

Vol. 3

*Direito ao
luto como
direito
fundamental*

Sérgio Parreiras Abritta

30 ANOS
DA CR/1988

Coleção

*Direitos fundamentais e acesso à justiça no
estado constitucional de direito em crise*

Coordenador:

Gregório Assagra de Almeida

 editora
D'PLÁCIDO

*Direito ao
luto como
direito
fundamental*

Vol. 3

*Direito ao
luto como
direito
fundamental*

Sergio Parreiras Abritta

*Coleção
Direitos fundamentais e acesso à justiça no
estado constitucional de direito em crise*

*Organizador:
Gregório Assagra de Almeida*



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Sérgio Parreiras Abritta.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Enzo Zaqueu Prattes
(Imagem por rawpixel via unsplash)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

ABRITTA, Sérgio Parreiras.

Direito ao luto como direito fundamental - Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise - Coordenação: Gregório Assagra de Almeida -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-876-5

1. Direito. 2. Direitos Humanos. I. Título. II. Autor

CDU342.7

CDD340

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



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

Para meu pai, Luiz Carlos Abritta, cuja história se confunde com a do Ministério Público das Minas Gerais; para Fabíola Farias, meu amor, e defensora intransigente da luta pela justiça social; e para Iago Porto Abritta, meu filho, da quarta geração de juristas da família.

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

NOTAS DO COORDENADOR E DA COLEÇÃO

Esta Coleção, que é Comemorativa dos 30 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reúne obras inéditas e importantes que abordam temáticas relacionadas com o Acesso à Justiça e os Direitos Fundamentais no Estado Constitucional de Direito em Crise.

O presente livro, *Direito ao Luto como Direito Fundamental*, foi escrito pelo renomado Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Sérgio Abritta. A obra é a versão comercial da pesquisa do autor, elaborada sob a nossa orientação, no Programa de Pós-Graduação da Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. O trabalho foi aprovado pela banca examinadora com distinção e louvor e recomendação para publicação. O autor estuda de forma inédita o direito ao luto como direito fundamental, quando apresenta o conceito de luto e analisa várias situações que podem caracterizar lesão e ameaça a esse direito, inclusive em casos complexos decorrentes de acidentes com o desaparecimento de corpos de pessoas. De modo muito interessante o autor analisa a atuação do Ministério Público na defesa do direito ao luto e discorre sobre os mecanismos de atuação da Instituição. Para Sérgio Abritta, o direito ao luto é consequência constitucional indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental à vida, do direito à solidariedade e do direito fundamental à saúde.

Gregório Assagra de Almeida
Coordenador e Organizador da Coleção

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
1. INTRODUÇÃO	17
2. FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.1. Origens e Evolução	25
3. CONCEITO DE LUTO	37
4. SITUAÇÕES QUE PODEM CARACTERIZAR AMEAÇA OU LESÃO DO DIREITO AO LUTO E DEMANDAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	55
5. O LUTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: INTERESSE SOCIAL E A NOVA SUMMA DIVISIO	69
6. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA AO LUTO	91
6.1. Formas de proteção e de efetivação do direito ao luto	96
6.1.1. Ação Civil Pública	97
6.1.2. Inquérito Civil	100
6.2.3. Procedimento Preparatório	104
6.2.4. Notícia de Fato	105
6.2.5. Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta	106
6.2.6. Expedição de Recomendações	108
6.2.7. Tutela Inibitória	110

6.2.8. Audiência Públicas	111
6.2.9. Direito de Petição	113
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	119

APRESENTAÇÃO

A presente pesquisa foi desenvolvida durante o curso de pós-graduação *lato sensu* “Ministério Público e o Novo Constitucionalismo”, realizado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) – Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), nos termos do Decreto nº 488, de 10 de setembro de 2013, em parceria com a Faculdade de Direito Milton Campos.

Penso que somente uma abordagem transdisciplinar dos temas afetos ao Ministério Público, com suas interseções e aporias, pode tornar o Ministério Público um agente verdadeiramente transformador da ordem social, já que a ele incumbe a defesa da democracia, que se consubstancia, em última análise, em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e externa, com a solução pacífica das controvérsias, como bem preceitua o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na imensa arena de divergências, intrínseca à democracia, deve o Ministério Público atuar na busca da solução das controvérsias, mas lembrando-se, sempre, dos objetivos fundamentais da República, delineados no art. 3º da Constituição e espalhados por toda a extensão do texto constitucional, especialmente no título dos direitos e garantias fundamentais.

Espero que essa obra possa contribuir, ainda que de forma tímida, para a construção de uma sociedade emancipada, onde a pobreza, a

marginalização e todas as formas de discriminação sejam somente sombras de um passado inteiramente sepultado.

Agradeço a todos – professores, colegas, e amigos – que, com indagações e sugestões, contribuíram para a consecução desse trabalho.

Sérgio Abritta

INTRODUÇÃO

1

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 presente trabalho. 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, *Polínice*, 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.

Quando inicia a tragédia, Édipo já está morto. Seus filhos, *Etéocles* e *Polínice* 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. *Polínice*, 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 *Polínice* 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 *Polínice* 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*¹:

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?

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

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 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 quisesse 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, criminosamente pura, por mais tempo deverei agradar os lá debaixo que o cá de cima. La repousarei para sempre. Tu, se te parece, descure 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.²

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. Como escreve Albin Lesky, “*Antígona* luta na verdade pelas leis não escritas e invioláveis dos deuses, como ela mesmo o diz, leis a que a *polis* nunca deve opor-se”.³

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 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 da pesquisa, procurando-se apontar, ainda que de forma sucinta, ideias acerca da morte e do luto, elaboradas 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.

² *Ibidem*. p. 33–35.

³ LESKY, Albin. *A tragédia grega*. São Paulo: Perspectiva, 1976, p. 133.

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.⁴

⁴ 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 pesqui-

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.

sa social. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). Pesquisa social: teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 13-14.

"[...] 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. [...]"

