familiares do desaparecido ou pessoas próximas a ele, por exemplo), que deverá informar sobre o fato e seu suposto autor, fornecendo elementos razoáveis para sua identificação, ou por designação do Procurador Geral de Justiça ou de ofício pelo respectivo órgão ministerial competente (artigo 2º, e incisos, da Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009). A instrução do expediente é de exclusividade do órgão do Ministério Público, que poderá, para tanto, expedir ofícios e requisitar, de órgãos públicos e também de particulares, informações e certidões para o esclarecimento dos fatos ou para tomar conhecimento acerca da eventual adoção de medidas adotadas para o saneamento das irregularidades constatadas (*vide* os artigos 6º e 7º, Lei nº 7.347/85).

Não é, entretanto, tal poder absoluto (art. 8, §2º, Lei n. 7347/85), de modo que o respeito à reserva do Judiciário não se afasta, nos casos em que a informação ou ofícios requisitados estiverem acobertados pelo sigilo. Após as diligências requeridas, inexistindo elementos para a propositura de ação civil pública, deve o órgão ministerial determinar, de forma fundamentada, o arquivamento do feito, submetendo sua decisão ao crivo do Conselho Superior do Ministério Público (artigo 9º, e incisos, Lei nº 7.347/85).

Ricardo de Barros Leonel tece importantes considerações sobre a relevância do inquérito civil, considerado por ele como um instrumento de investigação, fomentador da composição civil dos danos e de alta resolutividade extrajudicial:

Juntamente com a ação coletiva, o inquérito civil é um dos meios que se põe a serviço da proteção dos interesses supraindividuais. E o faz por vezes de forma autônoma, como instrumento independente, permitindo não só o prévio esclarecimento dos fatos para a formulação da demanda, mas também, em inúmeros casos, o equacionamento da crise verificada no direito material sem a motivação da máquina judiciária. Isto comprova sua importância, pois a prévia colheita de informações precisas antes da propositura da ação permite a mais adequada tutela judicial, evita a formulação de demandas infundadas ou temerárias e propicia a solução extrajudicial dos conflitos. A investigação funciona como instrumento potencialmente apto para a composição extrajudicial do conflito e obtenção da pacificação social, sem decurso do tempo e o custo (em todos os sentidos) do processo – fator, aliás, que se agrava considerando a complexidade natural das demandas coletivas, destinadas a priori a perdurar por mais tempo e a gerar maiores dispêndios econômicos.<sup>125</sup>

E arremata o autor:

Ademais, a visão do inquérito civil como instrumento de equacionamento extrajudicial de conflitos milita no sentido do amplo acesso à Justiça, que se

<sup>125</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. 4ªed. ed., ampli. e atual. De acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 405.

apresenta também no processo civil ortodoxo. (...) Daí ser o inquérito civil, dentro dessa visão contemporânea, um dos pontos sensíveis no estudo do processo coletivo, na medida em que, além de apresentar como instrumento de coleta de informações para o ajuizamento de ações coletivas, propicia solução não adjudicada de litígios coletivos.<sup>126</sup>

À guisa de ilustração, no caso do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, a instauração do inquérito civil de nº 0400.15.000319-4, versando sobre as buscas pelos corpos das vítimas fatais, no bojo do qual foi expedida a Recomendação nº 12/2015, mostrou-se um instrumento extrajudicial imprescindível e eficiente para que as buscas fossem mantidas com maior afínco e resgatados mais seis corpos dos desaparecidos.

### 6.1.3 Procedimento Preparatório

Trata-se também de instrumento de investigação o procedimento preparatório, especificamente voltado para a identificação dos indivíduos a serem investigados ou, em sendo esses certos e determinados, do próprio objeto da demanda. O procedimento preparatório é menos complexo, de natureza subsidiária e composto, basicamente, de peças informativas que, por frágeis, não estão aptas a subsidiar a instauração do inquérito civil (artigo 2º, §§ 1º, 2º e 3º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009). Sobre as igualdades e diferenças entre inquérito civil e peças de informação – e, por via reflexa, colaborando também na sensível distinção existente entre os institutos do inquérito civil e do procedimento preparatório -, preleciona Hugo Nigro Mazzilli:

E que são peças de informação? O conceito não é novo; já era usado no processo penal com o sentido de alcançar representações, documentos, certidões, cópias de peças declarações ou quaisquer outras informações que, mesmo sem inquérito policial, permitissem caracterizar materialidade e autoria do crime, assim servindo de base à propositura da ação penal. Mutatis mutandis, na área civil, peças de informação são elementos de convicção em que se posse basear o Ministério Público para tomar alguma providência a seu cargo. Em sentido lato, o inquérito policial e o civil também são peças de informação.

Na prática, é possível fazer uma distinção formal entre inquérito civil e peças de informação. O inquérito civil é uma investigação regular, cuja instauração, nas hipóteses previstas na lei, obsta o curso do prazo decadencial, enquanto as peças de informação são elementos avulsos de

---

<sup>126</sup> Idem. p. 405-406.

convicção, que podem ou não ensejar a instauração de um inquérito civil ou a prática de outros atos ministeriais.<sup>127</sup>

Após instaurado (§ § 4º e 5º, da Resolução Conjunta), o procedimento deverá ser concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias, podendo tal prazo sofrer prorrogação por igual período, desde que justificadamente. Vencido o prazo, três são as possibilidades: a) a promoção do arquivamento das peças informativas; b) o ajuizamento da ação civil pública correspondente; ou c) a conversão do procedimento preparatório em inquérito civil.

#### 6.1.4 Notícia de Fato

A notícia de fato é mero instrumento de averiguação primária de informações, documentos e representações apresentadas aos órgãos integrantes do Ministério Público, e sua instauração está expressamente condicionada à inexistência de qualquer investigação quanto aos fatos aportados. A Resolução 174, de 4 de julho de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em seu art. 1º, *caput*, define-a da seguinte forma:

A notícia de fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

A Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009, editada pelo Ministério Público de Minas Gerais, embora não fuja à regra, vai além, e condiciona sua instauração à inexistência de investigação ou à instauração de expedientes internos ou externos.<sup>128</sup> Nesse mesmo sentido, o parágrafo único, do artigo 7º, da citada Resolução, é claro quanto à função específica de triagem do instrumento, vedando seu emprego para legitimar investigações ou como substituto de inquéritos civis ou procedimentos preparatórios.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesse. 29ª ed. ver., ampli. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 537.

<sup>128</sup> Segue a redação do art.7º, da Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: “Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do MP, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, que ainda não tenha gerado uma investigação ou um feito interno ou externo, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal, notícias, documentos ou representações.” <sup>134</sup> Artigo 7º, parágrafo único, da Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009.

<sup>129</sup> Artigo 7º-A, parágrafo único, da Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009. Segue a literalidade do artigo: Em caso de evidência de que os fatos narrados na notícia de fato não configurem lesão aos interesses ou

Ainda no plano de incidência da resolução do Ministério Público mineiro (art. 7ºA, da Resolução), será indeferida a instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório, quando os fatos narrados na notícia de fato não se inserirem nas hipóteses de lesão aos direitos metaindividuais, ou se constarem como objeto de investigação ou inquéritos civis outros, bem como, por fim, se já solucionados à época da apreciação pelo órgão ministerial.

### **6.1.5 Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta**

Dispõe o Ministério Público do termo de ajustamento de conduta (TAC) para a resolução amistosa de conflitos que envolvam interesses metaindividuais. O instrumento possui previsão expressa no §6º, do art. 5º, da LACP: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Para Gregório Assagra de Almeida, o ajustamento de conduta é “o reconhecimento prévio, por parte das pessoas ou entes responsáveis pela ameaça de dano ou pelo dano causado a interesses ou direitos coletivos em sentido amplo, do pedido que naturalmente deverá ser formulado em juízo.”<sup>130</sup> O objetivo é a construção de um consenso emancipador, a partir da vontade política transformadora prevista na Constituição. Assim, as exigências constitucionais de projeto democrático de nação devem iluminar o que será posto no Compromisso de Ajustamento de Conduta, na defesa do interesse social.

O não firmamento do termo de ajustamento de conduta enseja o ajuizamento da ação civil pública corresponde, com o objetivo de sanar as irregularidades apontadas. O compromisso de ajustamento, como também conhecido, possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial, o que permite ao Ministério Público exigir, em juízo, a satisfação dos compromissos firmados no instrumento e aceitos pela parte causadora dos danos. Não se trata,

---

direitos mencionados no art. 1º desta Resolução, ou se o fato já tiver sido objeto de investigação ou de ação civil pública, ou, ainda, se os fatos apresentados já se encontrarem solucionados, o membro do Ministério Público, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, prorrogável uma vez, fundamentadamente, por até 90 (noventa) dias, indeferirá o pedido de instauração de inquérito civil ou procedimento preparatório, em decisão fundamentada, da qual se dará ciência ao representante e ao representado.

<sup>130</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual de Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 234.

contudo, de transação de direitos o que ocorre em decorrência do firmamento do TAC. Nesse sentido, adverte Ricardo de Barros:

Não se trata de transação na acepção precisa do vocábulo. Como modalidade de composição de litígios, a transação só se caracteriza caso sejam feitas concessões substanciais por parte de ambos os transigentes quanto ao objeto material do litígio. No compromisso de ajustamento não há concessão alguma por parte da entidade pública legitimada, mas, sim, submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supraindividuais.

Deste modo, o compromisso de ajustamento, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada “submissão”, não à transação, como usualmente é tratada, pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material.

Note-se que os entes públicos legitimados são habilitados a promover a defesa dos interesses metaindividuais. Não lhes foi conferida legitimação para abdicar, nem mesmo parcialmente, da proteção outorgada pelo ordenamento jurídico aos interesses supraindividuais.

Assim, em princípio não podem os legitimados públicos, autorizados em agir em juízo, efetuar composições em que haja o afastamento da tutela integral ao interesse, com renúncia, ainda que parcial, ao direito material.<sup>131</sup>

Por fim, cabe salientar também que o termo de ajustamento de conduta possui força de título executivo extrajudicial (art. 5º, §6º, LACP), de modo que “deve ser formado com observância dos requisitos imprescindíveis para o efetivo cumprimento da obrigação: liquidez, certeza e cominação de pena para a hipótese de descumprimento do preceito.”<sup>132</sup>

#### **6.1.6 Expedição de Recomendações**

Dentre os instrumentos de que dispõe o Ministério Público na solução de conflitos metaindividuais, figura a expedição de recomendação, que visa, precipuamente, após a instauração de procedimentos investigatórios (inquérito civil e procedimento preparatório), recomendar formalmente aos investigados a adoção de determinados comportamentos ativos ou passivos, para sanar irregularidades e a situação de violação.

A Resolução Conjunta PGJ CGMP Nº 3, de 2009, editada pelo Ministério Público do estado de Minas Gerais, destina capítulo próprio para o instituto. O seu objetivo está descrito já na redação do artigo 22, da referida Resolução: “O Ministério Público, nos autos

<sup>131</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. op., cit. p. 420.

<sup>132</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Op., cit. p. 422.

do inquérito civil ou do procedimento preparatório, poderá expedir recomendações devidamente fundamentadas, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover.” O parágrafo único, do artigo em questão, por seu turno, adverte: “É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública.”

No caso do rompimento da barragem de Fundão, por exemplo, o Promotor de Justiça da Comarca de Mariana, usando da faculdade prevista no inciso IV, do art. 27, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, de emitir recomendações a órgãos e entidades mencionadas no *caput*, e no bojo dos autos do inquérito civil instaurado para investigar a violação a interesses difusos e coletivos, resultante da morte e desaparecimento de diversas pessoas, expediu a Recomendação nº 12/2015, que resultou no encontro de mais seis corpos:

#### R E C O M E N D A Ç Ã O N.º 12/2015

Considerando que o MINISTÉRIO PÚBLICO é a instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Constituição da República;

Considerando que cabe ao *Parquet* promover a defesa dos interesses difusos e coletivos, nos termos do artigo 129, inciso III, da Constituição da República e do artigo 10, IV, “a”, da Lei nº 8.625, de 1993;

Considerando que o rompimento da barragem da SAMARCO MINERAÇÃO S/A, no dia 05.11.2015, ocasionou a morte e desaparecimento de várias pessoas que estavam nas proximidades da barragem;

Considerando as reclamações dos parentes das pessoas desaparecidas a esta 2ª Promotoria de Justiça, informando que não estão sendo informados pelos órgãos públicos responsáveis acerca das buscas e que não estão tendo o devido apoio das empresas responsáveis pela tragédia;

Considerando, ainda, que os parentes relataram que existem somente 21 bombeiros realizando as buscas e que a empresa SAMARCO não vem atuando em apoio às buscas;

Considerando que o descumprimento dos deveres funcionais pode constituir crime de prevaricação, previsto no artigo 319 do Código Penal;

Considerando que o MINISTÉRIO PÚBLICO tem a função de fiscal da lei, entendendo-se por “lei” o conjunto de regras e princípios que regem o ordenamento jurídico, podendo, para sua execução, suscitar a aplicação das

medidas estabelecidas na Lei n.º 7.347, de 1985, além de outras providências legais;

Considerando que a recomendação é o instrumento adequado para o exercício da atividade resolutiva do MINISTÉRIO PÚBLICO, fundada no artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 1993);

Considerando, por fim, que a recomendação possui a função de cientificar e alertar os destinatários sobre os fatos que podem ensejar a responsabilização nas esferas judiciais, de modo a configurar o dolo (intenção – consciência e vontade de praticar o fato ou omitir as ações para impedir os resultados);

**RECOMENDA**, para fiel cumprimento da Constituição da República e dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, que a empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A (e suas empresas contratadas), CORPO DE BOMBEIROS DE OURO PRETO, DELEGACIA REGIONAL DE POLÍCIA CIVIL DE OURO PRETO, DEFESA CIVIL e PREFEITURA DE MARIANA adotem as seguintes providências:

- 1. Empenhem-se e articulem-se na busca pelos desaparecidos, usando toda diligência e recursos necessários para encontrar tais pessoas, aumentando o número efetivo de funcionários nas buscas, sem cessar as atividades até que tenham sido esgotadas as possibilidades de localização;*
- 2. Criem um canal próprio de informação aos parentes dos desaparecidos, informando-lhes diariamente todos os procedimentos e tarefas realizadas na busca pelos desaparecidos;*
- 3. Divulguem diariamente um boletim de informações para a sociedade e para os parentes, esclarecendo todas as medidas realizadas para localização das pessoas desaparecidas;*
- 4. Forneçam diretamente aos parentes das pessoas desaparecidas informações quanto à localização de seguimentos corpóreos (mãos, pernas, órgãos), identificando-se com celeridade;*
- 5. Informar, no prazo de 05 (cinco) dias, todas as providências adotadas para esta 2ª Promotoria de Justiça de Mariana, de acordo com os itens acima.*

**DETERMINO**, para a fiel execução desta recomendação, o encaminhamento de uma cópia.

Mariana/MG, 20 de novembro de 2015.

**GUILHERME DE SÁ MENEGHIN**

Promotor de Justiça

Trata-se, portanto, de instrumento essencial, na atuação resolutiva do Ministério Público, para a tutela de interesses coletivos *lato sensu*.

### 6.1.7 Tutela Inibitória

A tutela inibitória é um instrumento jurídico que, aliado à ação civil pública, objetiva a proteção preventiva dos direitos ou interesses metaindividuais, antes da sua efetiva lesão. Gregório Assagra de Almeida afirma que a “mais genuína e importante tutela é a preventiva, especialmente no plano da satisfatividade do direito, como é o caso da tutela inibitória.”<sup>133</sup> Ou seja: “após a ocorrência do dano, a tutela ressarcitória, muitas vezes, funciona como espécie de medida jurídica compensatória, e nesse contexto, apequenada, pois o dano, em muitas situações de violação dos denominados novos direitos, é irreparável *in natura*.”<sup>134</sup> A tutela inibitória trabalha em três dimensões do ilícito. A primeira dimensão visa evitá-lo; a segunda, obstá-lo, após iniciado; a terceira, impedir sua repetição<sup>135</sup>. Ensina Gregório Assagra de Almeida:

[...] para evitar a sua prática (ação civil pública para evitar, por exemplo, que determinada empresa entre em funcionamento sem licenciamento ambiental); para evitar a sua continuidade (ação civil pública para se evitar, por exemplo, para evitar que um empresa continue funcionando sem licenciamento ambiental); e evitar a sua repetição (ação civil pública para evitar que determinada empresa venha novamente a se instalar em nova localidade sem licenciamento ambiental<sup>136</sup>.

Afirma, ainda, o autor que a tutela inibitória “pode ser positiva, quando se pede a fixação de obrigação de fazer, ou negativa, quando pede a fixação de obrigação de não fazer ou de se abster.”, e também individual ou coletiva.<sup>137</sup>

Assim sendo, quando do oferecimento da ação civil pública, o Ministério Público, no objetivo de tutelar, com mais celeridade, o luto dos familiares de pessoas desaparecidas ou que possivelmente vieram à óbito após desastres ambientais, ou mesmo por outras formas de desaparecimento, pode requerer provimento judicial no sentido de que o poder público ou

<sup>133</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual de Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 99.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. Manual de Ações Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 100.

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Idem.

instituição privadas atuem com mais eficiência na procura e prestação de contas, empregando os meios necessários para tanto (como, por exemplo, a maior disponibilização de mão de obra humana e tecnológica – bombeiros, policiais, agentes da defesa civil etc.).

Inversamente, é possível também o emprego da tutela inibitória negativa (*non facere*), cujo objetivo primordial é evitar a continuidade do ilícito, ainda em sede de ação civil pública, para, v.g, evitar a diminuição dos trabalhos com o deslocamento de pessoal para outras tarefas.

### 6.1.8 Audiências Públicas

As audiências públicas, basicamente, são canais de diálogo entre a Sociedade e o Ministério Público, por meio das quais este último toma ciência de determinadas demandas, propostas ou questionamentos sobre assuntos de relevância metaindividuais. A teleologia fundamental de um Ministério Público submerso nos problemas e necessidades sociais, atuante em solucioná-los, mostra-se cada vez mais necessária, tornando as audiências públicas mecanismos para o exercício da cidadania e estreitamento da relação Estado/Cidadão.

Hugo Nigro Mazzilli, servindo-se de Carlos Roberto Decomain, explica:

[...] as audiências públicas cometidas ao Ministério Público são apenas um mecanismo pelo qual o cidadão e as entidades civis (as chamadas entidades não governamentais) podem colaborar com o Ministério Público no exercício de suas finalidades institucionais, e, mais especialmente, participar de sua tarefa constitucional consistente no zelo do interesse público e na defesa de interesses metaindividuais (como o efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, o adequado funcionamento dos serviços de relevância pública, [...]).

Como observou Pedro Roberto Decomain, ‘as audiências públicas revelaram-se mecanismos eficientes de equacionamento de problemas ligados a direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral, como aqueles relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, etc. Também são eficazes em matéria de serviços públicos, porque permitem um debate amplo em torno da atuação da Administração Pública, que tem sua eficiência analisada e questionada publicamente pelos destinatários dela, ou seja, pelas pessoas da coletividade de modo geral. Cabe ao Ministério Público então promover referidas audiências, conduzindo durante elas os debates. Com isso toma plena ciência daquilo que a coletividade realmente deseja em determinado assunto, informando-se e formando um juízo mais próximo dos

verdadeiros interesses comunitários, antes de empreender quaisquer providências’.

[...]

Por meio das audiências públicas, o Ministério Público não se submete a uma assembleia popular, nem nelas se votam opções ou linhas de ação para a instituição, e sim por meio delas intenta o Ministério Público obter informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas, para haurir com mais legitimidade o fundamento de sua ação institucional.<sup>138</sup>

Dentre os programas responsáveis por fomentar essa cooperação mútua entre Ministério Público e Sociedade Civil, é de se destacar o trabalho realizado pela Coordenação de Inclusão e Mobilização Sociais – CIMOS, criada pelo Ministério Público de Minas Gerais no ano de 2009. A Coordenação visa à mobilização e conscientização dos grupos sociais vulneráveis, impulsionando-os a transformar a realidade e reagir aos estímulos negativos, tudo em parceria com o Ministério Público e por meio da realização de audiências públicas e outros instrumentos democráticos (recomendações ministeriais, palestras, eventos etc.).

Observe-se trecho acerca dos objetivos e desafios do Programa de Inclusão:

Desde 2009, o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) vem intensificando sua atuação na defesa de setores vulneráveis da sociedade. Exemplo disso foi a criação, nesse mesmo ano, da Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais (Cimos), que ajudou a Instituição a sistematizar seus trabalhos de combate à desigualdade social.

Entre as funções da Cimos, está a de mobilizar movimentos sociais, organizações não governamentais (ONGs) e grupos em situação de vulnerabilidade, tais como pessoas em situação de rua; catadores de materiais recicláveis; povos e comunidades tradicionais; agricultores familiares; populações concentradas em regiões com baixos Índices de Desenvolvimento Humano (IDH); entre outros, buscando estabelecer cooperações e parcerias que assegurem a garantia, a ampliação e a efetividade nos direitos fundamentais, numa perspectiva de transformação social.

Além disso, a Coordenadoria trabalha em conjunto com o MPMG no enfrentamento aos desafios de um modelo de produção que, não raro, gera exclusão e desigualdades. A ideia é que esses seguimentos se articulem e se tornem agentes transformadores da realidade social a partir de uma efetiva participação popular.

As principais formas de atuação para alcançar esses objetivos são: realização de Audiências Públicas; mobilização e articulação comunitárias; Procedimentos para Implementação e Promoção de Projetos Sociais

<sup>138</sup> DECOMAIN, Carlos Roberto *apud* MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 326-327.

(PROPS); recomendações ministeriais; mediação; palestras, eventos, reuniões; estudos, pesquisas e reflexões.<sup>139</sup>

No que tange especificamente à efetivação do direito ao luto, as audiências públicas podem ser de grande valia, não só para que o Ministério Público tome ciência de casos de desaparecimentos em que se vislumbre a possibilidade da morte, mas também para que, numa perspectiva resolutiva, tente coletivizar demandas que porventura nasçam individuais, ou mesmo agir no sentido de implementação, pelos entes federados, que têm obrigação solidária no cuidado à saúde e assistência pública (art. 23, II, CF), de políticas públicas que contemplem todas as pessoas que se encontrem em situação idêntica.

### 6.1.9 Direito de Petição

O direito de petição está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXIV, ‘a’, sob a seguinte redação: “[...] são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, o direito de peticionar pode ser entendido como “o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação.”<sup>140</sup>

Pedro Lenza, sobre o caráter histórico, ensina que “o direito de petição nasceu por meio do *right of petition*, na Inglaterra, consolidando-se no *Bill of Rights* de 1689.”<sup>141</sup> Esse direito - continua o autor - “consistia, nesse primeiro momento, no simples direito de o Grande Conselho, depois do Parlamento, pedir que o Rei sancionasse as leis. Fortaleceu-se na Constituição de francesa de 1791, ao se ampliarem os peticionários e o objeto da petição.”<sup>142</sup>

<sup>139</sup> Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Inclusão e Mobilização Sociais. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/inclusao-e-mobilizacao-sociais/apresentacao/>. Acesso em: 13 de março de 2018.

<sup>140</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. Editora Malheiros. p. 443.

<sup>141</sup> LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 17ª ed. ed. ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.

<sup>142</sup> LENZA, Pedro. op. cit. p. 1072.

E, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o direito de petição “é sinônimo de direito de representação, como aliás é chamado nalgumas constituições, como a Carta de 1937 (art. 122, 7º) e a Lei Magna de 1967 (Emenda n. 1/69, art. 153, § 30)”.<sup>143</sup>

No sistema jurídico brasileiro, o acesso à justiça, instrumentalizado pelo direito de petição, é o ponto central do Estado Democrático de Direito:

O direito em análise constitui uma prerrogativa democrática, de caráter essencialmente informal, apesar de sua forma escrita, e independente de taxas. Dessa forma, como instrumento de participação político-fiscalizatória dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral, seu exercício está desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.<sup>144</sup>

O direito de petição apresenta relevância ímpar na temática apresentada neste trabalho. Trata-se, pois, não somente de mecanismo normativo de acesso direto à justiça e de fortalecimento da democracia e da cidadania, mas também de um instrumento que confere ao cidadão comum a possibilidade de exigir dos poderes públicos a prestação de informações sobre desaparecimento de pessoas e, principalmente, de cobrar empenho e rapidez na investigação dos fatos. Este entendimento parece se sustentar sem muitas dificuldades, principalmente se se considerar a elasticidade do instituto, que não se reveste de qualquer formalidade legal. Basta, para a sua interposição, a existência de alguma situação de ilegalidade ou abuso de poder, abstratamente considerada, por parte dos agentes públicos. Outrossim, é desnecessária a apresentação direta ao órgão público a que se imputa a prática ilegal ou o abuso. A mera apresentação do petitório a qualquer órgão governamental é suficiente para que este, então, encaminhe-o àquele competente para a apuração. Em suma: desnecessário se faz o endereçamento ao órgão competente.

Nesse sentido:

A finalidade do direito de petição é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas adequadas. O exercício do Direito de petição não exige endereçamento ao órgão competente para a tomada de providências, devendo, pois, quem a receber, encaminhá-la à autoridade competente.<sup>145</sup>

Sendo assim, pode o cidadão, mediante petição em qualquer órgão do Estado,

<sup>143</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011, p.173.

<sup>144</sup> MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 193.

<sup>145</sup> MORAES, Alexandre. op. cit. p. 193.

exigir a adoção de providências mais enérgicas, em investigações instauradas para a localização de desaparecidos, em casos de desídia do agente público ou do próprio órgão, ou de recusa na prestação de informações acerca dos atos procedimentais e das conclusões alcançadas, negando prestígio à verdade e à transparência, tudo isso em tempo razoável. Direito público subjetivo, de índole democrática, o direito de petição é mais amplo que o direito de ação, já que incondicionado, podendo ser exercido perante qualquer órgão que exerça o poder estatal.

Alexandre de Moraes é categórico ao proclamar o caráter constitucional do direito de petição e o ônus por ele criado ao órgão estatal instado a respondê-lo: “O Direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame, e, se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de se configurar violação de direito líquido e certo do peticionário.”<sup>146</sup>

De outro lado, é possível ao Ministério Público, por intermédio de seus órgãos de atuação, exercer tal direito.

## 7 CONCLUSÃO

O luto, compreendido como reação à perda de um ente querido, e que envolve os rituais que a acompanham, não pode ser elaborado se impedida a prova de realidade, consubstanciada na constatação inequívoca da morte, que se dá com a apresentação do corpo ou com a demonstração cabal da impossibilidade de fazê-lo.

Apesar de não instalado expressamente no sistema de direitos e garantias da Constituição Federal, qualifica-se como direito fundamental, concernente a todas as pessoas, representando consequência constitucional indissociável do princípio da dignidade da pessoa

---

<sup>146</sup> MORAES, Alexandre. op. cit. p. 193-194.

humana (art. 1º, inciso III, CF), do direito fundamental à vida (art. 5º, caput, CF), à solidariedade (art. 3º, inciso I, CF), e do direito fundamental à saúde (art. 6º, caput, CF).

O Ministério Público, como uma das instituições de acesso à justiça, ente republicano de transformação social, cujo objetivo é a promoção do projeto democrático de nação delineado na Constituição Federal, e a quem é incumbida a defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF), tem o poder-dever de tutelar o direito fundamental ao luto, usando de dispositivos de atuação resolutiva ou demandista.

Deve o Ministério Público, portanto, atuar no sentido precípua do recobro do corpo da pessoa desaparecida – quando presumivelmente morta -, ou da obtenção de informações precisas sobre a impossibilidade de fazê-lo, quando, então, procurará recuperar a verdade sobre o acontecido e a memória do falecido – tudo com o objetivo de possibilitar a efetivação do luto -, bem como a eventual reparação pecuniária, de natureza moral e indenizatória.

## 8 REFERÊNCIAS

ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do estado democrático de direito brasileiro**.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 641 p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direitos Fundamentais e os principais fatores de legitimação social do ministério público no neoconstitucionalismo**. Apud ALMEIDA, Gregório Assagra de; JÚNIOR, Jarbas Soares (Coordenação). Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual de Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo no direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. São Paulo: Unesp, 2013, p.15.

ARNAOUTOGLU, Ilias. **Leis da Grécia antiga**. São Paulo: Odysseus, 2003.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: nunca mais**. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: 2007, p. 14-15. In BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. *Apud* A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6º Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília (UNB), 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Editora Campus: RJ, 2004, 20ª tiragem.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Malheiros: 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF. 11 mai. 2016. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm). > Acesso em 07 de abril de 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF. 11 mai. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2016/decreto/D8766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/decreto/D8766.htm).> Acesso em 07 de abril de 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF. 11 nov. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm).> Acesso em 07 de abril de 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte especial. Artigos 121 a 234-C do Código Penal**. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º Ed. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

COMISSÃO de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos. **Dossiê Ditadura: Mortos e desaparecidos políticos no Brasil – 1964-1985**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONKLIN, Beth A. **Consuming Grief. Compassionate cannibalism in na amazonian society**. Texas: University of Texas Press, 2001.

CONKLIN, Beth A. **Consuming grief: compassionate cannibalism in an Amazon Slociety**. Austin: University of Texas Press, 2001.

DECOMAIN, Carlos Roberto apud MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Era; WILDE, Ralph. **Direitos Humanos: referências essenciais**. São Paulo: Edusp, 2007.

Disponível em: <<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/20/maisum-corpo-encontrado-em-mariana-mg-mp-diz-que-buscas-serao-mantidas.htm>>> 10.3.2018

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/ossada-de-perus-identificadae-de-militante-da-esquerda-morto-em-1971.shtml>>> Acesso em: 11.3.2018

Disponível em: <http://aempreendedora.com.br/wp-content/uploads/2017/04/ManualDiagn%C3%B3stico-e-Estat%C3%ADstico-de-Transtornos-Mentais-DSM-5.pdf>. Acesso: 17.03.2018.

DURKHEIM, Émile. **Les formes élémentaires de vie religieuse**. *Apud*, DORTIER, JeanFrançois. **Dicionário de Ciências Humanas**. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2010.

EDLER, Sandra. **Luto e melancolia**. À sombra do espetáculo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Jus Podivm. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria(s) do direito: do jusnaturalismo ao póspositivismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

FREUD, Sigmund. **Luto e melancolia**. São Paulo: CosacNaify, 2012.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GRAMSCI, Antonio. **OS CADERNOS DO CÁRCERE (1929-1935)**, in **O LEITOR DE GRAMSCI (org. COUTINHO, Carlos Nelson)**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias - Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Disponível em: < [http://www.ohchr.org/documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances\\_s\\_p.pdf](http://www.ohchr.org/documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_s_p.pdf). > Acesso em 07 de abril de 2017.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

ISHAY, Micheline R. **Direitos humanos: uma antologia**. Principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a bíblia até o presente. São Paulo: Edusp, 2013.

JAEGER, Werner. **A formação do homem grego**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2017.

KEANE, John. **Vida e morte da democracia**. São Paulo: Edições 70, 2010,

KITTO, H.D.F. **A tragédia grega**. Coimbra: Amado Editor, 1972.

LAFER, Celso. **Direitos humanos. Um percurso no direito do século XXI**. São Paulo: Atlas, 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4ªed. ed., ampli. e atual. De acordo com o Código de Processo Civil/2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

LURKER, Manfred. **Dicionário de simbologia**. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7.347/85 e legislação complementar**. São Paulo: RT, 2014.

MARX, Ivan Cláudio. **Justiça de transição. Necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesse**. 29ª ed. ver., ampli. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2017.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

METCALF, Peter e HUNTINGTON, Richard. **Celebrations of death**. The anthropology of mortuary ritual. UK: Cambridge University Press, 1991.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio da pesquisa social**. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2012.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Inclusão e Mobilização Sociais. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/inclusao-e-mobilizacaosociais/apresentacao/> . Acesso em: 13 de março de 2018.

MIRANDA, Nilmário; TIBÚRCIO, Carlos. **Dos filhos deste solo. Mortos e desaparecidos políticos durante a ditadura militar: a responsabilidade do Estado**. São Paulo: Boitempo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos – ACNUDH. Folleto Informativo N° 06/ver.3: Desapariciones Forzadas o involuntárias. Disponível em: < [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf). > acesso em 07 de abril de 2017.

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos – ACNUDH. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Disponível em: < <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>. > acesso em 07 de abril de 2017.

OLIVA, Luís César. **A existência e a morte**. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2012.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia e LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Juris Podivm, 2017.

OLIVEIRA, Luciano Moreira. **Ministério público e políticas de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PERNIOLA, Mario. **Pensando o ritual. Sexualidade, morte, mundo**. São Paulo: Studio Nobel, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017

PLATÃO. **Fédon**. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

PLATÃO. **Fedro ou da beleza**. Lisboa: Guimarães Editora, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REIS, João José. **A morte é uma festa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth, PLON, Michel. **Dicionário de Psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

SALIBA, Aziz Tuffi (organização). **Legislação de Direito Internacional**. São Paulo: Rideel, 2007.

SARMANTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAROLDI, Nina. **O mal-estar na civilização. As obrigações do desejo na era da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÊNECA. Consolação a Márcia. *apud*, OLIVA, Luís César. **A existência e a morte**. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Saraiva: 2010.

SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2016.

TAVARES, Amarilis Busch; Marx, Ivan Cláudio. **Anistia no Brasil e os desafios para a efetivação dos direitos à memória e à justiça**. In Temas Atuais do Ministério Público Federal. TAVARES, Amarilis Busch et. al. Salvador: JusPodvm, 2016.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **A teoria discursiva do direito de Alexy e as duas questões fundamentais da filosofia do direito**. Apud ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

