



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O LUTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Maria Victória Granzinoli Guimarães

Rio de Janeiro
2025

MARIA VICTÓRIA GRANZINOLI GUIMARÃES

O LUTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2025

O LUTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Maria Victória Granzinoli Guimarães

Graduada pela Universidade Estácio de Sá(Unesa). Assessora de juiz.

Resumo – o presente trabalho propõe-se a explorar a formação do luto como direito humano fundamental, originado nos direitos à verdade e à memória, os quais já foram reconhecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e que devem ser observados no ordenamento pátrio por força da cláusula de abertura do artigo 5º, §2º da Constituição de 1988. Uma vez reconhecida a estatura fundamental do direito ao luto, pretende analisar a sua origem no próprio conceito de dignidade humana.

Palavras-chave – direitos humanos; soberania; luto; dignidade humana.

Sumário – Introdução. 1. Os direitos humanos fundamentais. 2. O caso Comunidade *Moiwana* vs. Suriname, a categoria de danos existenciais e o direito ao luto. 3. O direito ao luto como fruto da dignidade humana. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa os contextos nos quais o luto pode se constituir como direito humano fundamental e quais as instâncias de possíveis violações deste direito por parte do Estado. O trabalho pretende demonstrar que é possível a inserção do luto no rol de direitos tuteláveis sob a etiqueta de direito fundamental por meio da cláusula de abertura presente no artigo 5º, §2º da Constituição de 1988, fruto da historicidade desta categoria de direitos. A consequente ampliação do rol de direitos fundamentais não nasce, como será visto, exclusivamente de demandas atuais, mas do reconhecimento na esfera do Direito de reivindicações há muito tempo existentes. Portanto, o fato de o luto não estar explicitamente previsto no rol constitucional de direitos fundamentais não frustra a possibilidade de sua proteção, conforme será visto.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando breves considerações acerca da formação e da evolução dos direitos humanos fundamentais e suas características. É abordado o tratamento dos direitos fundamentais pelo atual sistema constitucional brasileiro e a expansividade do rol dos bens jurídicos tutelados.

Segue-se explorando, no segundo capítulo, o conceito de luto e dos ritos de honra aos mortos, em uma análise interdisciplinar. Para melhor compreensão do tema, será abordado o Caso da Comunidade *Moiwana* vs. Suriname como instância de afirmação da existência de um direito ao luto, uma modalidade da nova categoria de direitos espirituais, conforme reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O terceiro capítulo aborda o luto como um direito humano fundamental decorrente da dignidade humana. Além disso, a dignidade é posta como epicentro do sistema de direitos fundamentais, motivo justificante e que orienta todos os demais direitos humanos.

A conclusão situa o direito ao luto como expressão direta da dignidade da pessoa humana e da memória coletiva, apontando o Caso da Comunidade *Moiwana* vs. Suriname como embrião de sua institucionalização formal.

A pesquisa caracteriza-se pelo método explicativo, utilizando-se de levantamento bibliográfico, em torno de legislação, pareceres, artigos, livros, monografias, bem como de análise de jurisprudência.

Ademais, o desenvolvimento do artigo será a partir do emprego do método hipotético dedutivo, na medida em que serão selecionadas proposições hipotéticas, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do objeto desta pesquisa será, portanto, qualitativa, já que a bibliografia pertinente à temática em foco será empregada para a fundamentação da tese.

1 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A maioria das pessoas, se perguntada, provavelmente afirmará saber exatamente do que se tratam os direitos humanos. A tarefa de conceituá-los e delimitá-los de forma satisfatória e precisa, contudo, mostra-se mais elusiva e complexa do que sugere o senso comum. A sua origem e sua justificativa, e até mesmo a melhor terminologia a ser empregada, permanecem envoltas em uma zona cinzenta de incertezas e debates que esconde a complexidade desse assunto já tão corriqueiro que chega a gerar uma verdadeira sensação de exasperação a grande parte da população. O tema é, em todos os sentidos, inesgotável e diante de sua infinitude, é preciso, ao menos, que se tenha um começo.

A nebulosidade inerente aos direitos humanos se inicia já com o problema da constituição do sujeito de direito, ou seja, com a resistência em enxergar o outro, eis que “[n]enhuma coletividade se define nunca como Uma sem colocar imediatamente a Outra diante de si”¹. Diante disso, em consonância com a evolução do conceito de quem é o ser humano, é preciso considerar que tal categoria de direitos tem a pretensão de ser universal e que, a despeito de tal vontade formal, a sua distribuição material é desigual e incompleta. Há sempre o perigo

¹ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fato e mitos**; tradução Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2016. p. 13.

de se atribuir a determinado grupo, em determinado tempo e lugar, o status de Outro, de forma que se faz essencial a constante oxigenação da “descoberta que o eu faz do outro”, de que “cada um dos outros é um eu também, sujeito como eu.”²

A densidade conceitual dos direitos humanos, alcança também a questão terminológica – a escolha da forma mais adequada para designar essa categoria de direitos transmite também uma opção político-discursiva, encapsulando uma relação língua-discurso-ideologia³. Assim, algumas propostas de nomenclatura surgem, com respaldo em diferentes correntes de pensamento.

Conforme observa André de Carvalho Ramos, a Constituição brasileira de 1988 “acompanha o uso variado de termos envolvendo ‘direitos humanos’”⁴, ora fazendo referência expressa ao termo “direitos humanos”, ora chamando-os de “direitos e liberdades fundamentais” ou, ainda, de “direitos e liberdades constitucionais e direitos da pessoa humana”. Tal polissemia também pode ser verificada, conforme aponta Ramos⁵, no plano internacional.

Ramos aponta a crescente tendência de unificação do termo sob a alcunha de “direitos humanos fundamentais”, eis que as diferenciações propostas perdem espaço quando considerada a paulatina “aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos”⁶, o que se confirma⁷ pelo menos no ordenamento pátrio, especialmente diante da possibilidade de se consagrar com status constitucional os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por meio do rito especial do artigo 5º, §3º da CRFB⁸. O apagamento gradual das barreiras entre os direitos humanos garantidos interna e externamente também pode ser verificado quando se considera o reconhecimento, pelo Brasil, da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em um duplo grau de garantia aos indivíduos⁹ que poderá se operar inclusive em face de normas elaboradas pelo poder constituinte do Estado¹⁰, em uma verdadeira quebra do paradigma da soberania. Essa fusão

² TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro; tradução Beatriz Perrone-Moisés. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 3.

³ ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 13. ed. Campinas: Pontes Editores, 2020. p. 15.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 57.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.* p. 59.

⁷ ZOUÉIN, Luís Henrique Linhares. **Manual de direitos fundamentais**: à luz do direito internacional dos direitos humanos. Belo Horizonte: Cei, 2023. p. 25.

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 dez. 2024.

⁹ RAMOS, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_por.pdf. Acesso em: 06 dez. 2024.

parece melhor abarcar a complexidade do tópico e é, portanto, adotada para as finalidades deste trabalho, de forma que deve ficar subentendida mesmo quando houver, por questões de brevidade, referência tão somente aos “direitos humanos” ou aos “direitos fundamentais”. Em uma era de multiplicação de direitos¹¹, faz-se necessário tentar localizar, ao menos, um núcleo mínimo capaz de abraçar a imensidão desta categoria de direitos. Para Ramos:¹²

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais de uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

Barroso também identifica a dignidade humana como sendo o cerne dos direitos fundamentais, verdadeiro “valor fundamental que veio a ser convertido em princípio jurídico”¹³, de forma que compreende os seguintes aspectos:

(i) [O] valor intrínseco de toda pessoa, significando que ninguém na vida é um meio para a realização de metas coletivas ou projetos pessoais dos outros; (ii) a autonomia individual – cada pessoa deve ter autodeterminação para fazer suas escolhas existenciais e viver o seu ideal de vida boa, assegurado um mínimo existencial que a poupe da privação de bens vitais; e (iii) a limitação legítima da autonomia por valores, costumes e direitos das outras pessoas e por imposição normativa válida (valor comunitário). A dignidade humana e os direitos humanos são duas faces de uma mesma moeda: uma voltada para a filosofia moral e a outra para o Direito. Direitos humanos são valores morais sob a forma de direitos ou, como sugere Habermas, ‘uma fusão do conteúdo moral com o poder de coerção do Direito’.¹⁴

Conforme lição de Filipe Augusto dos Santos Nascimento, “[n]a teoria jurídica, a dignidade humana encontra seu fundamento justamente na autonomia moral. [...] Enquanto ser racional, [o ser humano] é fim em si mesmo e autor da legislação universal”¹⁵. Para Kant, aquilo que se acha acima de todo preço, que não admite equivalência, compreende uma dignidade.¹⁶

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 67.

¹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 35.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** [ePUB]. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 448.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. **Manual de humanística: Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreira Jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Juspodvim, 2024. p. 85.

¹⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** [livro digital]. São Paulo: Companhia Editora Nacional. p. 32 Disponível em: https://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em: 07 dez. 2024.

Ramos aponta “quatro usos habituais da dignidade humana na jurisprudência brasileira”¹⁷: como fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos; da formatação da interpretação adequada; criar limites à ação do Estado e mesmo dos particulares; e para fundamentar o juízo de ponderação.

Assim, seria possível pensar que é da própria proteção da dignidade humana que decorrem todos os outros direitos fundamentais, sendo ela “o epicentro axiológico do nosso ordenamento constitucional”¹⁸, embora para alguns seja o direito à vida como “o mais fundamental de todos os direitos”¹⁹, a mera existência biológica, mas desprovida de dignidade, não parece ser o destino final. Inclusive, é a partir da ótica da dignidade que direitos relacionados à própria morte podem tentar se fazer ouvir – ganham espaço as discussões que envolvem o direito ao aborto seguro e irrestrito, bem como aos procedimentos de morte humanizada, como a eutanásia²⁰ e, como será explorado neste trabalho, ao luto. A dignidade humana é tomada no presente trabalho, portanto, como conteúdo mínimo dos direitos humanos, sendo ela que lhes dá todo o seu contorno ao longo da história e impulsiona o desejo humano de evolução e superação dos paradigmas postos.

Por tudo o que foi exposto até o momento, é possível apontar algumas características dos direitos humanos fundamentais. De forma idêntica aos tópicos anteriores, não existe unidade de pensamento na doutrina especializada no que se refere a esse ponto, de forma que podem ser apontadas, de forma genérica, algumas figuras que tentem a se repetir na literatura: a historicidade; a universalidade; a indivisibilidade e a interdependência; a imprescritibilidade; a relatividade; a abertura; a não exaustividade; e a proibição ao retrocesso. Para fins do presente trabalho, interessa mais abordar a primeira e as três últimas faces dos direitos humanos fundamentais, sem pretender diminuir a importância das demais.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 88.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p.89-94, abr./jun. 1998, p. 92 *apud* RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 90

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência [livro digital]. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2023. p. 87.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.341.

2 O CASO COMUNIDADE *MOIWANA* VS. SURINAME, A CATEGORIA DE DANOS EXISTENCIAIS E O DIREITO AO LUTO

No Caso Comunidade *Moiwana* vs. Suriname, quando de seu julgamento pela Corte IDH, foi desenvolvido pelo juiz Cançado Trindade²¹ o conceito de dano espiritual, um novo paradigma da responsabilidade civil. Nesse sentido, o dano espiritual é uma manifestação da expansividade dos direitos humanos e a sua necessária adaptação às demandas existenciais – sua abrangência abarca tanto a proteção dos mortos, assegurando o respeito ao seu descanso, quanto aos vivos e seus processos de luto e espiritualidade. Assim, Trindade analisou algumas questões a fim de traçar seu voto: a subjetividade jurídica dos povos no direito internacional; o desarraigo como um problema dos direitos humanos que confronta a consciência jurídica universal; a proteção do sofrimento humano no tempo; a ilusão da pós-modernidade e a incorporação, na vida, da própria morte²². Ademais, o magistrado expandiu também acerca da mortalidade e a sua relevância para os vivos e sobre os deveres dos vivos para com os mortos, construindo, assim uma adaptação do dano moral em uma vertente espiritual.

O Caso Comunidade *Moiwana* vs. Suriname trata, essencialmente, das consequências advindas do massacre cometido contra o povo *Moiwana* no ano de 1986, dentre as quais, para além das mortes e do deslocamento forçado dos sobreviventes, também figura o direito da comunidade em regressar às suas terras ancestrais²³. Conquanto o direito à propriedade tenha sido determinante para a condenação do Suriname, também o sofrimento espiritual imposto ao povo *Moiwana* teve grande destaque – nesse sentido, pontua Trindade que:

No presente caso da Comunidade *Moiwana*, a incapacidade, ou o sofrimento, dos sobreviventes do massacre e dos parentes próximos das vítimas diretas do massacre de 29 de novembro de 1986 na comunidade *N'djuka Maroon de Moiwana*, é espiritual. Segundo a sua cultura, permanecem ainda atormentados pelas circunstâncias em que ocorreram as violentas mortes de seus entes queridos e pelo fato de que os falecidos não tiveram um enterro adequado. Esta privação, que gera sofrimento espiritual [...] desde o momento do massacre de 1986 [...]. Os *N'djuka* não esqueceram de seus mortos.

Ou seja, demonstrando a elasticidade dos direitos humanos, a Corte IDH, aderindo à proposta de Cançado Trindade, reconheceu a categoria de dano espiritual no precedente

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (2005). *Voto razonado del juez a corte interamericana de derechos humanos*, 2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_124_esp.doc. Acesso em: 12 mar. 2025.

²² *Ibid.*

²³ SUMMA. *Comunidad Moiwana*. Disponível em: summa.cejil.org/pt/entity/ak42s3l1k85dygb9. Acesso em: 12 mar. 2025.

Comunidade *Moiwana* vs. Suriname²⁴. Além do ataque e da posterior deficiência da investigação, as vítimas enfrentaram dificuldades para recuperar os restos mortais de seus entes queridos, fato que impedia, dentro de seus costumes, a realização das cerimônias fúnebres adequadas aos seus mortos²⁵. Acompanhando as considerações do juiz relator, a Corte IDH apontou a violação do artigo 5.1 em relação ao artigo 1.1, ambos da CADH, e afirmou o direito da comunidade *Moiwana* de sepultar e celebrar seus mortos conforme suas tradições²⁶ – vê-se, portanto, que o direito ao luto está estreitamente relacionado ao conceito de dano espiritual, reconhecido internacionalmente graças à interpretação evolutiva da proteção aos direitos humanos.

Como se vê, a impossibilidade de viver o luto e honrar os mortos é considerada por Trindade como uma verdadeira violência de natureza espiritual que assolou o povo *N'djuka* durante seu afastamento de suas terras ancestrais. O destaque do luto na experiência humana dá-se, conforme ensina Maria Helena Pereira Franco, “tanto pelo fato de os humanos serem a única espécie consciente de sua finitude como por serem gregários e sociais, devido à necessidade de sobrevivência”²⁷. No mesmo sentido Maria Júlia Kovács refere que “[a] consciência da própria morte é uma importante conquista constitutiva do homem. O homem é determinado pela consciência objetiva de sua mortalidade e por uma subjetividade que busca a imortalidade.”²⁸

Mostra-se evidente que o ser humano tenha, então, desenvolvido uma série de ritos para processar o luto e os sentimentos que o acompanham, da mesma forma como o faz com os demais grandes marcos existenciais. Nesse sentido, “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.”²⁹ Para além da perda, há ainda o assombro perante a morte, que recai sobre a humanidade desde tempos imemoriais e exige a ritualização como forma de concretizar o confronto com aquilo que é inevitável, mas absolutamente

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Sentença de 15 de junho de 2005. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf. Acesso em: 12 mar. 2025.

²⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (2005). *Voto razonado del juez a corte interamericana de derechos humanos*, 2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_124_esp.doc. Acesso em: 12 mar. 2025;

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *op cit*.

²⁷ FRANCO, Maria Helena Pereira. *O luto no século 21: uma compreensão abrangente do fenômeno*. São Paulo: Summus, 2021. *E-book*.

²⁸ KOVÁCS, Maria Júlia. Atitudes diante da morte: visão histórica social e cultural. In: KOVÁCS, Maria Júlia (coord.). *Morte e desenvolvimento humano*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992. p. 28.

²⁹ ABRITTA, Sérgio Parreiras. *Direito ao luto como direito fundamental*: coleção direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 44.

desconhecido. A morte, portanto, não é propriamente “um problema no final da vida”³⁰ e sim uma presença constante na existência humana e esse temor inspira, por sua vez, os ritos:

Segundo Morin (1970) é nas atitudes e crenças as diante da morte que o homem exprime o que a vida tem de mais fundamental. A sociedade funciona apesar da morte, contra ela, mas só existe, enquanto organizada pela morte, com a morte e na morte. Para a espécie humana, a morte está presente durante a vida toda e se faz acompanhar de ritos. Desde o homem de Neanderthal são dadas sepulturas aos mortos. A morte faz parte do cotidiano, é concreta e fundamental. Qualquer grupo, mesmo os mais primitivos, não abandonam os seus mortos. A crença na imortalidade sempre acompanhou o homem. Segundo Meltzer (1984), a morte é o inimigo que os vivos passam suas vidas tentando superar e derrotar para sempre, sem ideia da consequência disso. Todas as culturas personificam a morte de forma diferente, e elaboram variadas magias contra a sua intrusão. Combatemos a morte com a nossa linguagem, com amuletos e talismãs, transcrevemos nossos sinais e símbolos em diversos materiais, juntamo-nos em cerimônias formais para romper as suas redes. Quando dançamos e cada parte de nosso corpo tem sua função no rito, nos escondemos sob máscaras e vestimentas de poder contra a morte, reunimos substâncias sagradas para criar imunidade ao seu toque, oramos, jejuamos e nos retiramos em cavernas escuras e sombrias. Uma caligrafia persistente se mistura aos mistérios não previstos. Morin faz uma interessante ante análise do lugar das crenças dos ritos e magias em relação à morte. O papel da religião é em parte o de socializar e dirigir os ritos de morte, como forma de lidar com o terror. Os ritos, práticas e crenças referentes a ela continuam a ser o setor mais primitivo de nossa civilização.³¹

Segundo aponta Numa-Denys Fustel de Coulanges, tomando em consideração os gregos antigos e os itálicos, “os ritos fúnebres mostram claramente que quando colocavam um corpo na sepultura acreditavam enterrar algo vivo”³², tendo em vista que para esses povos a alma passava a sua segunda existência junto ao mundo dos vivos e não em um plano diverso. Disso decorre, conforme pontua o autor, a necessidade do sepultamento e da estrita observância dos ritos e fórmulas, considerando que “[a] alma que não possuía uma sepultura não possuía morada, e ficava errante.”³³

Diante da morte e do luto, o indivíduo deve, ainda, encarar a efemeridade da sua própria vida e a precariedade da vida do Outro³⁴— “[a] precariedade implica viver socialmente, isto é, o fato de que a vida de alguém está sempre, de alguma forma, nas mãos do outro.”³⁵ Portanto, não é de se estranhar que “nas cidades antigas a lei punia os grandes criminosos com um castigo considerado terrível, a privação da sepultura. Punia-se desse modo a própria alma,

³⁰ KOVÁCS, Maria Júlia. Representações de morte. In: KOVÁCS, Maria Júlia (coord.). **Morte e desenvolvimento humano**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992. p. 2.

³¹ *Ibid.* p. 28-29.

³² COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**: Um Estudo da Religião, do Direito e das Instituições da Grécia e Roma. São Paulo: Montecristo, 2021. *E-book*.

³³ *Ibid.*

³⁴ BUTLER, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Belo Horizonte: Autêntica, 2023. p. 169

³⁵ BUTLER, Judith. **Quadros de guerra**: quando a vida é passível de luto?. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024. *E-book*.

condenando-a a suplício quase eterno”³⁶, sendo a privação do luto e das honrarias aos mortos considerada uma insuportável penitência e, não raro, uma tecnologia de afirmação da soberania³⁷.

3 O DIREITO AO LUTO COMO FRUTO DA DIGNIDADE HUMANA

A tese da historicidade dos direitos humanos fundamentais foi de absoluta importância para a sua expansão e solidificação, sendo certo que por ela se reconhece que esses direitos “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos de 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”³⁸. Sendo eles “o resultado de avanços jurídico-sociais determinados pelas lutas dos povos [...] tampouco são compreendidos da mesma maneira durante todo o tempo em que compõem o ordenamento”³⁹, a tese da historicidade é capaz de superar os obstáculos que se pretenda colocar contra a marcha das lutas dos povos, pois a partir dela se rejeita a ideia de um fundamento absoluto (jusnaturalista ou positivista ou de qualquer outra espécie) para os direitos humanos, o qual “não apenas é uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”⁴⁰ ao pretender ter como intransponíveis certos limites, eis que “[o] fundamento último não pode ser mais questionado, assim como o poder último deve ser obedecido sem questionamentos”⁴¹. Reconhecer que os direitos fundamentais são construídos a partir da dialética histórica permite que se reconheça, portanto, a sua não exaustividade, ou seja, a viabilidade do constante aprimoramento das condições da vida humana.

Vê-se que o ordenamento brasileiro é particularmente propício à internalização e ao reconhecimento de novas expressões dos direitos humanos fundamentais. Além da previsão do rito especial de internalização dos direitos humanos no §3º do artigo 5º da CRFB, também o seu §2º traz inestimável cláusula de abertura do sistema constitucional, a qual prevê que “[o] s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

³⁶ BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024. *E-book*.

³⁷ BUTLER, Judith. **A reivindicação de Antígona: o parentesco entre a vida e a morte**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022. p. 39.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5

³⁹ ZOUEN, Luís Henrique Linhares. **Manual de direitos fundamentais: à luz do direito internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Cej, 2023. p. 43.

⁴⁰ BOBBIO, *op. cit.*, p. 22

⁴¹ *Ibid.*, p. 16

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁴² Nesse sentido, a abertura constitucional aos novos direitos humanos pode decorrer da esfera internacional, por meio da aderência a novos tratados sobre o tema ou pela observância da jurisprudência dos tribunais internacionais, como também poderá se originar internamente, pelo trabalho do poder constituinte derivado ou pela atividade interpretativa dos tribunais⁴³.

Ademais, uma vez conquistados, os direitos fundamentais não podem ser abolidos ou atacados em seu núcleo essencial. Trata-se do chamado efeito *cliquet* ou *entrenchment*, “que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos”⁴⁴. Ramos aponta algumas normas constitucionais brasileiras que dão respaldo ao referido princípio, quais sejam:

1) Estado democrático de Direito (art. 1º, caput); 2) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); 3) aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º); 4) proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, caput, e ainda art. 5º, XXXVI); e 5) cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, IV [...] ⁴⁵.

A proibição ao retrocesso demonstra outra face dos direitos fundamentais – a sua progressividade e implementação gradual. Ademais, esse princípio também se faz presente no âmbito internacional, de forma que, em geral, os tratados novos não podem restringir direitos já assegurados anteriormente e os Estados não podem relaxar a proteção interna conferida aos direitos humanos⁴⁶.

Os direitos humanos fundamentais forma divididos pela Constituição brasileira em cinco categorias, embora a Lei Maior não seja exaustiva na sua previsão, em razão da cláusula de abertura prevista em seu artigo 5º, §2º⁴⁷. Assim, o Título II da Constituição dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os

⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2025. Acesso em 10 ago. 2024.

⁴³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 107.

⁴⁴ *Ibid.*, p.110-111.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

direitos políticos e os partidos políticos⁴⁸. A doutrina, por seu turno, tradicionalmente apresenta três gerações ou dimensões de direitos fundamentais, tomando como inspiração para tal designação o lema de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, bem como se “baseando num processo histórico de institucionalização”⁴⁹, representando “(u)m enredo que narra o esforço milenar de superação do arbítrio, do preconceito e da exploração”⁵⁰, de forma que surgem “sucessivamente, os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais.”⁵¹

A classificação dos direitos humanos fundamentais em gerações pode levar a crer que há entre cada momento histórico uma clara divisão ou, até mesmo, uma superação de um dado modelo por outro mais atualizado, por exemplo. Contudo, deve-se notar que os direitos fundamentais, conforme já foi exposto ao início deste capítulo, são efetivamente cumulativos e convivem tanto se complementando uns aos outros⁵² quanto tensionando os seus limites em situações de antinomias⁵³, devendo ser lembrado aqui o que já foi dito acerca da historicidade e demais características dessa categoria de direitos.

A Constituição, por sua vez, “não é unívoca na conceituação desses direitos”, usando termos de forma indistinta e variando na escolha das expressões apostas à norma⁵⁴. Isso porque os direitos serão individuais, transindividuais ou coletivos conforme se desenrolar o caso concreto. Tome-se como exemplo o objeto do presente estudo: o luto – este pode ser uma expressão individual, subjetivamente experimentada por cada pessoa que perde um ente querido, ou pode, ainda, se manifestar de forma coletiva, como diante de um desastre natural ou uma chacina que abale toda uma comunidade unida por laços em comum.

Em relação à extensão da cobertura de direitos, o ordenamento brasileiro é bastante abrangente, de forma que o artigo 1º do Código Civil prevê que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”⁵⁵, sem qualquer exclusão, cumprindo o mandamento constitucional

⁴⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁴⁹ ZOUÉIN, Luís Henrique Linhares. **Manual de direitos fundamentais: à luz do direito internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Cei, 2023. p. 36.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² ZOUÉIN, *op cit.*, p. 40.

⁵³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 21.

⁵⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022. p. 79.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

de igualdade esculpido no artigo 5º da CRFB⁵⁶. Ademais, conquanto o artigo 2º do Código Civil adote a chamada teoria natalista e considere que a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, o mesmo artigo coloca a salvo os direitos do nascituro⁵⁷, ampliando o escopo do ordenamento. Embora alguns doutrinadores entendam que tal previsão legal reservaria ao nascituro uma expectativa de direitos⁵⁸, o enunciado nº 1 do Conselho da Justiça Federal aduz que “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”⁵⁹, demonstrando que os direitos da personalidade são atribuíveis não apenas àqueles que ainda não nasceram, mas também aos mortos.

No outro extremo, o artigo 6º da Lei nº 10.406 prevê que é a morte o marco que define o fim da pessoa natural⁶⁰, sendo certo que, em geral, a doutrina e a jurisprudência adotam a morte cerebral como critério para aferir o fim da vida, considerando em especial o que dispõe o artigo 3º da Lei nº 9.434/97⁶¹ e buscando um critério minimamente objetivo e coerente. Conforme Anderson Schreiber, a situação da pessoa já falecida assemelha-se ao tratamento dispensado ao nascituro⁶². Flávio Tartuce, por sua vez, aponta que “o morto tem resquícios de personalidade civil, não se aplicando o art. 6º da codificação material aos direitos da personalidade.”⁶³ Tais considerações demonstram tanto a grande elasticidade conceitual dos direitos fundamentais como a sua expansividade subjetiva, englobando os mais diversos estados da existência humana e mesmo o “projeto de pós-vida”⁶⁴.

Diante de todo o exposto, mostra-se evidente que não há qualquer barreira ao reconhecimento do luto como gênero desta expansiva categoria que são os direitos fundamentais. Na realidade, há grande importância em tal providência, eis que o luto está

⁵⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 65-66.

⁵⁹ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

⁶² SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo** [ePUB]. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

⁶³ TARTUCE, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (2005). **Voto razonado del juez a corte interamericana de derechos humanos**, 2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_124_esp.doc. Acesso em: 12 mar. 2025.

essencialmente ligado à dignidade da pessoa humana e à categoria de danos espirituais reconhecida pelo Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, cuja proteção se faz necessária sempre que os ritos de respeito aos mortos de certos grupos são vilipendiados.

Diante desse panorama, é possível afirmar que a tutela jurídica das honrarias póstumas não se resume a uma formalidade protocolar, mas reflete uma necessidade existencial de reconhecimento da dor, da perda e da continuidade simbólica do laço com o falecido. As manifestações de luto – públicas ou privadas, religiosas ou laicas – são formas de expressão que traduzem, para além do sofrimento individual, um valor coletivo. Assim, negar ou restringir o direito à expressão ritual do luto representa não apenas um atentado à dignidade do morto, mas também uma violação à dignidade daquele que sofre, ameaçando os vínculos sociais e afetivos que sustentam a própria noção de humanidade⁶⁵.

A própria Constituição Federal brasileira, ao proteger a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º, III)⁶⁶, oferece base normativa para a tutela das manifestações de luto e das práticas funerárias que lhes dão expressão. Do mesmo modo, o princípio da liberdade religiosa (art. 5º, VI)⁶⁷ assegura o direito de cada grupo ou indivíduo de honrar seus mortos de acordo com suas crenças, tradições e rituais. Quando o Estado impede ou dificulta tais manifestações, ou ainda quando falha em assegurar o devido tratamento aos restos mortais, não se trata apenas de uma omissão administrativa, mas de uma violação a direitos fundamentais, com repercussões profundas na memória coletiva e no tecido afetivo de uma comunidade.

Por fim, a proteção jurídica das honrarias aos mortos deve ser compreendida como parte integrante da proteção à memória, à identidade e à história dos povos. O luto, como expressão dessa continuidade entre os vivos e os mortos, não pode ser reduzido a um evento privado ou emocionalmente marginal. Ele é, antes, um ato profundamente político e social, que exige do Estado uma postura ativa na garantia do direito à despedida, à ritualização e à lembrança. O reconhecimento do luto como direito, com implicações jurídicas concretas, representa, assim, um avanço civilizatório na afirmação da dignidade humana em todas as suas dimensões.

⁶⁵ BUTLER, Judith. **Quadros de guerra**: quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024. *E-book*.

⁶⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2025.

⁶⁷ *Ibid.*

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar que o luto, longe de se restringir a uma experiência meramente individual e privada, pode e deve ser reconhecido como um direito humano fundamental, por ser expressão direta da dignidade da pessoa humana e da memória coletiva. Por meio da análise do ordenamento jurídico brasileiro, da jurisprudência internacional e da reflexão teórica sobre os direitos da personalidade, ficou evidenciado que a proteção ao luto é compatível, e mesmo exigida, pelo arcabouço constitucional brasileiro, notadamente pela cláusula de abertura do artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988.

O reconhecimento do direito ao luto se revela não apenas como uma demanda social legítima, mas como uma necessidade jurídica para a garantia da integridade emocional, espiritual e comunitária dos indivíduos. O caso da Comunidade *Moiwana* vs. Suriname, examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi um marco na consolidação da categoria dos danos espirituais.

Dessa forma, afirmar o luto como direito fundamental é também afirmar o valor da vida, da memória e da solidariedade humana. Ao garantir o direito ao luto, o Estado reconhece o sofrimento como parte da condição humana e afirma o compromisso de respeitar e proteger a humanidade que resiste, inclusive, diante da morte.

REFERÊNCIAS

ABRITTA, Sérgio Parreiras. **Direito ao luto como direito fundamental**: coleção direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** [ePUB]. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fato e mitos; tradução Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUTLER, Judith. **Vida precária**: os poderes do luto e da violência. Belo Horizonte: Autêntica, 2023.

BUTLER, Judith. **A reivindicação de Antígona**: o parentesco entre a vida e a morte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2024. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL, **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

BRASIL. **Lei ° 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

BRASIL. **Lei ° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 11 mar. 2025.

BRASIL. **Lei ° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. **Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname**. Sentença de 15 de juho de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_por.pdf.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga: Um Estudo da Religião, do Direito e das Instituições da Grécia e Roma**. São Paulo: Montecristo, 2021. *E-book*.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FRANCO, Maria Helena Pereira. **O luto no século 21: uma compreensão abrangente do fenômeno**. São Paulo: Summus, 2021. *E-book*.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** [livro digital]. São Paulo: Companhia Editora Nacional. p. 32 Disponível em: https://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf.

KOVÁCS, Maria Júlia. Atitudes diante da morte: visão histórica social e cultural. *In*: KOVÁCS, Maria Júlia. **Morte e desenvolvimento humano**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992.

KOVÁCS, Maria Júlia. Representações de morte. *In*: KOVÁCS, Maria Júlia (coord.). **Morte e desenvolvimento humano**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência [livro digital]. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

NASCIMENTO, Fillipe Augusto dos Santos. **Manual de humanística**: Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreira Jurídicas. 3. ed. São Paulo: Juspodvim, 2024.

ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 13. ed. Campinas: Pontes Editores, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo** [ePUB]. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p.89-94, abr./jun. 1998, p. 92 *apud* RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

SUMMA. **Comunidad Moiwana**. Disponível em: summa.cejil.org/pt/entity/ak42s3l1k85dygb9. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro; tradução Beatriz Perrone- Moisés. 5. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. (2005). **Voto razonado del juez a corte interamericana de derechos humanos**, 2005. Disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_124_esp.doc.

ZOUEIN, Luís Henrique Linhares. **Manual de direitos fundamentais**: à luz do direito internacional dos direitos humanos. Belo Horizonte: Cej, 2023.