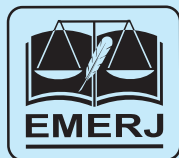




Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 21 - Número 2

2º semestre - 2023



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é um periódico científico publicado pelo Departamento de Pós-Graduação em Direito da EMERJ que visa construir uma relação do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, com o propósito de intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003-.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)

ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)

ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 340.05

CDU 34(05)

EQUIPE EDITORIAL

Editora-Chefe:

Dra. Cristina Tereza Gaulia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

Conselho Editorial:

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Me. Antonio Saldanha Palheiro, Brasília, Brasil.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Maria Thereza Assis Moura, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Dra. Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Carlos Aurélio Esplugues Mota, Universitat de València, Espanha.

Dr. Cléssio Moura de Souza, LL.M., University of the West of Scotland (UWS), Paisley, Escócia.

Dr. Diógenes Faria de Carvalho, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil.

Dr. Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Dr. Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Dr. Francesco Bilancia, Università degli Studi G. D'Annunzio "Chieti, Pescara, Itália.

Dra. Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional, IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil.

Dr. Ney de Barros Bello Filho, Universidade Federal do Maranhão UFMA, Brasil.

Dr. Ricardo Borrmann, Universität Bremen, Alemanha.

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)

Diretor-Geral

Desembargador Dr. Marco Aurélio Bezerra de Melo

Equipe Administrativa

Diretora do Departamento de Pós-Graduação em Direito:

Ma. Ana Cristina Willemann

Diretora da Divisão de Sec. Acadêmico-Científica/Revisão de texto:

Dra. Marta Maria Crespo Rodriguez

Execução Administrativa e Pesquisa:

Yanka Albertin Sodré da Silva

Fernanda Lidimara Barbosa

Produção Gráfico-Editorial

Chefe do Serviço de Design Gráfico:

Ébano Machel do Rosario Assis

Capa e Diagramação:

Rafaelle Neves

PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME

Anderson de Paiva Gabriel, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Benigna Teixeira Araujo Maia, Centro Universitário UniProcessus, Brasília, Brasil.
Cecília Hildebrand, Universidade Anhanguera de São Paulo, UNIAN/SP, Brasil.
Cleide Calgaro, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil.
Gisele Welsch, Faculdades João Paulo II, FJP, Brasil.
Hector Luiz Martins Figueira, Centro Universitário IBMR, Brasil.
Helena Freitas, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG, Brasil.
Lucélia de Sena Alves, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC-MG, Brasil.
Marcus Alexandre Motta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Mônica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Brasil.
Ricardo Borrmann, Universidade de Bremen, Alemanha.
Rosalina Moitta Pinto da Costa, Universidade Federal do Pará, UFPA, Brasil.
Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas, UFAM, Brasil.

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO	7
RECONHECIMENTO DE DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS, RECONCILIAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DO CASO AUSTRALIANO <i>Cristina Tereza Gaulia</i> <i>Ana Paula Teixeira Delgado</i>	8
ARQUITETURA DO PACTO FEDERATIVO EM MATÉRIA DE COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS: REFLEXÕES ACERCA DA ADIN Nº 4757-DF <i>Flávio Villela Ahmed</i>	27
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA RESULTA EM ESTUPRO DE VULNERÁVEL: VIOLÊNCIA DE GÊNERO REPRODUZIDA NO TEMPO PRESENTE <i>Joselma Ferreira Lima e Silva</i> <i>Luana da Cunha Lopes</i> <i>Maria Bernadete de Sousa C. Monte</i> <i>Daniel da Costa Araújo</i>	49
A CULPA CONTRA A LEGALIDADE E O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA <i>Patrícia Ribeiro Serra Vieira</i> <i>Ana Clara Oliveira de Sá</i>	65
A DEGENERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: QUAL É A LIÇÃO DE WEIMAR? <i>Pedro Estevam Alves Pinto Serrano</i> <i>Alessandra Lopes Santana de Mello</i>	83

POLÍTICAS PÚBLICAS E CONSENSOS: A RELEVÂNCIA DO CONSENSO PARA O ÊXITO DA POLÍTICA PÚBLICA, COM ATENÇÃO AOS “BUROCRATAS DE NÍVEL DA RUA” E DESTINATÁRIOS, E UMA PROPOSTA BASEADA NO MÉTODO DE ABORDAGEM CONSENSUAL <i>Rafael Alem Mello Ferreira</i> <i>Guilherme Martins Freire</i>	103
DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE: ANÁLISE CRÍTICA, FETICHIZAÇÃO E CENÁRIO MARANHENSE <i>Ruan Didier Bruzaca</i> <i>Sorimar Sabóia Amorim</i>	117
THE YANOMAMI’S TRADITIONAL BURIAL RITUALS AND THE STATE-IMPOSED LIMITATIONS DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC: A FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION <i>Erick Cavalcanti Linhares Lima</i> <i>Alcenir Gomes de Souza</i>	131

O ano 2023 se encerra com um retorno à normalidade. Uma normalidade pós-pandêmica, é verdade, mas, não obstante, a EMERJ retornou a seu fluxo regular de atividades de formação e treinamento de juízes e de futuros magistrados, estimulando a produção científica por meio da revista *Direito em Movimento* (Qualis B3) e das pesquisas acadêmico-profissionais em seu Observatório de Pesquisas Bryan Garth.

O novo volume da *Direito em Movimento* apresenta uma série de artigos de vários professores e doutores que integram o corpo docente, os núcleos de pesquisa da EMERJ e o corpo editorial da Revista, o que aprimora e intensifica a busca constante por um periódico singular, científico, bem indexado e qualificado pela CAPES.

Participam também da presente edição, com trabalhos científicos que interagem com o ideário do periódico, professores, doutores e juristas que têm palestrado e debatido temas de interesse através de encontros dos Fóruns Permanentes da EMERJ, criando o prolongamento desses debates atuais promovidos pela Escola, dentro de uma perspectiva do diálogo intercientífico e transdisciplinar.

Novos mestres e doutores, vindos de várias universidades nacionais e estrangeiras, colaboraram outrossim com o presente volume, enriquecendo as nossas publicações e visando superar obstáculos epistemológicos que impedem o avanço do Direito dentro de um contexto em que ainda não se problematizam as decisões judiciais.

A construção contemporânea do conhecimento requer que se afaste a neutralidade da produção científica, pois a conjuntura atual, na qual as ciências estão no centro dos debates, impõe cada vez mais a problematização das condições sociais que geram essa produção, consideradas as desigualdades e ideologias presentes, muitas vezes, no seio da própria comunidade científica. Somente assim alcançaremos avanços significativos no sistema de justiça.

Oportuno frisar que continuamos a investir na indexação da revista, agora com o Sherpa Romeo, um recurso on-line que agrega e analisa políticas de acesso aberto de editores de todo o mundo, revelando-se como um repositório internacional de políticas editoriais de periódicos.

Sublinhamos a importância, para os autores que conosco contribuem, que sejam escolhidas revistas indexadas, como a *Direito em Movimento*, pois só assim suas publicações serão encontradas em várias bases de dados, podendo ser citadas em outros trabalhos científicos.

Atualizamos nesta edição as normas de submissão dos textos encaminhados para publicação, conforme a ABNT 10520:2023, que aperfeiçoa o sistema de citações, o que reflete nas referências feitas ao longo dos textos.

Por outro lado, estamos tramitando a implementação do DOI (Digital Object Identifier – Identificador de Objeto Digital), que, ao lado do ISSN, revela-se como um padrão de números e letras que identifica as publicações.

O DOI permitirá que se faça, em breve, a identificação dos textos e publicações da revista *Direito em Movimento* exclusivamente em ambiente virtual, dando ao periódico singularidade e permanência das edições na web.

Não é demais trazermos também, nessas palavras iniciais do segundo número de 2023, que estaremos presentes no ABEC-Meeting, que acontece neste mês de novembro, em Foz do Iguaçu, com o que a EMERJ indica sua postura de procura constante de inovação de suas publicações científicas.

Uma palavra de agradecimento aos nossos autores e à secretária-geral da revista, Dra. Yanka Albertin, pelo compromisso, empenho e brilhantismo de todos e todas.

Compartilhamos da crença de Serrano, de que o estudo multidisciplinar é imprescindível à aquisição de consciência de que o Direito não deve ser instrumento de legitimação de arbitrariedades, e para que isso não ocorra, deve a ciência do Direito estar atenta às transformações políticas, econômicas e sociais que o circundam.

Desejamos aos leitores que a publicação possibilite reflexões sobre um Direito que deve manter-se em constante Movimento.

Desembargadora Dra. Cristina Tereza Gaulia

Editora-Chefe da Revista Direito em Movimento

RECONHECIMENTO DE DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS, RECONCILIAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DO CASO AUSTRALIANO

*Recognition of first nations peoples rights, reconciliation and public policy: analysis
of the australian case*

Cristina Tereza Gaulia*
Ana Paula Teixeira Delgado**

Resumo: O desenvolvimento histórico da Austrália foi profundamente marcado pela marginalização dos povos originários, compreendidos pelos aborígenes continentais e pelos povos que habitam as Ilhas do Estreito de Torres, no extremo norte do país. O processo colonial inglês resultou em violência prolongada contra esses povos e culminou em drástica diminuição populacional, além de segregação racial. Os resquícios do colonialismo permaneceram nas estruturas políticas e sociais, culminando no sequestro de crianças e adolescentes para aculturação, o que deu origem às chamadas “gerações roubadas”. Apesar do processo de exclusão e invisibilização, o governo australiano, mobilizado pelas organizações indígenas, vem reconhecendo os direitos desses grupos na legislação e promoveu o chamado *acknowledgement*, ou seja, o reconhecimento de seus direitos e a reparação pelas violações sofridas, por meio da adoção de leis e da implementação de políticas públicas. Contudo, apesar dos avanços e da efetivação de programas de inclusão, resta a necessidade de reconhecer os direitos em âmbito constitucional, revelando-se um caso emblemático sobre a dificuldade de proteção dos povos originários na moldura estatal.

Palavras-chave: direitos humanos; Austrália; povos aborígenes.

Abstract: The historical development of Australia was profoundly marked by the marginalization of the native peoples, which are the continental aborigines and the peoples that inhabit the island of the Torres Strait, in the northern part of the country. The English colonial process resulted in prolonged violence against these peoples and resulted in a drastic population decline and racial segregation. The remnants of colonialism remained in political and social structures, culminating in the kidnapping of children and teenagers for acculturation, which gave rise to the so called “stolen generations”. Despite the exclusion and invisibilization process, the Australian government, mobilized by indigenous organizations, has been recognizing the rights of these groups in the legislation and promoted the so called *acknowledgement*, that is, the recognition of their rights and historical reparation for the violations suffered, through the adoption of measures, laws and the implementation of public policies. However, despite the advances and the implementation of inclusion programs, the need for assuring rights remains at the constitutional level, constituting an emblematic case about the difficulty of first nations protection in the state framework.

Keywords: human rights; Australia; aboriginal peoples.

Submissão em: 13/09/2023
Aprovação em: 27/09/2023
05/10/2023

* Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

** Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora do Curso de Especialização em Direito Público e Privado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar, dentro da moldura do Estado australiano, a evolução dos direitos de seus povos originários, que são os aborígenes, e os povos das Ilhas do Estreito de Torres. Apesar de todas as diferenças, Austrália e Brasil guardam similitude no tocante à formação colonial, fundada na lógica mercantilista da exploração dos recursos da terra e de violência contra os grupos nativos originários. Na Austrália, como no Brasil, esses povos sofreram ataques constantes desde o início da colonização. A população australiana compreende cerca de 25 milhões de habitantes, dos quais apenas 500 mil são descendentes dos povos originários. No Brasil, 0,83% da população se declara indígena, em torno de 1.693.535 indivíduos (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2022), havendo maior concentração destes nas regiões Norte e Centro-Oeste, justamente as mais visadas em projetos de agronegócio e mineração.

Para esse fim, abordam-se os estudos sobre colonialismo, pós-colonialismo e decolonialismo, essenciais para a compreensão da influência do Império Britânico na formação social, política e cultural da Austrália, a qual se refletiu nas estruturas hierárquicas que persistem no país, frutos da herança do passado colonial. Nesse sentido, o pensamento decolonial é altamente relevante para desconstruir padrões, conceitos e perspectivas impostos aos povos aborígenes subalternizados durante todos esses anos, configurando também uma crítica direta ao modelo capitalista.

A seguir, passa-se ao exame histórico do desenvolvimento político e social da Austrália, a partir das tentativas de extermínio dos povos tradicionais desde a colonização até a atualidade, destacando-se o genocídio cometido contra os povos aborígenes, inclusive às suas famílias, mediante a separação forçada de crianças e adolescentes para aculturação em escolas religiosas, o que, décadas depois, deu origem à publicação do Relatório *Bringing Them Home*¹ (Human Rights and Equal Opportunity Commission, 1997), que constituiu um importante passo para o reconhecimento da responsabilidade do Estado no tocante às violações perpetradas.

Aborda-se a reivindicação tanto dos povos aborígenes como a dos habitantes das Ilhas do Estreito de Torres ao reconhecimento de direitos, bem como o despertar do processo de tomada de consciência do Estado australiano no sentido de reparar os danos cometidos, construindo uma proposta nacional de reconciliação. Para tanto, verificam-se medidas concernentes à reformulação da legislação e à adoção de políticas públicas inclusivas e indenizatórias, paralelamente ao processo

¹ O Relatório *Bringing them Home*, publicado em 1997 pela Comissão de Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades da Austrália (HREOC), investigou e esclareceu as graves violações de direitos humanos sofridas pelas crianças e adolescentes aborígenes e do Estreito das Ilhas de Torres, retiradas do convívio familiar a partir de 1910 a 1970 para aculturação em instituições religiosas.

preparatório para o referendo sobre o reconhecimento constitucional dos direitos dos povos originários.

Foi realizado levantamento bibliográfico, legislativo e através de *sites* de organizações não governamentais e da mídia eletrônica, obtendo-se dados sobre a situação dos povos originários na Austrália desde o início da colonização até os dias de hoje.

A metodologia empregada foi a dedutiva, utilizando-se, como método, a pesquisa bibliográfica, a legislativa e a jurisprudencial, tendo sido desenvolvido o estudo sob o enfoque interdisciplinar e com base nas exposições empíricas, levando ainda em conta visitas e observações feitas na cidade de Melbourne, Austrália, por ocasião de participação no XX ISA *World Congress*, ocorrido em junho de 2023².

1 COLONIALISMO, PÓS-COLONIALISMO E OS POVOS ORIGINÁRIOS

Brasil e Austrália, a despeito de apresentarem inúmeras diferenças, foram forjados com base no colonialismo fundado na concepção eurocêntrica. Para Frantz Fanon (1961, p.36), a colonização sempre é um processo violento, que desumaniza o colonizado, negando-lhe seu passado, sua essência e seus valores: “O colonialismo não é uma máquina de pensar, não é um corpo dotado de razão. É a violência em estado de natureza”. De acordo com o autor martinicano, a violência constitui uma característica do sistema colonial, que constrói e perpetua estereótipos, ao mesmo tempo em que destrói tradições e a cultura local. Por essa óptica, o colonizado é definido pelo dominador como um ser inferior, desprovido de moral.

Em contraposição ao colonialismo, Fanon (1961) defendia a luta armada revolucionária como frente comum contra a dominação externa. Somente dessa forma – como escreveu o filósofo existencialista francês Jean-Paul Sartre no prólogo à obra do martinicano –, o colonizado se curaria da neurose colonial, ao expulsar o estrangeiro pelas armas. Tratava-se de resposta violenta, resultante de um processo bárbaro, excludente e opressor. Somente a partir daí, seria possível a reestruturação das sociedades colonizadas, que teriam de volta a humanidade que lhes fora roubada.

Na concepção de Nascimento (2016), o colonizador, ainda que se proponha a estar do lado do colonizado e a participar de iniciativas anticoloniais, sempre atuará como opressor. Dessa forma, as consciências de colonizadores e colonizados seriam completamente opostas e inconciliáveis, o que justificaria, como reflexo, um comportamento de extrema defesa do território e das culturas locais.

² A *International Sociological Association* (ISA) realiza congressos quadrienais mundiais. A edição realizada em 2023 na cidade de Melbourne foi a vigésima e teve como tema *Resurgent Authoritarianism: Sociology of New Entanglements of Religions, Politics and Economics*.

A despeito do processo histórico-administrativo de desligamento dos países colonizadores de suas ex-colônias, vários mecanismos de matiz social, histórico e político perpetuam, ainda hoje, a lógica da colonização. Observa-se que os elementos herdados do processo colonial permanecem presentes na sociedade, dando continuidade a práticas que alimentam a subalternização, o racismo e o desprezo pela ancestralidade.

Visa-se romper o padrão de pensamento ocidentalista na construção do outro e seus múltiplos efeitos nos Estados que são ex-colônias. As teorias pós-coloniais representam, assim, uma ruptura com o ocidentalismo, objetivando, de forma crítico-reflexiva, descortinar relações de poder assimétricas que implicam as abordagens críticas de tal teoria (Melo; Benzaquen, 2022).

Para Edward Said (2011), intelectual que denuncia os discursos dominantes e enfatiza a produção de um conhecimento capaz de contribuir para a emancipação dos povos que sofreram colonização, é ilusório acreditar que esses fatores de hierarquização e opressão terminaram com o fim do colonialismo direto e de suas práticas contra os povos nativos. Ao contrário, Said (2011) pensa que a essência do colonialismo ainda está presente nas sociedades, podendo ser observada através de diversos comportamentos, tais como exploração/dominação/conflito, a partir de golpes, guerras e de signos de perpetuação da exclusão.

Nos espaços acadêmicos há distinções entre estudos pós-coloniais e decolonialismo. O primeiro trata de um conjunto de estudos provenientes do mundo europeu anglo-saxão, os quais analisam, de forma crítica, questionamentos dos fundamentos sociais, epistemológicos e culturais produzidos pelo eurocentrismo. Por sua vez, o decolonialismo refere-se a um processo contínuo de tornar pensamentos e ações cada vez mais dissociados da colonialidade (Gonzaga, 2022). No Brasil, o conceito vem sendo ligado aos estudos do grupo Modernidade/Colonialidade/Decolonialidade (MCD). Para esse grupo, a perspectiva pós-colonial inverte o nosso olhar ao colocar o Sul, por exemplo, como referência para o Norte, ao passo que o pensamento decolonial busca mudar os termos e pensar para além da dualidade Sul e Norte, que não deixam de ser formas eurocêntricas de análise dos fatos sociais.

Neste aspecto, dialoga-se com Connell e Pearse (2015) que, ao tratarem de questões de gênero, apontam que devem os cientistas sociais enfatizar “um ponto de vista inclusive em termos globais”. Assim, a dicotomia Norte Global *versus* Sul Global deve ser revisitada para que a diversidade global possa de fato ser vista no contexto coletivo.

O discurso sectário e hierárquico entre colonizador e colonizado traz também outras reflexões, como a xenofobia, o racismo e o desprezo pelas culturas e pela cosmovisão indígena, as quais impactam diretamente a própria concepção de direitos humanos, que passam a ser relativizados. A ideia de dignidade humana, aparentemente universal, não se aplica de fato a todos os seres humanos. Importante registrar que, em ex-colônias, cria-se uma hierarquia entre descendentes de

européus e de povos originários, estes estereotipados como primitivos. Kilomba (2019, p.53) refere que até e inclusive nas academias “qualquer forma de saber que não se enquadre na ordem eurocêntrica de conhecimento” é rejeitada por não constituir ciência credível.

A exemplo dos povos nativos australianos e das sistemáticas violações aos povos indígenas no Brasil³, infere-se a necessidade de se observar os direitos humanos a partir de uma experiência colonial. Universalizar direitos humanos não importa em se adotar concepções eurocêntricas de humanidade. É preciso reconhecer a vigência de uma geopolítica do conhecimento que permite ao conhecimento ocidental arrogar-se uma posição universalista e de superioridade epistêmica, pela qual se veio a subalternizar outros saberes por serem locais e, dessa forma, considerados não conhecimento. O giro decolonial busca formas de superar o problema da colonialidade do saber, conceito proposto por autores decoloniais e que está diretamente associado à diferença colonial e à geopolítica do conhecimento (Góes, 2020).

As experiências e os saberes dos povos originários consideram o universo em sua totalidade e inserem o ser humano em uma complexa rede de relações que envolvem todos os seres vivos, integrando os seres humanos em um sistema maior de vida no planeta. Essas cosmologias não se confundem e nem podem ser contidas dentro da lógica materialista e mercadológica do colonizador. Do ponto de vista ocidental, e centrado na razão europeia, as formas de conhecimento e de expressão dos povos originários estariam em desvantagem, pois ainda seriam vistas como menos complexas, menos científicas e mais primitivas. Como bem diz Krenak (2020), a humanidade foi forjada em uma lógica excludente, que hierarquiza seus próprios integrantes e objetifica a natureza. Ao estabelecer a relação de sujeito-objeto com a natureza, a humanidade despessoaliza os seres vivos e não vivos e os torna tão somente aptos à atividade industrial e extrativista.

Outra reflexão suscitada pelo líder indígena diz respeito ao fim de outros mundos, o que, segundo o mesmo (2019), teria ocorrido diversas vezes, bem como à necessidade de se adiar o fim dos mundos restantes diante do contínuo cenário de destruição ambiental que se apresenta. Não se trata aqui de outras narrativas, mas de outros mundos, como ocorreu no caso da colonização na América Latina e na própria Austrália, em que se exterminaram várias etnias nativas.

Uma vez que a razão colonial é antropocêntrica, funda-se na ideia de que o ser humano, por ter natureza racional, se sobrepõe aos demais. Desse modo, a arrogância do colonialismo antropocêntrico não admite uma cosmovisão diversa daquela em que o ser humano é a referência

³ No Brasil, o Projeto de Lei sobre o Marco Temporal (PL 2.903/2023) será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado antes de ser votado no Plenário. A proposta, que tramita desde 2007, suscita debates, uma vez que se propõe a restringir a demarcação de terras indígenas àquelas tradicionalmente ocupadas por esses povos em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição. Os opositores ao texto temem que a proteção aos povos indígenas e ao meio ambiente fique prejudicada, enquanto os defensores apontam que a matéria pode trazer mais segurança jurídica e incentivar a produção agropecuária. Nos termos do Projeto de Lei, para que uma área seja considerada “terra indígena tradicionalmente ocupada”, será preciso comprovar que, na data de promulgação da Constituição, ela era habitada pela comunidade indígena em caráter permanente e com atividades produtivas.

máxima, tampouco outras humanidades diversas, as quais são relegadas à sub-humanidade por não aceitarem a marcada distinção entre seres humanos e demais seres terrestres. Isso porque, diferentemente da humanidade dita “civilizada”, os povos originários dos vários continentes concebem os seres humanos de forma interligada à natureza, integrando-os como parte do planeta enquanto organismo vivo.

Neste contexto, adiar o fim desse mundo que restou implica reformular a própria noção de humanidade – constituída por seres racionais hierarquizados e utilitaristas. A humanidade que homogeneizou o mundo e o transformou em reservatório para a produção de mercadorias com vistas à acumulação desmesurada, desvalorizou-o metafisicamente e destruiu mundos – ecossistemas, crenças, culturas e pensamentos. Dada a sua falência, tal projeto precisa ser repensado sob os escombros deste mundo para dar lugar a uma nova proposta, em que haja uma rede indissociável de interdependências entre o humano e o não humano em plena comunhão com a natureza.

Nesse cenário, são relevantes as considerações de Enrique Dussel sobre a ética da libertação e sua aposta nos caminhos possíveis que os movimentos sociais abrem, sublinhando que:

Trata-se de novos movimentos sociais, políticos, econômicos, raciais, ecológicos, do gênero, étnicos, etc., que surgem no final desse século XX. Luta pelo reconhecimento de vítimas que operam *transformações* em diversas “frentes de libertação” que esta Ética da Libertação fundamenta e legitima, podendo dar uma certa orientação, a partir de critérios e princípios éticos, no dia a dia, para o exercício da práxis da libertação, desde as vítimas, de normas, ações, microestruturas, instituições ou sistemas de eticidade [...] trata-se de uma ética [...] que parte da vida cotidiana [...] que leva em conta a factibilidade empírica, e sempre a partir das vítimas a todos os níveis intersubjetivos possíveis [...] que tais motivações são pulsionais, afetivas, instaladas no superego crítico, frequentemente não intencional, desde conjunturas sociais apoiadas em valores culturais, em causas históricas, biográficas, de responsabilidade, solidariedade, etc. que a ética filosófica exprime articulada, arquitetônica e racionalmente por meio de princípios que subsumem essas estruturas não predicamentais *sempre implícitas* (Dussel, 2012, p.13-14).

Assim, é preciso estar atento para combater as tentativas de imposição de retrocessos: manter a vigilância, lutar pela prevalência da coerência e pelos preceitos éticos, assim como buscar os caminhos possíveis para alcançar a universalidade e a efetividade dos direitos humanos.

2 A SOCIEDADE AUSTRALIANA E OS POVOS ABORÍGENES: DA COLONIZAÇÃO AO RELATÓRIO *BRINGING THEM HOME*

A Austrália é considerada, em termos geográficos, a maior ilha do planeta e ocupa a maior parte da Oceania. Considerado o sexto país do mundo em extensão, a Austrália adota uma economia de livre mercado, contando com elevado PIB per capita, baixa taxa de pobreza e altos índices de desenvolvimento humano e tecnológico. Possuía, em 2019, uma população total de cerca de 26 milhões de pessoas, concentrada em grandes cidades próximas ao litoral, com quase 76% destas tendo

ascendência europeia, seguida de imigrantes asiáticos, em razão de fluxos migratórios iniciados no século XX. As populações aborígenes e os habitantes das Ilhas do Estreito de Torres⁴ representavam aproximadamente 984 mil pessoas (3,8% da população total do país) em 2021 (Australian Bureau of Statistics, 2021).

Os povos originários que habitaram a Austrália pré-colonial contavam com cerca de 320 mil membros, professando cerca de 150 línguas e dialetos, distribuídos de maneira homogênea pelo continente. Estima-se que os povos aborígenes tenham se fixado na Austrália cerca de 65 mil a 75 mil anos antes da chegada dos colonos ingleses, o que ocorreu no século XVIII. A astronomia empírica dos aborígenes contribuiu para o conhecimento formal, principalmente ao associar a observação do céu com o clima, a fauna e a flora de cada região. Distintamente do conhecimento formal, a cosmologia indígena aborígene foi transmitida de geração a geração através da oralidade, segundo o conhecimento tradicional. Muitas lendas, formas de arte, música e cerimônias têm origem em interpretações de fenômenos astronômicos, com significados místicos e espirituais.

Registra-se que a colonização inglesa teve seu início efetivo no ano de 1778, com a chegada de 160 mil presidiários ingleses (Rocha; Martins; Botelho; Ramos, 2012). A exemplo de experiências pretéritas em outros continentes, o contato entre ingleses e nativos foi hostil e resultou em violência e extermínio das populações originárias, deixando um legado de exclusão e de invisibilidade.

No decorrer do século XIX, as tensões aumentaram e, a despeito do trabalho forçado ao qual os povos originários eram submetidos, os brancos os consideravam preguiçosos (West; Murphy, 2010), à semelhança da concepção do colonizador português no tocante aos indígenas brasileiros⁵. Tal ideia se deve ao desconhecimento geral das culturas nativas e ao fato de serem encarados sob a perspectiva da cultura do colonizador, pautada em alicerces capitalistas e no conceito de lucro, de exploração e de acumulação do capital (Gonzaga, 2022).

Em meados do século XIX, ao processo de desumanização dos aborígenes foi acrescentado o processo de higienização racial⁶. Além dos massacres por conflitos de terras, o acometimento de

⁴ As Ilhas do Estreito de Torres, localizadas ao sul da Papua Nova-Guiné, são habitadas por povos indígenas, cujas características étnico-culturais estão mais próximas às dos povos da Melanésia, razão pela qual são referidos de maneira distinta. Suas reivindicações concentram-se no reconhecimento de seus direitos, enquanto povos originários, na Constituição australiana.

⁵ Os colonizadores portugueses associaram os indígenas à indolência, em virtude de seus hábitos e valores distintos dos europeus. As sociedades indígenas prezam pela ligação com a natureza e respeito à sabedoria dos anciãos. Diferentemente do modelo de acumulação capitalista, os indígenas não possuem a necessidade de produzir excedentes para um acúmulo, restando tempo para outras atividades como a dedicação à família, ao meio ambiente e para a realização de rituais.

⁶ Por eugenia ou higienização racial compreende-se o aperfeiçoamento físico e intelectual da raça a partir de medidas sociais e políticas como restrição à imigração, a esterilização de mestiços, pessoas com deficiências, de doenças infecciosas e degenerativas, casamentos entre “raças” diferentes e genocídio. A prática da eugenia remonta à Antiguidade Clássica e estava presente na cidade-estado grega de Esparta, na qual os recém-nascidos eram submetidos a um Conselho de Anciãos. Caso se verificasse alguma anomalia, o bebê era lançado à morte. Na Idade Média havia estratégias de inferiorização de certos grupos para justificar perseguições, a exemplo de judeus e muçulmanos. Posteriormente, com a expansão marítima e advento das colônias do Novo Mundo, a eugenia encontrou campo fértil no colonialismo do século XX, além de ter constituído uma característica importante do nazismo.

doenças contraídas em contato com os brancos causou o desaparecimento de etnias, a exemplo do povo Ngaiawong, que desapareceu por completo, assim como suas tradições e seus idiomas (Perini, 2022).

Os impactos da colonização nas populações aborígenes diferenciaram-se de acordo com a ordem de ocupação das regiões do país. Os povos que habitavam as regiões do sudeste, litoral do leste e sudoeste, primeiras áreas da Austrália a serem ocupadas, sofreram com maior intensidade do que os povos das demais regiões do país que iriam ser exploradas posteriormente (Baines, 1993). Realizou-se também uma categorização de acordo com critérios de raça e miscigenação entre os aborígenes de cada região, a saber, de “sangue puro”, os "*full-blood*", com predominância nos estados do norte, e "*half-castes*", "*mixed blood*", predominantemente no sul.

Em 1901, os estados da Coroa Britânica – Nova Gales do Sul, Queensland, Austrália Meridional, Tasmânia, Victoria e Austrália Ocidental – criaram uma federação e, formalmente, a Austrália passou a existir como Estado com a entrada em vigor de sua Constituição em 1º de janeiro de 1901.

A lógica de extermínios dos povos aborígenes persistiu. Em 1930, estimava-se que a Austrália possuía cerca de 80 mil indígenas, cerca da quarta parte da população pré-colonial, estes que somente em 1948 passaram a ser considerados cidadãos australianos. Entretanto, tratava-se de estatuto extremamente paradoxal, pois ainda assim eram classificados como pessoas sem dignidade, portanto sem direitos. Tal “cidadania” não lhes conferia sequer direitos políticos, o que foi adquirido somente em 1967. No Brasil, de acordo com o Código Civil da República, aprovado em 1916, os indígenas eram considerados “relativamente incapazes” de exercerem seus direitos e somente com o advento do Código Civil de 2002, os indígenas deixaram de ser tratados como relativamente incapazes. Já as pessoas escravizadas, uma imensa maioria de pessoas negras, advindas da África, eram consideradas “coisas” na forma da lei brasileira⁷.

Os australianos brancos, até 1950, devido à influência da Inglaterra no processo de colonização e na formação de sua cultura, eram caracterizados como europeus britânicos, e essa era a percepção que a própria população tinha de si, de acordo com Baines (1993). Ademais, a pertença à aristocracia britânica reforçava essa noção. O povo australiano não possuía de fato identidade própria, pois ainda se espelhava em seus colonizadores como referência de comportamento, de cultura e, principalmente, na seleção de nomenclaturas para caracterizar seu povo. E ademais, não tinha um “lugar, inclusive de fala” (Ribeiro, 2020). Por analogia ao que Grada Kilomba menciona sobre a

⁷ Portanto, manifesto que o escravo possuía, ao lado de sua condição de personae, a natureza de coisa, tendo em vista que sobre ele, poderiam recair inclusive direitos reais de garantias (Campello, 2013).

impossibilidade de a mulher negra ter efetivamente um lugar de fala nas sociedades brancas, também aos povos colonizados é negado um efetivo lugar de fala, de onde o mesmo seja ouvido e escutado⁸.

Segundo Baines (1993), todos esses fatores são resquícios deixados pela colonização, em relação à formação de identidade do povo australiano e ao seu sentimento de pertencimento. O processo de colonização afetou diretamente a formação e a representatividade cultural da população, assumindo, ainda e sempre, a Inglaterra como referencial e, conseqüentemente, não reconhecendo seus próprios aspectos culturais e históricos. Somente após a Segunda Guerra Mundial, o povo australiano passou a desenvolver um senso de identidade própria, desapegando-se das tradições político-culturais do Reino Unido.

Além da política de segregação e de genocídio, iniciada no século XVIII e levada a cabo no século seguinte, crianças aborígenes foram separadas de seus pais à força e submetidas a trabalhos forçados para colonizadores a pretexto da necessidade de serem “socializadas”, visto que os nativos eram tratados como primitivos. Em uma segunda etapa, no início do século XX, essas crianças passaram a ser retiradas de maneira coercitiva de seus núcleos familiares, sendo enviadas para escolas religiosas, espécies de internatos onde sofriam toda sorte de violência física, moral e, até mesmo, sexual, sob o pretexto da necessidade de aprenderem valores europeus e cristãos.

Trata-se de situação semelhante ao que ocorrera com relação aos indígenas (Primeiras Nações, Inuíts e Métis) no Canadá, na qual as crianças foram retiradas arbitrariamente de seus pais para anulação da cultura e das crenças de seus povos (Baines, 2000). Segundo informações da Comissão da Verdade e da Reconciliação do Canadá, desde a invasão, apurou-se se que as igrejas realizavam uma sistemática ação de destruição da cultura, através da evangelização pela igreja católica, mas também por meio das igrejas metodistas, anglicanas e presbiterianas. Em 1840, o Estado canadense assumiu oficialmente uma parceria com essas denominações cristãs, ao criar as primeiras escolas para indígenas na cidade de Ontário, o que persistiu até 1990. Igualmente, nos Estados Unidos da América, tal técnica de aculturação foi levada a efeito. Desde 1819, com a criação do Fundo de Lei da Civilização Indígena, os EUA, em conjunto com várias denominações da Igreja Cristã, adotaram uma política pública de internato para implementar um tipo de genocídio cultural e reprogramar crianças indígenas e nativas objetivando a sistemática destruição de suas culturas e comunidades (The National [...], 2022).

No Brasil, tivemos igual experiência com as missões dos jesuítas para “civilizar” os indígenas brasileiros. Por sua vez, na Austrália, considerando a categorização dos aborígenes (“*full-blood*”, “*half-castes*”, “*mixed blood*”), os agentes do Estado passaram a fazer a transferência forçada

⁸ Kilomba (2019) refere que é impossível para a subalterna falar ou recuperar sua voz, e mesmo que ela tivesse hesitado, sua voz ainda não seria escutada ou compreendida pelos que estão no poder. Nesse sentido, a subalterna não pode, de fato, falar. Ela está sempre confinada à posição de marginalidade e silêncio que o pós-colonialismo prescreve.

de crianças de seus grupos étnicos, caracterizados de sangue puro ou com alguma ascendência, para instituições missionárias do próprio Estado.

É imperioso registrar que, nos termos do art. 6º do Estatuto de Roma (1998), que instituiu o Tribunal Penal Internacional, o ato de efetuar a transferência forçada de crianças desde o seu grupo para outro grupo constitui genocídio. No mesmo sentido, preceitua a Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, promulgada em 1948 sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (2007)⁹. Portanto, para além de assassinatos, visando à destruição total ou parcial de um povo, há outras condutas que o Direito Internacional dos Direitos Humanos considera genocídio. Percebe-se, assim, que houve múltiplas violações no tocante aos direitos dos povos aborígenes na Austrália, desde o século XVIII, as quais persistiram nos séculos seguintes.

A atuação e o desenvolvimento de movimentos de defesa dos povos aborígenes viabilizaram a criação de possibilidades para a abertura de inquérito, visando à investigação das violações perpetradas contra crianças e adolescentes no período de 1910 a 1980, conformando a denominada “Geração Roubada”¹⁰.

Em 1995, foi aberto inquérito, por meio da Comissão de Direitos Humanos e Igualdade de Oportunidades (HREOC), que possuía inicialmente o objetivo de quantificar o número de crianças que foram subtraídas de suas famílias e as condições em que tal havia ocorrido (Vidal, 2022). O relatório traduz o começo de uma nova fase, caracterizada pelo reconhecimento de violações cometidas contra os povos originários da Austrália, aborígenes e nativos do Estreito de Torres, com vistas à reparação e à inclusão. Nas palavras da exposição de motivos, trata-se de um tributo à força e às lutas de muitos milhares de aborígenes e ilhéus do Estreito de Torres afetados pela remoção forçada¹¹.

A fim de apurar as violações sofridas pelas “gerações roubadas”, os integrantes da Comissão ouviram os povos *Aboriginal and Torres Strait Islander* (ATSI) e buscaram compreender a extensão de todos os impactos por eles sofridos. Em 1997, as investigações resultaram no Relatório *Bringing*

⁹ Artigo II: Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

¹⁰ A expressão “gerações roubadas” ou “geração roubada” refere-se às crianças e adolescentes retirados de suas famílias no período de 1910 até a década de 1980 para serem educados e socializados em abrigos religiosos, em convênio com o governo australiano

¹¹ “This report is a tribute to the strength and struggles of many thousands of Aboriginal and Torres Strait Islander people affected by forcible removal. We acknowledge the hardships they endured and the sacrifices they made. We remember and lament all the children who will never come home. We dedicate this report with thanks and admiration to those who found the strength to tell their stories to the Inquiry and to the generations of Aboriginal and Torres Strait Islander people separated from their families and communities” (Commonwealth[...], 1997).

them Home, que contribuiu para descortinar as violações perpetradas e reconhecer a responsabilidade do Estado australiano no cometimento de genocídio. Ademais, teve importante papel em promover a supressão de leis que permitiam as práticas das políticas passadas, as quais culminaram nas “gerações roubadas”, além de apontar para a necessidade de mudança de leis, efetuando políticas voltadas especificamente para as pessoas ATSI.

O Relatório *Bringing them Home* realizado foi equiparado ao trabalho de comissões de verdade históricas constituídas em outros países, com a função de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica, buscando recuperar anos de negligência por parte do Estado (Vijayarasa, 2007). A exemplo de outras comissões da verdade, como a estabelecida no Canadá para apuração do genocídio e sequestro de indígenas, os temas e polêmicas trazidos à tona revelaram os desafios e os limites para uma efetiva justiça de transição, que buscasse reconciliar o passado com o presente e fosse capaz de conferir efetividade ao citado Relatório¹².

Em que pese o Relatório constituir um importante passo para o reconhecimento da responsabilidade do Estado no tocante às denominadas “gerações roubadas”, inaugurando nova fase no que concerne à conscientização da necessidade de reformulação da legislação e da adoção de políticas públicas inclusivas e reparadoras, há questões que não foram enfrentadas. O relatório não explorou os danos trazidos aos familiares das crianças e adolescentes sequestrados, sobretudo aos pais (Payane, 2018).

Além de toda a carga de preconceito já existente na sociedade australiana, pais e mães aborígenes foram estigmatizados como incapazes de conferir uma educação digna aos seus filhos, de acordo com a narrativa forjada. Não bastasse o sofrimento por seus filhos serem levados pelo Estado, os pais, tão vítimas como seus filhos, foram culpabilizados. Nesse sentido, o próprio Relatório reconhece a falta de oitiva e de participação dos pais ao longo do inquérito, o que acabou por criar um déficit de legitimidade. Vale destacar que a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, sob os auspícios da ONU, reconhece o direito de as famílias e as comunidades indígenas continuarem a compartilhar a responsabilidade pela formação, pela educação e pelo bem-estar dos seus filhos, em conformidade com os direitos da criança.

O relatório também se preocupou em possibilitar que os integrantes das “gerações roubadas” possuíssem o direito de obter informações sobre sua origem e famílias sem qualquer óbice. A fim de viabilizar que os aborígenes tenham acesso a informações mantidas pelo governo e pelas igrejas, a

¹² As comissões da verdade também tiveram importante papel na apuração dos crimes perpetrados por ditaduras. Na América Latina, em virtude das instabilidades institucionais, foram criadas comissões da verdade para apurar violações ocorridas nos governos autoritários do Uruguai, Chile, Paraguai, Argentina e Brasil. Neste último, a Comissão Nacional da Verdade foi instituída pela Lei n. 12.528/11 e teve por objetivo apurar graves violações aos direitos humanos praticadas pelo Estado brasileiro entre 1946 a 1988, tendo encerrado suas atividades em 2014, com a entrega de um relatório à Presidenta Dilma Rousseff.

Recomendação número 27 do Relatório¹³ preceitua que cada estado e território australiano deve consultar os serviços das populações originárias relevantes para estabelecer um sistema de informação sobre a ancestralidade das famílias aborígenes.

3 ACKNOWLEDGEMENT, DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POPULAÇÕES INDÍGENAS NA MOLDURA ESTATAL

O desenvolvimento histórico da Austrália foi caracterizado pela marginalização dos povos originários. Todavia, toda a violência e opressão sofridas geraram fortes movimentos pela luta de direitos. Conforme mencionado, o direito ao voto foi adquirido somente em 1967, ocasião em que deixaram de ser reconhecidos como parte da fauna e da flora e passaram a ter o direito de integrarem o censo, para efeito de recenseamento demográfico. Em 2012, já com uma organização social consistente, os aborígenes australianos reivindicaram mudanças na lei para exclusão das normas que impediam o eleitor de votar em razão de sua raça e de outras normas segregadoras, que limitavam direitos fundamentais somente em função da raça. Por óbvio, tais normas não se coadunavam com uma Monarquia Constitucional parlamentarista¹⁴.

Em 2008, o primeiro ministro australiano da época, Kevin Rudd, desculpou-se oficialmente pelo genocídio dos aborígenes e pela retirada forçada de crianças e adolescentes de seus pais para passarem pelo processo de aculturação. No ano de 2013, o Parlamento Australiano aprovou lei que reconheceu os povos aborígenes como os primeiros habitantes do país, objetivando assim reparar as omissões para permitir que todos aceitem o futuro como um povo unido. O reconhecimento, denominado *Acknowledgement*, reveste-se de importante valor simbólico na luta por direitos dos aborígenes e dos povos das Ilhas do Estreito de Torres, abrindo caminho para maiores mudanças jurídicas, sociais e culturais no país.

O *Acknowledgement* visa criar condições na sociedade, por meio de uma tomada de consciência coletiva, para que a duração e a qualidade de vida dos australianos não sejam definidas por sua identidade étnico-racial. Essa tomada de consciência permeia cinco dimensões,

¹³ “Recommendation 27: That the Commonwealth and each State and Territory Government, in consultation with relevant Indigenous services and its Records Taskforce, establish an Indigenous Family Information Service to operate as a ‘first stop shop’ for people seeking information about and referral to records held by the government and by churches. That these Services be staffed by Indigenous people. That to support these Services each government and church record agency nominate a designated contact officer” (Human [...], 1997).

¹⁴ O Commonwealth da Austrália foi formado em 1901 como resultado de um acordo entre as seis colônias britânicas autorreguladas, que se tornaram seis estados. Os termos deste acordo estão consagrados na Constituição da Austrália, que foi elaborada em uma Convenção Constitucional e ratificada pelos povos das colônias em referendos. A Austrália é uma monarquia constitucional com sistema parlamentarista, no qual o Chefe de Estado é o monarca do Reino Unido, e o primeiro-ministro é o líder parlamentar que tem o apoio da maioria dos deputados na Câmara dos Representantes.

interdependentes e indivisíveis: aceitação histórica; relações raciais; igualdade e equidade; integridade e unidade institucional.

Na dimensão “aceitação histórica” todos os australianos devem entender e aceitar os erros do passado e seu impacto sobre os povos aborígenes e dos povos que vivem nas Ilhas do Estreito de Torres. A Austrália deve assim corrigir políticas e práticas anteriores para garantir que tais erros nunca sejam repetidos. Na dimensão “relações raciais”, todos os australianos devem entender e valorizar culturas, direitos e experiências dos aborígenes e dos ilhéus do Estreito de Torres, o que resulta em relacionamentos mais fortes, baseados na confiança e no respeito, além de livres de racismo.

A dimensão “igualdade e equidade” está relacionada à participação igualitária de todos os povos originários nas oportunidades de vida, bem como a serem os direitos exclusivos dos povos aborígenes e dos ilhéus do Estreito de Torres devidamente reconhecidos e respeitados. A dimensão “unidade” visa construir uma sociedade australiana que valoriza e reconhece as culturas e heranças ancestrais como orgulho de uma identidade nacional compartilhada. Nesse sentido, as histórias, culturas e direitos dos aborígenes e dos ilhéus do Estreito de Torres são agora parte valorizada e reconhecida de uma identidade nacional compartilhada, gerando unidade nacional.

Por fim, a dimensão “integridade institucional” relaciona-se ao apoio ativo da reconciliação pelas estruturas políticas, empresariais e comunitárias da nação. Para tanto, há a implementação de políticas empresariais e comunitárias, além de programas de ação para apoiar ativamente todas as dimensões da reconciliação, criando uma gama mais ampla de oportunidades para toda a cidadania australiana.

As ações que visam implementar os objetivos das dimensões que fazem parte do *Acknowledgement* são previstas no Plano de Ação de Reconciliação (RAP), criado e gerido pelo órgão governamental *Reconciliation Australia*¹⁵, em cooperação com empresas, universidades e instituições sociais sem fins lucrativos.

Do ponto de vista sociocultural, outra medida que merece destaque é o *Acknowledgement of the country*¹⁶, reconhecimento do país ou boas-vindas, que se destaca como protocolo adotado em reuniões, encontros e eventos, demonstrando respeito às tradições e aos hábitos culturais dos aborígenes e dos ilhéus do Estreito de Torres. O ritual de boas-vindas aos visitantes do país sempre fez parte das culturas aborígenes e dos ilhéus do Estreito de Torres. Nas tradições desses povos

¹⁵ Disponível em: <https://www.reconciliation.org.au/reconciliation-action-plans/the-rap-process/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

¹⁶ O *Acknowledgement of the country* (Reconhecimento do país) pode ser oferecido por qualquer pessoa e ocorre no início de uma reunião, discurso ou evento. Na abertura do XX ISA *World Congress*, além de saudação de reconhecimento do país, houve a cerimônia aborígene de defumação, acompanhada de ritual de dança e cânticos. Não existe uma redação específica para a saudação de reconhecimento do país, mas um texto sugerido: “*I’d like to begin by acknowledging the Traditional Owners of the land on which we meet today. I would also like to pay my respects to Elders past and present.*”

originários, a passagem de outro grupo para o país exigia um pedido de permissão para entrar. Ao ser concedida a passagem, o grupo anfitrião dava as boas-vindas aos visitantes, oferecendo-lhes passagem segura e proteção de seu ser espiritual durante a jornada. Atualmente, esse protocolo foi adaptado para a abertura de eventos e cerimônias, por meio de cantos, danças e cerimônias de defumação do ambiente (What [...], 2023).

Em 2015, foi criado um conselho dedicado a estimular o diálogo entre os povos indígenas remanescentes, o *Referendum Council* (2017), a respeito das reivindicações concernentes ao reconhecimento constitucional dos direitos dos povos originários. Os trabalhos desse conselho deram origem a um relatório publicado em 2017, que pugna por uma proposta de emenda constitucional “[...] para que seja realizado um referendo para prever na Constituição Australiana um órgão que dê aos povos aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres uma Voz ao Parlamento da Commonwealth” (Final [...], 2017) denominado “Conselho Makarrata”.

Nesse mesmo ano de 2017, após a publicação do relatório, foi realizada a Convenção Constitucional Nacional das Primeiras Nações, na região de Uluru-kata, na Austrália Central (Marshall, 2022). Os trabalhos dessa Convenção resultaram na Declaração de Uluru, que contou com a participação das lideranças dos povos aborígenes e da Ilhas do Estreito de Torres, reivindicando a “voz das Primeiras Nações” e a criação do Conselho Makarrata.

Em 2019, a legislação federal reconheceu alguns direitos dos povos ATSI às terras tradicionalmente ocupadas, a saber, o direito de uso exclusivo da terra, na hipótese de não haver conflito fundiário, e o direito de uso não exclusivo, que consiste no uso compartilhado com os povos não indígenas, quando existir propriedade consolidada e titulada. É preciso registrar que a promulgação de lei federal que reconhece tais direitos encontrou precedente em decisão da Suprema Corte da Austrália de 1992, que assegurou, pela primeira vez, os direitos dos aborígenes à terra. Isso se deu no julgamento *Mabo versus Queensland*, no qual a Suprema Corte determinou que o Parlamento legislasse sobre o direito das populações originárias australianas às terras (Russel, 2005).

Oito anos após a publicação do Relatório, o atual primeiro-ministro australiano, Anthony Albanese, submeteu ao parlamento a proposta de Referendo que pretende alterar a Constituição. Apesar das conquistas no campo jurídico-político, incluindo a criação de um Ministério dos Povos Originários, e da presença de onze deputados indígenas no parlamento, a Constituição da Austrália ainda não reconhece especificamente os direitos dos povos ATSI. A proposta de emenda à Constituição será submetida então a Referendo popular.

O Parlamento da Austrália concordou em propor a adição de um novo capítulo à Constituição, o Capítulo IX – Reconhecimento dos Povos Aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres, que contaria, caso aprovada em Referendo, com a seguinte seção:

129. Voz de aborígine e ilhéu do Estreito de Torres

Em reconhecimento aos povos aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres como os primeiros povos da Austrália:

I. haverá um corpo, a ser chamado de Voz dos Aborígenes e dos Ilhéus do Estreito de Torres;

II. o Voz dos Aborígenes e dos Ilhéus do Estreito de Torres pode fazer representações ao Parlamento e ao Governo Executivo da Commonwealth sobre assuntos relacionados aos povos Aborígenes e dos Ilhéus do Estreito de Torres;

III. o Parlamento terá, sujeito a esta Constituição, o poder de fazer leis com relação a assuntos relacionados à Voz dos Aborígenes e das Ilhas do Estreito de Torres, incluindo sua composição, funções, poderes e procedimentos (Australian Electoral Commission, 2023).

Além das iniciativas citadas, o Governo australiano, para atingir uma reparação histórica aos povos aborígenes, busca indenizar a população aborígine das “gerações roubadas”. Com isso, o governo se disponibilizou a indenizar a população aborígine com o valor de US\$ 75.000 (setenta e cinco mil dólares americanos), conforme a *Radio France Internationale* (Austrália [...], 2021). A medida igualmente procurou oferecer uma “ajuda de cura”, no valor de US\$7.000 (sete mil dólares americanos) a cada pessoa, além da possibilidade de receber, pessoalmente ou por escrito, um pedido de desculpas de um alto membro do governo, juntamente com a oportunidade de contar sua história (Austrália: governo vai indenizar [...], 2021). Paralelamente, em alguns estados do país, foram assumidas algumas medidas de reparação para reduzir as graves desigualdades enfrentadas pelos descendentes de aborígenes australianos (Austrália [...], 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Austrália devastou seus povos originários, mas tem se esforçado, ao longo da última década, para reparar as violações cometidas com base em um movimento pautado na reconciliação e no reconhecimento de direitos. A prática do “*Acknowledgement*”, em suas múltiplas dimensões, tem valor simbólico e representa a tomada de consciência na luta pelos direitos dos aborígenes e dos ilhéus do Estreito de Torres, abrindo caminho para maiores mudanças jurídicas, sociais e culturais no país.

Os movimentos sociais, organizados em prol da proteção e do reconhecimento jurídico dos direitos dos indígenas, têm desempenhado papel crucial para a mudança de hábitos aparentemente inofensivos, porém carregados de signos, que refletem a estrutura colonial segregadora e hierarquizada, a exemplo da simples alteração na letra do hino nacional no ano de 2021, em que foi substituída a frase “somos jovens e livres” por “somos unidos e livres”. Paralelamente, as mudanças legislativas que visam incluir esses povos, respeitando seus modos de vida, sua cultura e cosmovisão, bem como a implementação de políticas públicas para torná-las efetivas, representam um avanço perante mais de dois séculos de atrocidades.

Dores e cicatrizes de um passado marcado por desumanidades não são curadas por pedidos de desculpa governamental. Todavia, ações como essa podem marcar o início de novo período,

caracterizado pela reflexão crítica de um passado histórico e a esperança de um futuro que não repita os acontecimentos pretéritos.

Porém, não obstante tenham sido envidados esforços para incluir os aborígenes e os ilhéus do Estreito de Torres social e politicamente por meio de leis e programas de ação, ainda não há o reconhecimento constitucional de seus direitos, fato que não se conforma com a agenda universal de proteção da pessoa humana.

Em contrapartida, no Brasil há a proteção constitucional dos indígenas, entretanto não há efetivação de seus direitos. Além dos ataques sistemáticos às diversas etnias, visando à usurpação de terras para o agronegócio e para a mineração, tramita o Projeto de Lei 2.903/2023, o denominado “marco temporal”, que restringe a demarcação de terras indígenas, aquelas tradicionalmente ocupadas por esses povos, ignorando o que foi determinado em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição. Esse projeto estabelece também que o usufruto dos indígenas não se sobrepõe ao interesse da política de defesa e soberania nacional, ficando permitida a instalação, em terras indígenas, de equipamentos, de redes de comunicação, de estradas e de vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos.

No Brasil, o outrora discurso oficial legitimou ações de madeireiros, de garimpeiros, de assassinato de indígenas e dos ativistas ambientais, corroboradas por medidas governamentais que apontaram para a perda de autonomia dos órgãos fiscalizadores. O distanciamento entre o dever ser e a realidade cruel enfrentada pelos povos indígenas, em especial os yanomamis, evidencia que essa parcela de vulneráveis brasileiros está longe de fruir dos direitos humanos.

Por conseguinte, trata-se de um momento crucial tanto para o Brasil, país no qual o projeto será analisado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) antes de ser votado no Plenário do Senado, do mesmo modo que para a Austrália, onde se decidirá, após Referendo, se os direitos indígenas serão constitucionalizados.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA: governo vai indenizar "geração roubada" de aborígenes. **Radio France Internationale**, [s.l.], 5 ago. 2021. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/mundo/20210805-austr%C3%A1lia-governo-vai-indenizar-gera%C3%A7%C3%A3o-roubada-de-abor%C3%ADgenes>. Acesso em: 08 jul. 2023.

AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS (ABS). **Population projections, Australia: populations projections (based on assumptions of fertility, mortality and migration) for Australia, states and territories and capital cities**. Canberra: ABS, 22 nov. 2018. Disponível em: <https://www.abs.gov.au/statistics/people/population/population-projections-australia/latest-release>. Acesso em: 13 ago. 2023.

AUSTRALIAN ELECTORAL COMMISSION. **Referendum 2023**. Canberra: AEC, 2023. Disponível em: <https://aec.gov.au/referendums/learn/the-question.html>. Acesso em: 20 ago. 2023.

BAINES, Stephen Grant. **A relação entre o antropólogo e as políticas indigenistas do Estado, no Brasil, no Canadá e na Austrália.** Brasília: Edufal, 2000.

BAINES, Stephen Grant. **Primeiras impressões sobre a etnologia indígena na Austrália.** Brasília/DF: Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Antropologia, 1993.

CAMPELLO, André Emmanuel B. Barreto. A escravidão no império do Brasil: perspectivas jurídicas. **Sinprofaz**, Brasília/DF, 22 jan. 2013. Disponível em: <https://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas/>.

CONNELL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global.** São Paulo: nVersus, 2015

DUSSEL, Henrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão.** 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra.** Rio de Janeiro: Zahar, 2022.

FINAL report of the referendum council. **Referendum Council**, [s.l.], 30 jun. 2017. Disponível em: <https://www.referendumcouncil.org.au/final-report.html>.

GÓES, Guilherme Sandoval. Geopolítica e Constituição à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**, Rio Grande Do Sul, v.9, n.18, jul./dez. 2020, p.107-131.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena.** São Paulo: Matrioska, 2022.

HUMAN RIGHTS AND EQUAL OPPORTUNITY COMMISSION. **Bringing them home:** Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families. Sydney: Human Rights and Equal Opportunity Commission, 1997. Disponível em: https://humanrights.gov.au/sites/default/files/content/pdf/social_justice/bringing_them_home_report.pdf. Acesso em: 18 set.2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo de 2022.** Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/>. Acesso em: 20 set.2023.

ITÁLIA. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Institui o Tribunal Penal Internacional. Roma, 17 jul.1998. Disponível em: <https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional-22>.

KILOMBA, Grada. **Episódios de racismo do cotidiano.** Rio de Janeiro: Cobogó, 2019.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

KRENAK, Ailton. **A vida não é útil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

MARSHALL, Candice. The Uluru Statement from the Heart: Voice, Treaty, Truth. **Australian Geographic**. [S.l.], 26 may 2022. Disponível em: <https://www.australiangeographic.com.au/topics/history-culture/2022/05/what-is-the-uluuru-statement-from-the->

WEST, Barbara A.; MURPHY, Frances T. **A Brief History of Australia**. New York: Facts on File, 2010.

WHAT is reconciliation? **Reconciliation Australia**, Kingston, 2023. Disponível em: <https://www.reconciliation.org.au/reconciliation/what-is-reconciliation/>. Acesso em: 20 ago. 2023.

ARQUITETURA DO PACTO FEDERATIVO EM MATÉRIA DE COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS: REFLEXÕES ACERCA DA ADIN Nº 4757-DF

Architecture of the federative pact on environmental competences: reflections on ADin no. 4757-DF

Flávio Villela Ahmed*

Resumo: Este artigo investiga a evolução do tratamento conferido pelo Poder Judiciário em suas decisões reativamente à eficácia da implementação do federalismo cooperativo amparado pela Constituição de 1988, bem como em que medida essa evolução representa a maior concretude do direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, que é de todos e essencial para uma saudável qualidade de vida. A análise abrange a transição do federalismo centrípeto para o modelo cooperativo e sua evolução, bem como a expressão e reconhecimento que a federação conquistou por suas ações legislativas e administrativas e o correspondente significado para melhor atuação do poder público na proteção ambiental. O estudo dedica-se então à análise da Adin 4.757-DF, que investigou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 140/2011. Essa lei regulamentou a competência administrativa ambiental para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no que diz respeito às ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativa à proteção do meio ambiente. O estudo investiga as contribuições teóricas e hermenêuticas que esse acórdão traz para a interpretação do federalismo cooperativo em questões ambientais através da estruturação da arquitetura do modelo constitucional contemplando coesão, funções não sobrepostas, eficiência e ao mesmo tempo cooperação e diálogo interinstitucional.

Palavras-chave: meio ambiente; competências; federalismo cooperativo.

Abstract: This paper investigates the evolution of Judiciary's treatment in its decisions. The decisions refer to the effectiveness of cooperative federalism's implementation supported by the 1988 Constitution as well as to what extent this evolution represents the greatest concreteness of the right to a healthy and balanced environment, which belongs to everyone and is essential to a healthy quality of life. The analysis covers the transition from centripetal federalism to the cooperative model and its evolution, as well as the expression and recognition that the federation gained for their legislative and administrative actions and the corresponding significance for better performance by the Public Power in environmental protection. The study is then dedicated to the analysis of Adin 4757-DF, which investigated the constitutionality of Complementary Law No. 140/2011. This law regulated environmental administrative competence for cooperation between the Union, the States, the Federal District and the Municipalities that concerns administrative actions arising from the exercise of common competence relating to the protection of the environment. The study investigates the theoretical and hermeneutical contributions that this judgment brings to the interpretation of cooperative federalism in environmental matters through the structure of the constitutional model's architecture contemplating cohesion, non-overlapping functions, efficiency and at the same time inter institutional cooperation and dialogue.

Keywords: environment; competencies; cooperative federalism.

*Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM).

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar em que medida é possível se identificar alteração significativa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao longo da última década em matéria de competências ambientais. O mister passa pela análise de como o tema vinha sendo enfrentado pelo Poder Judiciário e aferir mudanças no âmbito das decisões judiciais que repercutem na forma como a Corte maior enxerga o próprio federalismo cooperativo.

Nesse diapasão, procurar-se-á perquirir como as recentes decisões prolatadas pela E. Corte têm reverberado a repartição de competências fixada na Constituição, de que forma essa reverberação tem possibilitado interpretações que tornem o federalismo mais eficaz e sinérgico e se essa atuação tem conferido maior concretude aos direitos fundamentais, notadamente aqueles relacionados à sadia qualidade de vida dos habitantes das cidades brasileiras.

Pretende-se, portanto, revisitar alguns dos recentes entendimentos da Suprema Corte na matéria relacionados à saúde ambiental. E à luz desses, proceder a análise do Acórdão na ADin nº 4757, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se examinou tema central no âmbito das competências ambientais, a saber, a constitucionalidade da Lei Complementar nº 140/2011, que, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, fixou as normas “para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora” (Brasil, 2011).

A análise do referido acórdão, que será permeada pelos conceitos jurídicos por ele destacados, buscará perquirir em que medida o Supremo identifica um modelo diferenciado em termos de repartição de competências a partir da edição da lei complementar e se este permite e propicia um sistema em constante evolução, um novo desenho de aperfeiçoamento de federalismo cooperativo previsto na CF, e em que termos esse novo desenho pode carrear melhorias para o Estado Democrático de Direito com uma mais eficaz performance da máquina pública em favor dos cidadãos.

O encargo exigirá breves palavras sobre o federalismo cooperativo tal qual concebido constitucionalmente, de como o sistema de competências era interpretado, de como e a partir de que momentos e fatos se deram e se desencadearam significativas e visíveis mudanças nas interpretações até então realizadas e porque, para a análise central, em que medida essas mudanças

não cessam a ocorrer e se é possível identificar nas mesmas um contributo à eficácia dos direitos fundamentais tal como preconizado na Carta de 1988.

A análise inicial passa, sem dúvida, pela revisitação da pesquisa desenvolvida pelo NUPEAMIA (Núcleo de Pesquisa em ambiente e da moradia - Observatório Bryant Garth da EMERJ) sobre “A tutela da saúde ambiental e o papel do Poder Judiciário na fixação das competências com base no federalismo” (EMERJ, 2022), que possuiu como “objeto a tutela da saúde ambiental e o papel do Poder Judiciário na definição das competências com base no federalismo cooperativo, principalmente a partir da crise sanitária da pandemia da covid-19”(EMERJ, 2022, p.8). Mas não só isso, emerge da necessidade de uma compreensão da concretude do federalismo cooperativo, inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), “no que diz respeito à efetividade da atuação dos estados-membros, Distrito Federal e municípios, no exercício da competência legislativa e administrativa que lhes são próprias, com o fito de eliminar vácuos legislativos para atender a interesses que lhe são peculiares”(EMERJ, 2022, p.8).

Portanto, ao trabalho, no qual se fazem necessárias algumas palavras iniciais em que se pretende traçar um percurso sobre o federalismo cooperativo em matéria ambiental e como ele deita raízes na CRFB/88.

1 FEDERALISMO COOPERATIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL

O Brasil consiste em uma República Federativa (art. 1º e 18 da CF), a qual compreende União, Estados, Distrito Federal e Municípios, entes autônomos, com órgãos governamentais próprios e competências próprias.

A CRFB/88 busca realizar o equilíbrio federativo, portanto, através de um sistema de repartição de competências, no qual diversas esferas governamentais atuam sobre a mesma população e mesmo território.

Esses entes federados são dotados de poder e, nesse sentido, preceitua José Afonso da Silva, *verbis*:

a teoria do federalismo costuma dizer que a repartição de poderes autônomos constitui o núcleo do conceito do Estado Federal. ‘Poderes’, aí, significa a porção de matéria que a Constituição distribui entre as entidades autônomas e que passa a compor seu campo de atuação governamental, sua área de competência. ‘Competência’, assim, são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções, suas tarefas, prestar serviços (Silva, 2009, p.71).

No plano normativo, o art. 18 da CF é claro ao dispor que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta constituição” (Brasil, 1988) de modo que, como lembra Paulo Affonso Leme Machado, “a autonomia não significa desunião entre os entes federados” e “também não deve produzir conflito ou dispersão de esforços”, “mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados” (Machado, 2008, p.99).

Autonomia, portanto, não equivale à soberania, mas traduz um nível certo de independência, reservado a todos os entes da federação, sendo certo que, no que tange ao Estado, sua atuação vem matizada pelo interesse regional e, no que se refere ao Município, a nota distintiva de sua atuação é o interesse local. E o regime federado envolve o exercício livre das autonomias entre os entes, podendo-se verificar que, identificados conflitos, o Poder Judiciário os dirimirá à luz do pacto constitucional que originou a federação, orientado por um sistema racional e fundamentado (Antunes, 2015, p.23).

Desta forma, tem-se no texto constitucional os critérios de repartição de competências para que o federalismo cooperativo, base da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito, opere de forma adequada: o Município atuando quando o interesse for local, o Estado quando regional e a União quando geral. É o que dispõe a norma inserta no art. 24, da CF, sobre competência concorrente legislativa, a norma contida no art. 23, sobre a competência comum administrativa ou material dos entes em questão.

A CRFB/88 adotou, portanto, um modelo em que se vislumbra que a atuação dos entes federativos deve se efetivar de forma regrada. Essa concepção envolve como premissa um sistema articulado de descentralização política, de modo que a atuação conjunta sobre a mesma população e território se distribua de forma clara e repercuta de forma sinérgica. Esse sistema não traduz uma formalidade, mas é base da estrutura do Estado Democrático de Direito para que os direitos possam ser exercidos e regulados.

Tal sistema de repartição de competências foi configurado, como se disse e ora se reitera, conforme o critério da predominância do interesse, em que a União atua tendo em vista o interesse nacional; os estados, o interesse regional; e os municípios, o interesse local, sistema de repartição de competências em matéria ambiental desenhado nos arts. 23 e 24, da CRFB/88.

O art. 23, inciso VI, ao disciplinar a competência material ou administrativa, dispõe que é competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas. No que diz respeito à competência legislativa, o art. 24, inciso VI, da CRFB/88 dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição.

O art. 24, §1º, da CRFB/88 dispõe ainda que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União se limita a estabelecer normas gerais. E, no que diz respeito à competência dos municípios, dispõe o art. 30, incisos I e II, da CRFB/88 que aos mesmos compete legislar sobre assuntos de interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Verifica-se, portanto, que as competências legislativas e administrativas foram trazidas pela CRFB/88, que inaugurou um sistema de cooperação entre os entes da Federação, que consiste na distribuição de competências, de modo a propiciar uma colaboração no exercício de tais atribuições constitucionais.

No entanto, é notória a ocorrência de conflitos entre os entes da federação, razão pela qual o constituinte reformador previu no art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006, a edição de leis complementares que teriam como objeto a fixação de critérios de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para o exercício das competências comuns. Em socorro a tal previsão constitucional, sobreveio a Lei Complementar nº 140, de 2011, fundamental no sentido de estabelecer a atuação cooperada conforme preconizado pela Constituição, disciplinando a matéria já que fixou as normas “para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora” (Brasil, 2011).

Essa Lei, por sua vez, foi objeto da ADin nº 4757-DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se examinou a constitucionalidade da Lei Complementar nº 140, de 2011, em decisão que chancelou as regras na mesma contida em sua quase integralidade, discorrendo-se sobre o federalismo ecológico e trilhando uma senda em que se busca eficiência da máquina pública na concretização de direitos fundamentais.

Além disso, integra o sistema de cooperação as competências legislativas concorrentes entre a União e os demais entes federados no que tange às normas gerais, sendo cada ente federado responsável pela suplementação das normas gerais dentro de seu âmbito territorial específico. De fato, a Constituição Federal é clara ao estipular, num rol taxativo, as hipóteses em que caberá somente à União legislar, conforme dispõe em seu artigo 22. O que realmente importa para o presente estudo é: não sendo competência privativa da União, como é aplicada na prática a autonomia federativa dos entes, havendo ou não edição de normas gerais, no âmbito da competência concorrente, quando se trata da disciplina de meio ambiente?

É necessário um breve retrospecto para que cheguemos ao atual estado da arte da aplicação das normas constitucionais relativas à matéria, já que, não obstante a configuração acima relatada que, aparentemente, traduz quadro de cristalina clareza, o cenário que se seguiu uma década após a

Constituição foi de timidez em relação ao federalismo cooperativo, com uma interpretação preponderante que privilegiava a União com uma hierarquia jamais cogitada do ponto de vista normativo, mas herdada de um sistema jurídico anterior à edição da carta.

2 NECESSÁRIA E BREVE NOTA DE RETROSPECTO

Como foi pronunciado, logo após a edição da Carta de 1988, um cenário pouco alvissareiro prevaleceu, em que eram ceifados os poderes atribuídos pela Constituição aos Estados e aos Municípios não apenas para legislar, mas para administrar, sendo certo que muito da capacidade destes, como entes autônomos, era subtraída e, com isso, vulnerabilizada, de certo modo, a proteção do meio ambiente. Afetava-se, nesse passo, a própria concretude dos direitos fundamentais

A edição do texto constitucional contemplou, como se resumiu anteriormente, um sistema de autonomia federativa, mas muito de prevalência da União sobre os demais entes pode ser identificada, mesmo após a edição da Carta de 1988.

Alguns exemplos desse posicionamento podem ser colhidos em decisões dos Tribunais superiores; em ação sobre rotulagem de produtos transgênicos, lei estadual paranaense foi declarada inconstitucional, com base na

ocorrência de substituição - e não suplementação - das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal (Brasil, 2006).¹

¹Voto da ministra Rosa Weber, quanto ao mesmo tema, em sentido diametralmente oposto, conforme se lê, *verbis*: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legitimidade ativa. Confederação sindical. Art. 103, IX, da CF. Lei nº 14.274/2010 do Estado de São Paulo. Rotulagem de produtos transgênicos. Alegação de inconstitucionalidade formal. Invasão da competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual. Regulamentação jurídica supostamente paralela e contrária à legislação federal da matéria. Afronta aos arts. 22, VIII, e 24, V e XII, §§ 1º e 3º, da CF. Inocorrência. Ação improcedente. 1. Legitimidade ad causam da autora, entidade integrante da estrutura sindical brasileira em grau máximo (confederação), representativa, em âmbito nacional, dos interesses corporativos das categorias econômicas da indústria (arts. 103, IX, da Constituição da República e 2º, IX, da Lei 9.868/1999). 2. Ao regulamentar critérios para a obrigatoriedade do dever de rotulagem dos produtos derivados ou de origem transgênica, a Lei nº 14.274/2010 do Estado de São Paulo veicula normas incidentes sobre produção e consumo, com conteúdos pertinentes, ainda, à proteção e defesa da saúde, matérias a respeito das quais, a teor do art. 24, V e XII, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente. 3. O ato normativo impugnado em absoluto excede dos limites da competência suplementar dos Estados, no tocante a essa matéria, por dois motivos principais. O primeiro, porque não afeta diretamente relações comerciais e consumeristas que transcendam os limites territoriais do ente federado. O segundo, porque não há nada na lei impugnada que represente relaxamento das condições mínimas (normas gerais) de segurança exigidas na legislação federal para o dever de informação (art. 5º, XIV, da Constituição Federal). 4. O estabelecimento de requisitos adicionais para a rotulagem de alimentos geneticamente modificados, quando não contrário ao conjunto normativo federal sobre a matéria, se insere na competência concorrente dos entes federados. 5. Pedido de aplicação dos precedentes formados no julgamento da ADI 280/MT, ADI 3.035-3/PR, ADI 3054-0/PR e ADI 3.645 indeferido, por motivo de distinção entre os casos em cotejo analítico. Aplicação do art. 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil de 2015. 6. Não usurpa a competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual a legislação estadual que se limita a prever obrigações estritamente relacionadas à proteção e defesa do consumidor, sem interferir em aspectos propriamente comerciais. 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (Brasil, 2020).

O v. acórdão acima citado invoca precedente na ADI 3035, de que foi relator o Ministro Gilmar Mendes, na qual foi declarada inconstitucional a Lei paranaense de nº 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelecia vedação ao cultivo, à manipulação, à importação, à industrialização e à comercialização de organismos geneticamente modificados. O acórdão em questão vislumbrou ter ocorrido “ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente”.

No STJ, sem muitos esforços de pesquisa, podia ser encontrado posicionamento semelhante, no qual se lia que “a Legislação Municipal, contudo, deve se restringir a atender às características próprias do território em que as questões ambientais, por suas particularidades, não contem com o disciplinamento consignado na Lei federal ou estadual” (Brasil, 1994).

Da leitura dos arestos citados, verifica-se que, durante muito tempo, os Tribunais de forma geral, na esteira de muitas das decisões que provinham dos Tribunais Superiores, deixaram um espaço bastante reduzido para o exercício da competência legislativa concorrente dos Estados e Municípios, que acabavam ficando compelidos a repetir a legislação federal na esfera de suas competências. A situação era agravada em razão de matérias que se relacionam com o Direito Ambiental figurarem no rol de competências privativas da União, como energia, mineração, Direito do Trabalho, de forma que, em muitos casos, na dúvida se se estava legislando sobre meio ambiente ou energia, por exemplo, o critério da competência privativa da outra matéria atraía a competência da União. Muitas das vezes o que se regula é meio ambiente, matéria de competência concorrente, contudo, sob a alegação de que se trata de tema afeto à competência privativa, desbastava-se a atuação dos demais entes da federação.

As decisões acima e outras tantas em direção similar contrariam a voz doutrinária consensual de que Estados e Municípios podem legislar de forma concorrente, desde que seja para estabelecer normas mais restritivas.²

Mas é certo que esse quadro começou a mudar e importante reportar aqui à pesquisa realizada no âmbito do NUPEAMIA, citada no início do presente trabalho, em que esse caminho foi identificado.

² Conforme assinala Celso Antonio Pacheco Fiorillo, *verbis*: “Dessa forma, podemos afirmar que a União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um ‘teto’ de proteção. Com isso, oportuno frisar que os Estados e Municípios **jamais poderão legislar**, de modo a oferecer *menos proteção* ao meio ambiente que a União, porquanto, como já ressaltado, a esta cumprir, tão-só, fixar regras gerais” (Fiorillo, 2015, p.227).

3 PASSOS RUMO À CONCRETUDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO FEDERALISMO COOPERATIVO DEMOCRÁTICO

Com efeito, durante muito tempo os Tribunais emprestaram força centrípeta à competência da União, herança de um federalismo centralizador, remanescente do período pré-constituição democrática, como se as ações e normas da União se sobrepusessem às dos Estados, e as destes, aos municípios.³

Essa visão preponderava em inúmeras decisões judiciais, em momento anterior à epidemia da COVID, e muito era desbastado de Estados e Municípios no que toca ao seu poder para governar.

Todavia, o próprio STF foi alterando sensivelmente tal orientação, reconhecendo o importante papel dos entes federativos quando, em total respeito à Constituição, fazendo uso da autonomia federativa prevista no seu art. 18, editavam normas que se adequavam aos princípios e valores constitucionais. Tal foi o caso, por exemplo, da proibição do amianto pelos Estados.⁴

Pois bem, o que já era uma tendência, que decorria da correta interpretação do próprio texto constitucional, aplicado até então de forma esparsa, em razão da Pandemia da Covid, eclodiu, o que fez com que se descortinasse um quadro de profusão de regras por parte dos entes da federação, alinhados à ideia de necessidade de impor o isolamento social e à proteção da saúde humana tal qual preconizado pela Organização Mundial de Saúde. De um lado, o Governo Federal estimulando a atividade econômica e minimizando os efeitos gravosos da doença; do outro, Estados e Municípios (estes últimos nem sempre) agindo de forma restritiva, preconizando o isolamento social.

Os Tribunais foram instados a se pronunciar e o STF, na esteira de alguns entendimentos anteriores de que a gestão da saúde é matéria de competência comum e concorrente, decidiu no

³A propósito do tema, leia-se artigo do ex-Vice Presidente da República, Hamilton Mourão, publicado no Estadão na ocasião em que, discorrendo sobre a preponderância da União no equilíbrio Federativo no caso da Covid, invocou John Jay (O Federalista), destacando que a “administração, os conselhos políticos e as decisões judiciais do governo nacional serão mais sensatos, sistemáticos e judiciosos do que os Estados isoladamente, simplesmente por que esse sistema permite somar esforços e concentrar os talentos de forma a solucionar os problemas de forma mais eficaz” (Mourão, 2020). No artigo, Mourão lembra que o Brasil é uma República Federativa, e não uma confederação, razão que lhe assiste, mas não há prevalência da União, que deve atentar para o regime de competências fixado constitucionalmente.

⁴ Nesse sentido, a Ministra Rosa Weber: “Direta e necessariamente extraídos da cláusula constitucional do direito à saúde tomada como princípio, somente podem ser afirmados, sem necessidade de intermediação política, os conteúdos desde já decididos pelo Poder Constituinte: aquilo que o Poder Constituinte, representante primário do povo soberano, textualmente decidiu retirar da esfera de avaliação e arbítrio do Poder Legislativo, representante secundário do povo soberano. Adotar essa postura frente às cláusulas constitucionais fundamentais não significa outra coisa senão levar a sério os direitos, como bem lembra o renomado professor da Escola de Direito da Universidade de Nova Iorque, Jeremy Waldron” (Brasil, 2017).

sentido de que não cabe ao Poder Executivo Federal afastar as decisões dos Estados e Municípios, quando estes impõem, no âmbito de suas competências legítimas, regras de restrição.⁵

Mas não apenas o reconhecimento da competência comum dos entes da federação ganhou voz, como também o tema da prevenção. Foi o que ocorreu em processo no qual o Ministro Luis Roberto Barroso suspendeu contratação por parte do Governo Federal da campanha publicitária “O Brasil não pode parar”, que sugeria que a população devia retornar às suas atividades plenas. A decisão em questão privilegiou os princípios constitucionais do direito à vida, à saúde e da informação da população, bem como da prevenção e da precaução ambientais, vedando a contratação e veiculação da campanha (Brasil, 2020a).

Uma nota importante reside em salientar que saúde e meio ambiente são temas diretamente relacionados, uma vez que o art. 225 preconiza que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. A Política Nacional do Meio Ambiente preconiza que o meio ambiente consiste no “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Brasil, 1981, art.3º, inciso I), e a poluição é o ato em desacordo com a lei que conspurca esse bem e, assim, é entendida como “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente”(Brasil, 1981, art. 3º, inciso III), dentre outros fatores, “prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população” (Brasil, 1981, art. 3º, inciso III, alínea a)Nesse passo, não se pode distanciar o tema da saúde pública como diretamente relacionado ao direito dos brasileiros e o que se convencionou denominar “piso vital mínimo”, já que “a saúde ambiental deve ser analisada dentro do que denominou historicamente saúde pública, como um tema (e seus problemas...) resultantes dos efeitos que o ambiente (natural, cultural e artificial) exerce sobre o bem-estar físico e mental/psíquico da pessoa humana, como parte integrante de uma comunidade” (Fiorillo, 2018, p.141).

⁵“Não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde)”(Brasil, 2020c).

A jurisprudência ambiental claramente relacionada à proteção da saúde⁶ e ao combate à poluição se já caminhava nesse sentido e, a partir daí, restaram acentuados os entendimentos no sentido de privilegiar atuação legislativa e administrativa dos Estados e dos Municípios quando editavam normas protetivas a esse respeito, observada a competência da União para legislar e/ou administrar.

4 ADIN Nº 4757-DF E SEUS INFLUXOS NA ARQUITETURA DO FEDERALISMO COOPERATIVO

A ADin nº 4757, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que se examinou tema central no âmbito das competências ambientais, a saber, a constitucionalidade da Lei Complementar nº 140/2011, a par de enfrentar a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos reputados inconstitucionais pelas associações autoras, representou um direcionamento extremamente relevante na interpretação do sistema de repartição de competências em matéria ambiental, aliando os vetores normativos do constitucionalismo ecológico e do federalismo cooperativo.

Sem descurar da estrutura estática do sistema de repartição de competências, carrou ao debate, a partir da validação da Lei Complementar nº 140/2011 na ordem normativa constitucional, critérios hermenêuticos de extrema valia, cuja apreciação será realizada como forma de melhor implementar a concretude de direitos fundamentais a partir do sistema de repartição de competências e da melhor performance do Estado na gestão do bem jurídico ambiental.

Para além de decidir os temas objeto do questionamento dos dispositivos apontados como inconstitucionais, o acórdão em questão interpretou a sistemática do federalismo cooperativo em matéria ambiental, tratando de articular a Constituição com a legislação estabelecendo parâmetros de tal interação e de como melhor performar o efetivo funcionamento do Estado Democrático de Direito na concretude dos direitos fundamentais. Ao assim fazer, externa o entendimento de como deve funcionar o federalismo cooperativo e como a articulação dos diversos entes e órgãos de governo de maneira sinérgica é capaz de alavancar a concretude de direitos fundamentais.

⁶ A propósito, leia-se: A proteção do meio ambiente e a proteção da saúde integram, ainda, a competência material comum dos entes federativos (CF, art. 23, II e VI). **A saúde mereceu especial disciplina pelo Constituinte nos arts. 196 e ss., tendo sido consagrada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação** (CF, art. 197). A proteção ao meio ambiente, por sua vez, foi positivada no art. 225 do texto constitucional, que estabeleceu que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A proteção à saúde e ao meio ambiente são temas que concernem à atuação de todos os entes da federação, portanto. **Segundo a jurisprudência desta Corte, em linha de princípio, admite-se que os Estados e Municípios editem normas mais protetivas, com fundamento em suas peculiaridades regionais e na preponderância de seu interesse, conforme o caso** (grifos nossos) (Brasil, 2021)

Uma breve análise deste acórdão na perspectiva acima anunciada é o que se fará doravante.

De plano, a relatora identifica que o art. 225 representa fundamento normativo do Estado de Direito e governança ambiental, e que deste se infere “uma estrutura jurídica complexa decomposta em duas direções normativas” (Brasil, 2022).

A primeira direção normativa então vem relacionada ao direito material propriamente dito, a saber, ao reconhecimento do “direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em uma perspectiva intergeracional”(Brasil, 2022).

No que se refere à segunda direção normativa, esta vem apontada como relacionada “aos deveres de proteção e responsabilidades atribuídos aos poderes constituídos, aos atores públicos e à sociedade civil em conjunto” (Brasil, 2022).

Nesse passo, identifica na ordem constitucional a missão precípua de proteger o meio ambiente e que impõe um limite substantivo ao que classifica como agir legislativo e administrativo, pelo que, de forma muito clara, subordina, do ponto de vista hermenêutico, tanto a Política Nacional do Meio Ambiente, como também o sistema por ela criado e conselhos respectivos ao que denomina constitucionalismo ecológico.

Na interpretação em questão, no âmbito da análise da Lei objeto da irrisignação de inconstitucionalidade e que pretendeu organizar a competência administrativa em matéria ambiental— nos moldes preconizados pelo art. 23, da CF — todo o arcabouço normativo ordinário que se irradia da PNMA como norma geral e das diversas políticas setoriais e cujos reflexos irão se capilarizar em ações dos diversos entes nos diversos planos da federação devem obrigatoriamente “traduzir os vetores normativos do constitucionalismo ecológico e do federalismo cooperativo”(Brasil, 2022).

Nesse sentido, a ementa do acórdão, de forma tão didática, dispõe sobre o conteúdo e alcance da Lei nº 140/2011, o que dispensa até, no presente momento, maiores explicações, tamanha a clareza dos pontos aludidos e que são objeto de análise neste breve estudo, *verbis*:

5. A Lei Complementar nº 140/2011, em face da intrincada teia normativa ambiental, aí incluídos os correlatos deveres fundamentais de tutela, logrou equacionar o sistema descentralizado de competências administrativas em matéria ambiental com os vetores da uniformidade decisória e da racionalidade, valendo-se para tanto da cooperação como superestrutura do diálogo interfederativo. Cumpre assinalar que referida legislação não trata sobre os deveres de tutela ambiental de forma genérica e ampla, como disciplina o art. 225, §1º, IV, tampouco regulamenta o agir legislativo, marcado pela repartição concorrente de competências, inclusive no tocante à normatização do licenciamento em si.

6. O modelo federativo ecológico em matéria de competência comum material delineado pela Lei Complementar nº 140/2011 revela quadro normativo altamente especializado e complexo, na medida em que se relaciona com teia institucional multipolar, como o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), e com outras legislações ambientais, como a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) e a Lei de Infrações penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (Lei nº 9.605/1998). O diálogo das fontes revela-se nesse quadro como principal método interpretativo (Brasil, 2022, p.3).

A redação da ementa explicita ponto central objeto da análise aqui proposta no que se refere à atuação concertada dos entes da federação a serviço da adequada, eficaz, completa e sinérgica gestão e implementação dos deveres de proteção ambiental de que não pode o Poder Público, de forma alguma, se demitir, valendo aqui, em prosseguimento, a transcrição da passagem da ementa correspondente ao que antes se expôs, *verbis*:

7. Na repartição da competência comum (23, III, VI e VII CF), não cabe ao legislador formular disciplina normativa que exclua o exercício administrativo de qualquer dos entes federados, mas sim que organize a cooperação federativa, assegurando a racionalidade e a efetividade nos encargos constitucionais de proteção dos valores e direitos fundamentais. Ademais, os arranjos institucionais derivados do federalismo cooperativo facilita a realização dos valores caros ao projeto constitucional brasileiro, como a democracia participativa, a proteção dos direitos fundamentais e a desconcentração vertical de poderes, como fórmula responsiva aos controles social e institucional. Precedentes.

[....]

9. A Lei Complementar nº 140/2011 tal como desenhada estabelece fórmulas capazes de assegurar a permanente cooperação entre os órgãos administrativos ambientais, a partir da articulação entre as dimensões estáticas e dinâmicas das competências comuns atribuídas aos entes federados. Desse modo, respeitada a moldura constitucional quanto às bases do pacto federativo em competência comum administrativa e quanto aos deveres de proteção adequada e suficiente do meio ambiente, salvo as prescrições dos arts. 14, § 4º, e 17, § 3º, que não passam no teste de validade constitucional (Brasil, 2022, p.4).

Vale ressaltar que, no âmbito do modelo vislumbrado, a decisão em comento empresta especial relevância ao princípio da subsidiariedade, algo que já vinha se desenhando na evolução da jurisprudência da Excelsa Corte ao validar a atuação dos municípios na proteção ambiental.

Nesse sentido, o voto da ministra Rosa Weber expressamente consigna um dever de agir próprio do modelo do federalismo cooperativo que encontra sua medição adequada pelo referido princípio. Essa subsidiariedade é determinante no agir do ente menor e sucumbe apenas quando comprovada a sua incapacidade institucional, valendo como critério norteador a coesão dos entes federados de molde à obtenção de resultados satisfatórios.

Com efeito, de um lado o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida não apenas das presentes, mas das futuras gerações; ao lado dele, e a ele imbricado, um sistema de atuação do Poder Público, através dos diversos entes da federação com seus órgãos de atuação, atuando junto com a sociedade civil para, de forma coesa e eficaz, conformar arranjos cooperativos que não deixem esse tão preciso direito órfão, ou que, em tumultuada ação, represente dispêndios de energias e custos que embaralhem sua efetiva proteção. A coesão em questão vem, nessa senda, preconizada pelo julgado como requisito de eficácia exigido “tanto na dimensão da alocação das competências quanto na dimensão do controle e fiscalização das capacidades institucionais dos órgãos responsáveis pela política pública” (Brasil, 2022, p.35).

Tecidas essas palavras sobre o que se pode de forma grosseira se definir como o núcleo duro e essencial desse julgado, pela síntese teórica no que diz respeito ao que o legislador constitucional concebeu como federalismo ecológico estruturante e que, a partir da análise do emblemático caso, encontra resumo no julgado, cumpre doravante trazer alguns temas e conceitos jurídicos ventilados em suas 136 páginas que, a partir de sua articulação, funcionam como luzes para uma melhor performance do federalismo cooperativo ecológico.

O julgado destaca o que é o federalismo cooperativo a partir da moldura constitucional, conforme de forma breve sintetizamos em tópico anterior deste trabalho, mas que vale reiterar de modo a melhor encadear os próximos passos a serem objeto das considerações no presente trabalho.

Com efeito, a Constituição confere ao Poder Público um dever de proteção ao bem ambiental, que é de todos, e que por essa razão a coletividade tem sua esfera de participação exigindo, por conseguinte, a atuação de todos os entes federados “nas ações administrativas e de governança desse bem de uso comum e de interesse de toda a sociedade”(Brasil, 2022, p.36). As razões normativas que embasam a referida atuação vêm delineadas pela dimensão objetiva do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pela participação como princípio de gestão do bem ambiental que a todos pertence e, por último, mas não menos importante, com o arranjo institucional do federalismo cooperativo que se revela “como resposta organizacional de distribuição de poderes e deveres comprometida com os valores da democracia e do desenvolvimento sustentável e social”(Brasil, 2022, p.37). Assim, o voto é claro no sentido de afirmar que o federalismo cooperativo radicado constitucionalmente se revela “como técnica de proteção efetiva dos direitos fundamentais ambientais” (Brasil, 2022, p.37), de modo que deve ser observado pelos legisladores e administradores.

O federalismo cooperativo em matéria ambiental sufragado no acórdão vem pautado pela instrumentalidade “requerida pela dinâmica das relações entre as instituições republicanas, legitima a uniformização institucional e a cooperação dos entes federados” (Brasil, 2022, p.31).

Perfilando-se à vocação democrática, pontua a passagem “do federalismo hegemônico e centrípeto, que marcou a história republicana brasileira, para um federalismo de equilíbrio e de cooperação, comprometido com a proteção dos direitos fundamentais”(Brasil, 2022, p.31), em que se busca “um aperfeiçoamento das instituições republicanas no sentido de atenuar a tendência excessivamente centralizadora, historicamente predominante na organização do Estado brasileiro”(Brasil, 2022, p.31) e desse modo a valorização da “ autonomia dos entes federados e o seu potencial de capilaridade para a consecução da descentralização administrativa e desconcentração política, sem, entretanto, abandonar os compromissos com o projeto constitucional, que requer também uniformidade para o desenvolvimento e o bem-estar em escala nacional”(Brasil, 2022, p.31).

Nesse sentido, assinala:

Entendo, nesse contexto, que a chave hermenêutica para a adequada apreensão do sentido da cláusula definidora das competências comuns, em particular, na Constituição da República é o princípio federativo, considerado em sua estrutura complexa, seu caráter instrumental, sua teleologia e a responsividade institucional dos entes federados.

Longe de constituir indagação episódica, a questão relativa ao delineamento das esferas de atribuições concernentes a cada ente federativo – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – sempre esteve no centro das preocupações relacionadas à estruturação dos modelos federativos. A complexidade do mundo contemporâneo, nessa ótica, tornaria inevitável a acolhida, em determinado momento, do federalismo cooperativo, em vez do federalismo competitivo presente nas suas raízes clássicas. E a aferição do ponto de equilíbrio e cooperação entre os entes federativos teria como referência a efetividade de determinado desenho institucional para a realização das funções – normativas, executivas ou judiciais – a que o poder público está obrigado a desempenhar.

[...]

Entendo, pois, que o princípio federativo consagrado no art. 1º, caput, da Constituição da República, tal como observado, constringe a interpretação do seu art. 23, servindo de verdadeiro vetor interpretativo.

[...]

No modelo do federalismo cooperativo, não deve haver superposição de atribuições, não obstante a autonomia dos entes federados para o exercício de suas competências, porque vinculados pelo princípio da subsidiariedade. Com esse modelo, para além da proteção administrativa efetiva e necessária aos direitos e aos objetivos fundamentais da República, pretendeu-se imprimir racionalidade e eficiência nas ações administrativas, mediante o emprego dos instrumentos de cooperação.

27. A justificativa da adoção do modelo do federalismo cooperativo também reside no fato deste arranjo institucional facilitar a realização dos valores caros ao projeto constitucional brasileiro, como a democracia participativa, a proteção dos direitos fundamentais e a desconcentração vertical de poderes, como fórmula responsiva aos controles social e institucional. A autonomia regional, com a conseqüente descentralização administrativa das ações estatais, com efeito, ao aproximar os fatos, as políticas públicas e a sociedade, potencializa e incentiva a participação democrática de determinada comunidade e seus cidadãos, seja nas atividades fiscalizadoras, seja nos resultados prometidos pela ação política. Isso porque o imediatismo, ou proximidade, física dos cidadãos com os fatos e a política propicia a formação de juízos de conhecimentos e, por conseguinte, a participação informada nos processos públicos decisórios, assim como nas atividades de controle e fiscalização perante os órgãos locais e regionais. Essa leitura do federalismo cooperativo, inclusive, converge para o nível de exigência feita à sociedade para o adimplemento dos deveres procedimentais e de participação ambientais, conforme justificativa do voto proferido na ADPF 623, que compartilho neste (Brasil, 2022, p.31).

Delineados esses aspectos gerais que norteiam a ADI, cumpre doravante destacar alguns temas que emergem do texto.

Em primeiro lugar, o julgado salienta um aspecto dinâmico nessa arquitetura da federação, que exige uma constante interação dos entes federativos em que a subsidiariedade a tudo permeia.

Vejamos em que o referido princípio da subsidiariedade consiste e como sua função se apresenta relacionada no julgado em comento.

O princípio da subsidiariedade se apresenta exposto na decisão em tela como uma dimensão de técnica de conformação das fórmulas de conversação e interdependência entre os entes federativos no funcionamento dinâmico da federação.

Salienta a Ministra Rosa Weber que

o princípio da subsidiariedade, implícito ao federalismo cooperativo, não obstante sua origem cristã e medieval, denota a lógica de que a tomada de decisão deve sempre preferir a unidade social ou política menor em detrimento da maior e mais abrangente. Devendo esta última atuar, com o espírito cooperativo e supletivo, quando aquela não tiver capacidades institucionais de agir (Brasil, 2022, p.33).

Nesse passo anota que o nível de agir nos domínios das competências partilhadas deve ser medido pelo princípio da subsidiariedade, que irá justificar a intervenção do agir político-administrativo nos domínios das competências partilhadas.

No âmbito da tutela do meio ambiente, e do dever constitucional de todos na preservação ambiental em que se tem como regra um sistema compartilhado de competências de não exclusão dos entes federativos do exercício da competência comum, mas uma solidariedade nos deveres de proteção que exige soma de esforços “para a consecução da tutela dos direitos fundamentais e dos objetivos da República” (Brasil, 2022, p. 36).

Deste modo, discorre a ministra:

Todavia, essa soma e solidariedade devem ser desempenhadas por meio do agir racional, marcado pela subsidiariedade, como **técnica organizadora da feição dinâmica** do federalismo, conforme autoriza o parágrafo único da regra constitucional. **Nesse contexto, na conformação da competência comum, não cabe ao legislador formular disciplina normativa que exclua o exercício administrativo de qualquer dos entes federados, mas sim que organize a cooperação federativa, assegurando a racionalidade e a efetividade nos encargos constitucionais de proteção dos valores e direitos fundamentais** (Brasil, 2022, p. 36-37 – grifos nossos).

A racionalidade, então, permeia o sistema federalista que comporta uma face estática, mas também uma dinâmica em que a repartição nem cancelará a plena autonomia dos entes federados, tampouco a conversão das competências em privativas, atrelando-se “ao chamado da responsabilidade solidária e do princípio da eficiência na Administração Pública”, de modo a “levar em consideração as duas faces do federalismo, a estática e a dinâmica”(Brasil, 2022, p.64).

Nesse passo, ensina Paulo de Bessa Antunes:

A chave da decisão, para o nosso estudo, se encontra no fato de que não há sentido de que a competência comum seja exercida de forma cumulativa e sobreposta pelos diversos entes federativos. A aplicação do princípio da subsidiariedade para o presente caso nos levaria a identificar a autoridade municipal, em tese, a autoridade mais qualificada para exercer aludida fiscalização, desde que efetivamente amparada e municiada pelas demais instâncias federativas” (2015, p.149-150).

Destacado no voto que “a compreensão da faceta dinâmica e racional, permeada pela subsidiariedade, deve ser compatibilizada com o desvelamento inexoráveis dos problemas de implementação do desenho federativo, no que se refere à efetividade das ações dos núcleos políticos menores, a fim de permitir o acionamento da atuação supletiva dos núcleos maiores”, eis que a

performance da subsidiariedade supõe como premissa a coesão entre as ações dos entes federados a qual vem exigida tanto no plano da alocação das competências “quanto na dimensão do controle e fiscalização das capacidades institucionais dos órgãos responsáveis pela política pública” (Brasil, 2022, p.64).

Ao se debruçar sobre a Lei Complementar nº 140, logrou a relatora identificar uma lógica subjacente da convivência entre as dimensões estáticas e dinâmicas do sistema de repartição de competências, mediante as técnicas contidas na lei relacionadas ao conceito de supletividade e a subsidiariedade, assim dispondo que “como resposta à premissa do federalismo cooperativo ecológico, o legislador buscou conciliar a dimensão estática das competências administrativas com a de caráter dinâmico, a partir do emprego das ações supletiva (art. 15) e subsidiária (art. 17)”(Brasil, 2022, p.63). E prossegue afirmando que essa lógica adotada na legislação decorre justamente dos imperativos federalistas, traduzidos nos fundamentos da descentralização, da democracia e da efetividade institucional.

E ainda: “como forma de responder ao compromisso constitucional com o federalismo cooperativo ecológico, como prescrito no art. 23, III, IV e IV, e parágrafo único, a Lei Complementar nº 140/2011, ao articular o dinamismo do federalismo com a subsidiariedade e a supletividade, estabeleceu correlação entre autonomia e integração federativa. Para tanto, cria as hipóteses de interpenetração para o exercício funcional das atividades fiscalizatórias e sancionatórias, conforme os arts. 15, 16 e 17” (Brasil, 2022, p.64).

Outro vetor importante associado ao comportamento interpretativo acerca do princípio da subsidiariedade no marco da competência legislativa concorrente consiste na lógica da preponderância do interesse.

Salienta a relatora que, ao lado do princípio da subsidiariedade, deve vir resguardado o princípio da predominância do interesse, que confere racionalidade ao sistema, evitando a atuação ineficaz e sobreposta na proteção ambiental.

Nesse sentido, leia-se:

O significado atribuído à cooperação, e suas formas institucionais, no quadro da competência concorrente legislativa, tem similaridades relevantes ao empregado para a compreensão da competência comum, identificadas na lógica da predominância do interesse e da proteção efetiva do direito fundamental ao meio ambiente. A lógica da predominância do interesse e da proteção mais efetiva tem íntima conexão com os critérios exigidos da subsidiariedade, quais sejam: i) agir administrativo do ente político menor e mais próximo às realidades locais e regionais e ii) ação do ente maior, Estado ou União, quando constatada incapacidade institucional do ente menor e demonstrado valor agregado em termos de efetividade da sua atuação. No modelo federativo brasileiro, a autonomia atribuída aos Estados não lhes dá, em absoluto, plena liberdade para o exercício da competência legislativa, sendo-lhes de obrigatória observância as matérias previstas pela Constituição Federal. Embora a competência legislativa concorrente mitigue os traços centralizadores, delinea-se um federalismo de cooperação, com aplicação do princípio da

predominância do interesse e dos deveres mínimos de proteção aos direitos fundamentais” (Brasil, 2022, p.49).

Busca amparo para evocar “os limites da atuação normativa do ente federado” na ADI 3.470 (caso amianto), já referido.⁷

O tema do interesse preponderante se apresenta, dessa forma, como uma chave para identificar o melhor arranjo na dinâmica da repartição de competências e na efetividade dos direitos fundamentais, que busca solucionar de forma racional os conflitos federativos ao imprimir maior efetividade ao sistema. Ele não é uma novidade na reiterada jurisprudência da Excelsa Corte, e os contornos apresentados no voto podem ser identificados, por exemplo, na ementa abaixo em voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes, em que se lê, *verbis*:

O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto, obviamente nas diversas ditaduras que sofremos, quanto nos momentos de normalidade democrática, **instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local.** O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro, portanto, é o **princípio da predominância do interesse**, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente ação direta de inconstitucionalidade (Brasil, 2017, grifo nosso).

Com efeito, subsidiariedade, empoderamento dos órgãos da federação da partir do critério da preponderância do interesse, respeito à estrutura estática ao ordenamento constitucional — e que deve conviver com a dinâmica cooperativa — apontam para um melhor arranjo racional e cooperado, dissipando os conflitos em prol da efetividade de direitos fundamentais.

Por fim, sobressai do julgado um tema da maior importância que diz respeito à própria atuação do Poder Judiciário no controle da validade das políticas públicas. Bem destacado que “não cabe ao Supremo Tribunal Federal elaborar políticas públicas ambientais ou escolher alternativas normativas aos desenhos institucionais aprovados pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo” (Brasil, 2022, p.98). Em que pese o Poder Judiciário ter com frequência realizado audiências

⁷ Leia-se, a ADI 3470: “O devido equacionamento da distribuição constitucional de competências legislativas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios há de ser feito sempre à luz do princípio federativo, que, vocacionado à instrumentalidade requerida pela dinâmica das relações entre as instituições republicanas, ora tende a afirmar a autonomia, ora legítima a uniformização institucional e a cooperação dos entes federados sob uma União soberana. **O estabelecimento, na Constituição de 1988, de competências normativas concorrentes tem sido apontado pela doutrina como fórmula típica da passagem do federalismo hegemônico e centrípeto, que marcou a história republicana brasileira, para um federalismo de equilíbrio. Buscou-se, com isso, um aperfeiçoamento das instituições republicanas no sentido de atenuar a tendência excessivamente centralizadora historicamente predominante na organização do Estado brasileiro, valorizando-se, assim, a autonomia dos entes federados ‘sem, contudo, causar prejuízo à previsão de diretivas nacionais homogêneas, necessárias para a integração do país’.** Entendo, nesse contexto, que a chave hermenêutica para a adequada apreensão do sentido da cláusula definidora das competências legislativas concorrentes, na Constituição da República, **é o princípio federativo, considerado em sua estrutura complexa, seu caráter instrumental e sua teleologia**” (Brasil, 2017b).

públicas para decidir temas que se revestem de essencial natureza técnica (aborto de anencéfalos, código florestal, entre outros), evidentemente não dispõe de conhecimento técnico, o que, como se disse, não elimina sua função de verificação se assim instado, de validade e eficácia de políticas públicas⁸, sem que isso represente violação à separação de poderes.

No afã de vislumbrar tal função, atento à complexa malha intentada pela Lei Complementar nº 140/2011, o julgado recomenda o Estudo de Impacto Regulatório, nas modalidades *ex post* e retrospectiva, previsto na Lei nº 13.874/2019. De fato, a Lei Complementar nº 140/2011 e o sistema por ela criado revela um quadro complexo, o qual, associado aos demais diplomas, seja a Política Nacional do Meio Ambiente, demais políticas nacionais e setoriais, tornam a empreitada desafiadora. E destaca a ministra:

O diálogo das fontes revela-se nesse quadro como principal método interpretativo. A legislação tal como desenhada estabelece fórmulas capazes de assegurar a permanente cooperação entre os órgãos administrativos ambientais, a partir da articulação entre as dimensões estáticas e dinâmicas das competências comuns atribuídas aos entes federados (Brasil, 2022, p.99).

O Estudo de Impacto regulatório sugerido funciona como um mecanismo de eficácia do modelo adotado pelo legislador e como mecanismo de aperfeiçoamento do federalismo cooperativo e dos arranjos vislumbrados na Lei para dar concretude aos direitos fundamentais.

Em suma, essas são algumas notas, baseadas em conceitos e na hermenêutica vislumbrada no acórdão comentado, que apontam para direcionamentos que poderão contribuir de forma significativa no aperfeiçoamento do federalismo cooperativo em matéria ambiental.

CONCLUSÃO

Em conclusão, foi verificado que, não obstante o federalismo cooperativo tenha ganhado normatividade no âmbito da CRFB/88, com as competências comuns delimitadas em matéria de competência material e as concorrentes de competência legislativa como regra, prevaleceu, durante muito tempo, no que se refere à elaboração de normas e atuação da própria Administração Pública, um modelo centrípeto, em que os entes da federação, Estados e Municípios, eram desbastados de seu poder de legislar e administrar na avaliação que era realizada pelo Poder Judiciário acerca da validade das normas editadas em face do sistema de competência sufragado constitucionalmente.

⁸ Leia-se a passagem do voto nesse sentido: “Compete a este órgão jurisdicional o controle da validade das políticas públicas aprovadas pelos demais poderes, a partir das diversas técnicas decisórias, com consequências restritivas na liberdade decisória de conformação legislativa ou executiva, cujo campo de atuação é contornado pelos imperativos constitucionais de tutela” (Brasil, 2022, p. 98).

Esse quadro foi evoluindo substancialmente a partir de alguns entendimentos do Supremo e ganharam expressão enorme com a Pandemia da COVID-19, em que a atuação dos entes se fez necessária para proteção da saúde, sendo certo que os Tribunais, de forma expressiva, sufragaram a edição de leis e normas administrativas destinadas ao isolamento social, respeitada, obviamente, a competência privativa da União à edição de normas gerais notadamente para definir serviços essenciais, seu funcionamento e seu respectivo enquadramento em todo o território nacional.

Nessa eclosão, o empoderamento dos Estados e Municípios para proteção ambiental pelos Tribunais no âmbito de sua autonomia federativa se fez presente, representando um inegável fortalecimento do federalismo cooperativo e, com a atuação sinérgica dos entes, foi potencializada a concretude de direitos fundamentais, em especial os relacionados à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que foi referendado pelo Poder Judiciário.

No que tange à competência administrativa ambiental, certo é que a CRFB/88, em seu art. 23, parágrafo único, previa que a competência comum exercida pelos entes da federação teria sua forma de cooperação regulada por lei complementar, o que só veio a ocorrer em 2011, sendo certo que até então muitos conflitos de competência tinham lugar e frequentemente o Poder Judiciário era instado a decidir sobre tais conflitos. Contudo, era certo afirmar que, longe de representar cooperação, o conflito propiciava gastos desnecessários, falta de sinergia, sobreposição de atuações e desprestígio à cooperação destinada à proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A edição da Lei Complementar prevista constitucionalmente trouxe técnicas diferenciadas na gestão ambiental, tendo sido vários de seus dispositivos objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, através da ADin nº 4757, de relatoria da Ministra Rosa Weber, em que, salvo poucos exceções, o conteúdo da lei foi prestigiado pela Corte à unanimidade, mantendo-se a inteireza do Diploma em comento.

O trabalho apresentado se debruçou sobre esse julgado e na hermenêutica por ele utilizada, que colocou luzes sobre o modelo de federalismo cooperativo, identificando que, a partir da evolução da jurisprudência do próprio Supremo, e com base nas técnicas legislativas contidas no diploma impugnado, foram identificados princípios e critérios interpretativos que se procurou destacar ao longo do artigo como de extrema utilidade para o aperfeiçoamento do federalismo cooperativo, a saber: o princípio da subsidiariedade no marco da competência legislativa concorrente, a lógica da preponderância do interesse, a faceta dinâmica do federalismo, os quais, conjugados, apontam para uma arquitetura federativa de molde a prestigiar o melhor funcionamento da federação em prol da concretude de direitos fundamentais.

Foi identificado que o modelo proposto — observada a estrutura estática do federalismo e a lógica da preponderância dos interesses —, através das direções sufragadas pelo Supremo,

poderão representar uma enorme contribuição em matéria de cooperação dos entes federados na concretude de direitos fundamentais, já que o que se preconiza é a colaboração interfederativa, o que se mostra fundamental em um cenário em que os desafios de preservação ambiental são imensos e em que uma estrutura estática e rígida seria incapaz de dar conta da variedade de desafios apresentados, seja na esfera regulatória ou fiscalizatória.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 29299-RS**. Constitucional. Meio ambiente. Legislação municipal supletiva. Possibilidade. Atribuindo, a Constituição Federal, a competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, cabe, aos Municípios, legislar supletivamente sobre a proteção ambiental, na esfera do interesse estritamente local [...]. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Diário da Justiça: seção 1, Brasília, DF, p.27861, 17 out. 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3645-PR**. Lei 14.861/05, do estado do Paraná. Informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Lei Federal 11.105/05 e Decretos 4.680/03 e 5.591/05. Competência legislativa concorrente para dispor sobre produção, consumo e proteção e defesa da saúde [...]. Relatora: Min. Ellen Gracie, 31 de maio de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92724/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.030-SC**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Repartição de competências. Lei Estadual 11.078/1999, de Santa Catarina, que estabelece normas sobre controle de resíduos de embarcações, oleodutos e instalações costeiras. Alegação de ofensa aos artigos 22, I, da Constituição Federal. Não ocorrência. Legislação estadual que trata de direito ambiental marítimo, e não de direito marítimo ambiental [...]. Relator:

Min. Gilmar Mendes, 09 de agosto de 2017. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392844/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4066 -DF**, Tribunal Pleno. Art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.055/1995. Extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham. Amianto crisotila. Lesividade à saúde humana. Alegada inexistência de níveis seguros de exposição. Legitimidade ativa ad causam[...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 24 de agosto de 2017a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur381361/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3470-RJ**. Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro. Substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto. Legitimidade ativa ad causam. Pertinência temática. Art. 103, IX, da Constituição da República. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da união. Inocorrência [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397205/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental 668 e 669-DF**. Relator: Min. Luis Roberto Barroso, 31 de março de 2020a. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1082189/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental 672- DF**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (covid-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Proteção à saúde, segurança sanitária e epidemiológica. [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4619/SP**. Legitimidade ativa. Confederação sindical. Art. 103, IX, da CF. Lei nº 14.274/2010 do Estado de São Paulo. Rotulagem de produtos transgênicos. Alegação de inconstitucionalidade formal. Invasão da competência privativa da União para legislar sobre comércio interestadual. [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 13 de outubro de 2020c. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439094/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental 567-SP**. Direito Constitucional. Federalismo e respeito às regras de distribuição de competência. Lei 16.897/2018 do município de São Paulo. Predominância do interesse local (art. 30, I, da CF). Competência legislativa municipal [...]. Improcedência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 01 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443224/false>. Acesso em: 16 out.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4757-DF**. Constitucional. Ambiental. Federalismo cooperativo. Competência comum em matéria ambiental. Parágrafo único do art. 23 cf. Lei Complementar nº 140/2011. Federalismo ecológico. Desenho institucional da repartição de competências fundado na cooperação. Reconhecimento do princípio da subsidiariedade. Direito fundamental ao meio ambiente [...]. Relatora: Min. Rosa Weber, 13 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476197/false>. Acesso em: 16 out.2023.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório de Pesquisa NUPEAMIA**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2022. Disponível em: <https://site.emerj.jus.br/pagina/8/131/183>. Acesso em: 16 out. 2023.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Tutela jurídica da saúde em face do Direito Ambiental brasileiro: saúde ambiental e meio ambiente do trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOURÃO, Antonio Hamilton Martins. **Limites e responsabilidades**. Jornal Estadão, São Paulo, 14 maio 2020. Seção Opinião. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,limites-e-responsabilidades,70003302275>. Acesso em: 02 ago.2023.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA RESULTA EM ESTUPRO DE VULNERÁVEL: VIOLÊNCIA DE GÊNERO REPRODUZIDA NO TEMPO PRESENTE

Obstetric violence results in rape of vulnerable: gender violence reproduced in the present time

Joselma Ferreira Lima e Silva*

Luana da Cunha Lopes**

Maria Bernadete de Sousa C. Monte***

Daniel da Costa Araújo****

Resumo: O evidente progresso na evolução da sociedade em várias áreas do conhecimento, incluindo o Direito, ainda não eliminou a visão equivocada de que a função da mulher é satisfazer e despertar o desejo sexual do homem. O presente artigo, intitulado “Violência obstétrica resulta em estupro de vulnerável: violência de gênero reproduzida no tempo presente”, tem como objetivo destacar e discutir casos em que as mulheres são vítimas de violência obstétrica. Assim, surgem os seguintes questionamentos: o estupro de vulnerável existe? Tem relação com a violência obstétrica? A pesquisa bibliográfica é de natureza social e jurídica, qualitativa, com consulta a julgados e artigos científicos. Os objetivos são: a) discorrer sobre a violência obstétrica, um problema histórico que persiste culturalmente na sociedade; b) apresentar a violência obstétrica e o descumprimento da Lei do Acompanhamento 11.108/2005; c) expor o crime de estupro de vulnerável praticado contra parturientes, com análise da legislação e jurisprudência. Os resultados da pesquisa mostraram que, diante da controvérsia doutrinária, recorre-se à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Portanto, destaca-se a necessidade de acompanhante durante a internação de mulheres prestes a dar à luz.

Palavras-chave: violência obstétrica; tempo presente; estupro de vulnerável; crime.

Abstract: Progress is evident in spite of the evolution that society has been experiencing in several areas of knowledge, including Law, even so, women still suffer from the stigma that their function is to satisfy and awaken sexual desire in men. The article entitled “Abuse, recurrent and embarrassing reality: obstetric violence results in rape with a vulnerable legal legislative and jurisprudential approach”. The objective is to point out and discuss cases in which the woman is a victim and suffers from obstetric violence. Thus, the question arises: Does Rape of Vulnerable exist? Is it related to obstetric violence? The bibliographical research is of a social and legal nature, qualitative, in which there was consultation of judgments and scientific articles. The aim is to: a) discuss Obstetric Violence: a historical problem that is culturally present in society reappears; b) present the Obstetric Violence and Noncompliance with the Monitoring Law 11.108/2005; c) exposing the Crime of Rape of Vulnerable committed against Parturient: legislation and jurisprudence. The results of the research showed that when it comes to doctrinal controversy, it resorts to the jurisprudence of the STJ. Therefore, it envisions the need for a Companion at the time of hospitalization of the woman about to give birth.

Keywords: obstetric violence; present time; rape of vulnerable; crime.

* Doutora em Educação pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professora efetiva do Instituto Federal do Piauí (IFPI) e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Educação Profissional e Tecnológica (PROFEPT).

** Mestre em Ciências das Religiões pela Faculdade Unida de Vitória. Professora da Christus Faculdade do Piauí e professora da Prefeitura Municipal de Piripiri - PI.

*** Mestre em Ciências das Religiões pela Faculdade Unida de Vitória/ES. Professora da Secretaria Estadual de Educação do Piauí e da Prefeitura Municipal de Piracuruca.

**** Especialista em Educação e Gestão Ambiental. Professor do Núcleo de Prática Jurídica (CHRISFAPI).

INTRODUÇÃO

Violência obstétrica é um tema recorrente em discussão nas academias brasileiras. Refere-se a uma realidade constrangedora e desumana, caracterizada pela violência/agressão cometida contra a mulher gestante e seus familiares em serviços de saúde, desde a gestação até o pós-parto. Resta claro que fere os direitos humanos, sexuais e reprodutivos, pois representa uma violação ao corpo, à dignidade e à autonomia das mulheres durante importantes etapas de sua vida reprodutiva.

O objetivo deste estudo é analisar e discutir casos em que mulheres são vítimas de abuso e violência obstétrica, incluindo o estupro de vulnerável que ocorre dentro de instituições hospitalares. Especificamente, serão abordados casos em que o profissional de saúde, que tinha o dever de cuidar, comete tais atos no momento ou logo após o parto. A metodologia empregada nesta pesquisa é baseada em uma abordagem social e jurídica, com enfoque qualitativo, utilizando a consulta de julgados e artigos científicos selecionados por meio de pesquisa bibliográfica.

Diante disso, traçou-se o seguinte questionamento: estupro de vulnerável existe? Tem relação com violência obstétrica? Assim, procura-se analisar a violência obstétrica dentro de uma abordagem jurídica e sua penalização no crime.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) relata que as mulheres durante o parto, nas instituições de saúde, passam por abusos, desrespeito e maus-tratos, no mundo inteiro. As consequências desse tipo de violência podem ser devastadoras para a mulher, e muitas vezes acarretam trauma físico e psicológico, pertinentes às atitudes/maneiras e métodos desrespeitosos. Essa forma de tratamento não apenas viola os direitos das mulheres, mas também representa uma ameaça ao direito à vida do ser humano.

A justificativa para o estudo do abuso e violência obstétrica se baseia no fato de que essas práticas têm causado imensos traumas às mulheres durante o processo de dar à luz. Além disso, dados do Ministério da Saúde (MS) revelam de forma alarmante o aumento diário de casos de mulheres vítimas de maus-tratos dentro dos hospitais, evidenciando que uma em cada quatro mulheres sofre violência no parto.

Recentemente, tem havido debates positivos na sociedade e no meio acadêmico em relação a esse tipo de violência, sendo evidente a luta das mulheres pela garantia de seus direitos em todos os aspectos. Um exemplo disso é o movimento contra a violência obstétrica.

Ademais, é importante ressaltar que existem relatos de vítimas de que essa violência obstétrica é cometida com o viés de gênero, em que a mulher passa por grandes constrangimentos,

sendo caracterizada como presa fácil de certos indivíduos que se dizem profissionais da saúde e que se aproveitam da fragilidade ou vulnerabilidade durante o momento do parto. Essas vítimas são estupradas por profissionais de saúde, que buscam satisfazer seus desejos libidinosos de forma imoral e com fins de satisfação sexual pessoal, sem o consentimento da vítima.

Espera-se que um profissional de saúde, que tem o dever de cuidar, não cometa esse tipo de violência contra a mulher, ou seja, interferências e práticas realizadas sem o consentimento da gestante/parturiente. Esse profissional deveria ser a pessoa que proporcionaria segurança e apoio durante o momento do parto, e não alguém que abuse da mulher de forma alguma.

De acordo com a lição de Fernando Capez (2019), o conceito de vulnerabilidade é atribuído a qualquer pessoa ou sujeito que esteja em uma condição de fragilidade ou perigo. A legislação não leva em consideração a capacidade de consentir ou permitir, nem a maturidade sexual da vítima, especialmente quando ela está em uma situação de maior fragilidade moral, fisiológica, social, biológica e cultural.

Assim sendo, vulnerável é aquele que, por alguma/qualquer forma, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência/aversão. Logo, no estupro de vulnerável, a vítima possui discernimento para a prática de ato sexual, mas a parturiente é estuprada enquanto está sob o efeito de substância que a manteve desacordada.

Diante do exposto, o presente artigo traz três momentos específicos. Busca-se: a) discorrer sobre a violência obstétrica: ressurge um problema histórico, presente culturalmente na sociedade, tendo como base legislações, como também doutrinadores renomados: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022); Lima (2022); Teixeira e Meneghel (2015), Tomaz e Machado (2016), Foucault (2009), Cerqueira e Cruz (2014); b) apresentar a violência obstétrica e o descumprimento da Lei do Acompanhamento 11.108/2005, a qual encontra guarita em julgados do TJBA, TJGO, legislações e doutrina de Castro (2020), Rede Parto do Princípio (2012); c) expor o crime de estupro de vulnerável praticado contra parturiente: legislação e jurisprudências, ancoradas em julgados do STJ, legislações pertinentes e doutrinadores específicos como: Capez (2023), Bitencourt (2022), Santos (2018), Favoretto (2015), Maranhão (2011), entre outros.

Portanto, propõe-se que a finalidade fundamental da formação do profissional obstétrico é de fornecer subsídio humano e intelectual para as parturientes no momento ou logo após o parto, e que esse procedimento realizado deve ser uma garantia constitucional.

1 DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: RESSURGE UM PROBLEMA HISTÓRICO PRESENTE CULTURALMENTE NA SOCIEDADE

Para adentrar na essência da questão, faz-se necessário discorrer sobre a violência obstétrica, a qual emana da agressão de gênero, motivo pelo qual está ligada ao sexo (gênero) da mulher que sofre as suas consequências.

Ressalta-se, entretanto, que a violência obstétrica sexual é composta por ação imposta à mulher que venha violar sua intimidade ou pudor, ocorrendo sobre seu discernimento a respeito de sua integridade sexual e reprodutiva. No entanto, pode ter acesso/ingresso ou não aos órgãos sexuais da mulher e ou partes íntimas do seu corpo. Como exemplos dessa violação, destacam-se:

[...] episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal (enema), cesariana sem consentimento informado, ruptura ou descolamento de membranas sem consentimento informado, imposição da posição supina para dar à luz (posição litotômica), exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento (Ciello *et al.*, 2012, p.60).

Com base em preceitos básicos, o Ministério da Saúde aclara que a gravidez e o nascimento são fatos únicos cheios de potentes sentimentos e emoções que cercam a natureza da mulher. É uma experiência vivida pela mulher e esses momentos ficarão marcados para sempre em sua memória. Portanto, todos os envolvidos na sua assistência e proteção, desde o pré-natal até a hora de dar à luz, devem lhe proporcionar/garantir um ambiente de carinho e humanismo. Dessa forma, é indispensável que a mulher seja cuidada em um ambiente tranquilo e saudável, sem hábitos rígidos e imutáveis, em uma atmosfera sólida na qual possa expressar/noticiar de forma livre seus sentimentos, recebendo cuidados individualizados e flexíveis conforme suas necessidades (Brasil, 2014).

O Ministério da Saúde (2014) aduz que a mulher precisa se sentir segura e protegida por todos com quem ela convive, tanto durante o percurso na assistência pré-natal como na assistência ao nascimento. Neste contexto, é de grande valia a presença do companheiro, ou acompanhante escolhido pela mulher, pois ela deve se sentir encorajada e protegida para que esse momento sublime seja coroado de alegria. É de fundamental importância que não haja a separação entre mãe e filho tanto no momento do nascimento quanto em todo o período de internação, para que ela fique tranquila e confiante.

Diante dessa perspectiva, surge como exemplo que no decorrer da história da humanidade as mulheres vêm sofrendo abusos/violação e outros formatos de violência. Em junho de 2009, um profissional da saúde foi indiciado por estupro/abuso e atentado violento ao pudor. Foi constatado que, depois de quatro anos em fuga, foi condenado a 181 anos de prisão em decorrência de 48 estupros cometidos contra 37 de seus pacientes. Diante do feito, cumpre ressaltar que o réu deve cumprir a

pena em domicílio e sem tornozeleira eletrônica, uma vez que o equipamento se encontra em falta no Estado, é o que diz o magistrado em sua decisão (Tomaz; Machado, 2016).

Nesse contexto, em março de 2010, de acordo com Tomaz e Machado (2016), pacientes prestam queixa contra o profissional da saúde, ginecologista da Casa da Mulher Taubateana, no Vale do Paraíba (SP). Segundo o depoimento delas, o médico praticou/cometeu abuso sexual durante suas consultas, sob o pretexto de checar o correto uso do DIU, dispositivo intrauterino. Assim, o referido profissional simulava/disfarçava relações sexuais com os dedos, além do mais, ele fazia movimentos bruscos/ríspidos durante o exame. Cumpre ressaltar que das nove denúncias que foram levadas à Justiça, em razão de cinco delas o profissional da saúde foi condenado a nove anos e quatro meses de reclusão. No entanto, teve o direito de aguardar em liberdade. Após um ano, com o médico foragido, sua pena foi aumentada em dez anos.

Diante desse arcabouço de manifestações e relatos, é hora de destacar o estupro de vulnerável de que as mulheres têm sido vítimas. O cerne da questão, ou seja, o estupro de vulnerável se perfaz quando a vítima, de qualquer modo, não pode oferecer resistência.

Primeiramente, faz-se necessário compreender o perfil daqueles que praticam estupro: essas pessoas/indivíduos sofrem de transtornos mentais, agem por maldade, ou têm alguma doença que possa explicar sua patogenia, identificando-os como homens/indivíduos incapazes de controlar seus impulsos sexuais. No entanto, diante dos fatos, o médico/abusador, a menos que se prove o contrário, não parece sofrer de qualquer doença/perturbação, e tampouco pode ser considerado/acatado como uma figura inexistente/imaginária. Ao que tudo indica, ele é um homem comum à luz do aspecto sociológico.

Com base nessa compreensão, é possível observar essa realidade dentro de um contexto social em que um cidadão comum, que desempenha várias funções sociais e é consciente de suas ações, pode cometer uma aberração dessas, impulsionado pela cultura machista enraizada em sociedades patriarcais. Segundo Heleieth Iara Bongiovani Saffioti e Suely Souza de Almeida,

[...] nunca se conseguiu traçar o perfil do agressor físico, sexual ou emocional de mulheres. Do ponto de vista sociológico, eles são cidadãos comuns, não só na medida em que têm [...] uma ocupação e desempenham corretamente outros papéis sociais, mas também porque praticam diferentes modalidades de uma mesma violência estrutural. Se não apenas as classes sociais são constitutivas das relações sociais, estando neste caso também o gênero e a raça/etnia, não há razão para se buscarem características específicas dos agressores, pelo menos da perspectiva aqui assumida (Saffioti; Almeida, 1995, p. 138).

Nessa linha, cumpre ressaltar que as autoras mencionadas retratam que também nunca se conseguiu traçar o perfil do agressor do ponto de vista psicológico. Elas finalizam seu discurso narrando que a psicologia fez diversas tentativas capazes de detectar as especificidades do agressor, as quais tiveram resultado negativo, ou seus instrumentos/organismos de mensuração do que se considera anormalidade/anomalia são insuficientes para alcançar/conseguir esse objetivo, ou o

agressor é normal. De acordo com Lima (2022), do ponto de vista sociológico, a transformação da agressividade em agressão é socialmente estimulada e, portanto, não faz sentido procurar características individuais no agressor.

Do ponto de vista sexual, as práticas que violam a intimidade ou pudor da mulher, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podem envolver o acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo, conforme apontado por Teixeira e Meneghel (2015).

Diante do exposto, é difícil compreender a contradição daqueles que deveriam cuidar, uma vez que as mulheres depositam sua confiança neles, mas podem ser vítimas de abuso. Essa reflexão leva a questionar até que ponto o conhecimento médico pode ser utilizado para enganar as vítimas. Não é possível mensurar ou quantificar a totalidade de pacientes, especialmente mulheres em cirurgias, partos ou exames com sedação, que, impotentes, tiveram seus corpos mutilados por aqueles que juraram protegê-las.

O fato é que se chegou a um continente de elevação de subnotificação dos crimes sexuais. De acordo com Cerqueira e Cruz, (2014, p. 6), a pesquisa “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde”, produzida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), indica que apenas 10% dos casos são registrados em sedes policiais e estima-se que, no mínimo, 527 mil pessoas sejam estupradas por ano no país. Os dados oficiais já são alarmantes, pois, no Brasil, uma mulher é estuprada a cada 11 minutos, ou seja, aprox. 47.646 casos em 2014, de acordo com as informações do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015).

Corroborando com a temática em apreço, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022) traz como relato que somente no ano de 2021 foram registrados 66.020 estupros no país, sendo que 75,5% das vítimas eram vulneráveis. Elas eram incapazes de consentir o ato. Ademais, 61,3% das vitimadas apresentavam até 13 anos e, em 79,6% dos casos, o agressor/autor do delito era conhecido da vítima.

Com efeito, é comum que a vítima, durante o processo de justiça criminal, sinta-se desamparada e se arrependa de ter apresentado uma acusação de crime sexual, especialmente quando confrontada com indivíduos poderosos que a intimidam. Ou seja, entende-se que são pessoas com “poder”, o que ensina Foucault:

[...] o que caracteriza, por outro lado, o poder que analisamos aqui, é que ele coloca em jogo relações entre indivíduos (ou entre grupos). Pois não devemos nos enganar: se falamos do poder das leis, das instituições ou das ideologias, se falamos de estruturas ou de mecanismos de poder, é apenas na medida em que supomos que alguns exercem um poder sobre os outros, (Foucault, 2009, p. 9).

Partindo desse entendimento, o ilustre autor acima citado, traz a baile que o termo “poder” designa relações de hierarquia entre parceiros, aos quais ficam subordinados, entendendo-se que não significa um sistema de jogo, mas que algum exerce poder sobre o outro.

Diante desse episódio, é enfático que existem evidências desse poder dos homens sobre as mulheres. Sendo necessário e evidente que, em processo de estupro, o histórico sexual da vítima seja utilizado/usado contra ela, ou seja, um incentivo ao silêncio. Caso ela já possua vida sexual ativa e liberal, a credibilidade de seu testemunho pode ficar comprometida. No entanto, pensando por esse ângulo, não é levado em consideração, em momento algum, o passado do homem (Smart, 1995, p. 112).

A cultura do machismo, de acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência, entre os quais o estupro como exemplo no Brasil, de maneira especial, trilhou por dois momentos: “pela imputação da culpa pelo ato à própria vítima, ao mesmo tempo em que coloca o algoz como vítima”; e “pela reprodução da estrutura e simbolismo de gênero dentro do próprio Sistema de Justiça Criminal, que vitimiza duplamente a mulher” (Cerqueira; Cruz, 2014, p. 2).

É nesse cenário que tantas violências obstétricas ocorreram, além da latente impunidade gerada por falta de pronunciamento das vítimas. Diante desse feito, vem à luz a prática de crimes sexuais em estabelecimentos de saúde. Essa prática já tem endereço certo, pois, segundo o Intercept, em nove estados brasileiros, como Acre, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, São Paulo e Tocantins, mais ou menos 1.734 casos do tipo entre 2014 e 2019 já foram registrados. Totalizam 1.239 registros de estupros e 495 de outros casos, como de assédio sexual, violação sexual mediante fraude, atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor. E se for considerado o alto índice de subnotificações em todo país, deve haver ainda mais casos.

Dando continuidade ao estudo em debate, na próxima seção discute-se sobre o impedimento da parturiente de ter acompanhante em decorrência de sua permanência em hospital público mantido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E O DESCUMPRIMENTO DA LEI DO ACOMPANHAMENTO 11.108/2005

A Carta Magna há tempos trouxe um marco histórico na luta de igualdade de condições entre homens e mulheres, ou seja, paridade de gênero. Assim, esse ditame constitucional elencou no ordenamento jurídico a proteção à maternidade a todas as gestantes. Na Constituição, portanto, evidencia-se o cuidado do legislador de propiciar tratamento digno à gestante e a atenção, sobretudo com a conduta que lhe é ofertada (Brasil, 1988).

Ressalta-se que, apesar das afirmações listadas em nossa Carta Magna no tocante aos partos, a própria negação à mulher do direito a um acompanhante de sua confiança no momento do

procedimento obstétrico configura uma forma de violência obstétrica de caráter institucional com viés psicológico, haja vista a condição de fragilidade feminina.

Com base em preceitos práticos a partir da realidade, com o aumento da violência obstétrica contra a parturiente/gestante, passam a existir formas diversas de violação dos direitos intrínsecos à mulher, portanto, configurando crime recorrente advindo dos diversos atos praticados por médicos, inclusive a negação do acompanhante antes, no momento ou depois de ela dar à luz.

Em resposta a essa constatação, foi criada no Brasil a Lei nº 11.108 de 2005, cujo objetivo é garantir o acompanhante para a gestante, portanto cabem aqui as interpretações do art. 19 para situações do direito da parturiente de ter um acompanhante durante a sua permanência em uma das redes hospitalares no momento do parto: “[...] Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato” (Brasil, 2005).

Diante do feito, fica evidente a importância do cumprimento da lei, no sentido de que a mulher em estado puerperal tem direito a acompanhante. Esse direito está estabelecido na Lei nº 11.108 de 2005, conhecida como Lei do Acompanhante, que vem proporcionar e garantir dignidade e autonomia à parturiente ao ter o direito de indicar um acompanhante durante toda a fase do ciclo gravídico-puerperal (Castro, 2020, p. 4). Entretanto, não obstante estar presente no ordenamento jurídico há 16 (dezesesseis) anos, não tem sua aplicabilidade em alguns julgados proferidos pelos Tribunais brasileiros.

O Tribunal do Estado da Bahia (TJBA), ao julgar os autos 0005195-61.2012.8.05.0088, mostrou-se atualizado em relação aos elementos caracterizadores da violência obstétrica, uma vez que “ao proferir a sua decisão, salientou que a entrada da gestante sozinha, sendo inviabilizado o acompanhamento do seu esposo durante o seu atendimento, em razão da presença de outras gestantes na unidade hospitalar, caracteriza-se, por si só, violência obstétrica” (Brasil, 2018).

Por outro giro, nos autos 0087908-57.2016.8.09.0051, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) entende que, muito embora o direito ao acompanhamento à mulher desde o trabalho de parto até o parto seja garantido por lei, ele não deve prevalecer quando houver risco à saúde da parturiente e/ou do nascituro.

Assim, a relatora defende que, apesar de inexistir expressa previsão na Lei ou em normativas da ANVISA em situações excepcionais, entende que a equipe médica, devidamente orientada pelo hospital e pelos órgãos de saúde competentes, teria plenas condições de analisar caso a caso a viabilidade da presença ou não do acompanhante no parto (ANVISA, 2008). Tal decisão, contudo, deve ser tomada com extrema cautela, com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana em observância do princípio constitucional e evitar o cometimento de violência obstétrica.

É inegável que a proibição da presença do pai no nascimento de sua filha causou profundo abalo emocional aos autores, no entanto, não vislumbrou nenhum ato ilícito perpetrado pela maternidade que seja passível de indenização pecuniária, uma vez que não vislumbra a responsabilização da Clínica Médica pela sua conduta assertiva, que culminou na preservação da vida de todos os envolvidos no ato (Brasil, 2020).

Nessa linha, Castro (2020, p. 5) é enfático em sua reflexão quando diz que o acompanhamento à gestante tem como função contribuir não apenas com o aconchego físico e emocional, mas que também pode auxiliar a parturiente a manifestar a sua vontade/anseio na ocasião do parto. Assim, esse direito é essencial como ferramenta para proporcionar o respeito à autonomia da gestante, além de ser um importante fator de desestímulo à prática de violência obstétrica.

Além do mais, desde 1990, já é garantido o momento do parto para a mulher e seu filho, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), mais especificamente em seu artigo 7º e 8º, §8º, que também assegura à gestante e ao bebê tratamento especial no momento do parto para que o nascimento ocorra em condições dignas de existência. Assim, esses dispositivos preveem de maneira expressa o direito ao acompanhante em todo o período gestacional, inclusive no parto, salientando a importância da presença de alguém durante todo esse período (Brasil, 1990).

Assim, no tocante à análise do Estatuto ECA e outras normativas, percebe-se que, na maioria das vezes, os dispositivos legais não são interpretados como deveriam, ou são simplesmente descumpridos sem nenhum constrangimento. Diante disso, vale ressaltar ainda que o hospital deve cumprir não só as normativas impostas pela instituição, mas que nesse caso específico ele deve rever suas normativas e cumprir os ditames da lei. Assim, dá-se continuidade no próximo bloco ao crime de estupro de vulnerável em desfavor da mulher em momento ou logo após ela dar à luz.

3 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA PARTURIENTE: LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA APLICADAS

Para adentrar o estudo do crime de estupro de vulnerável, é preciso destacar que a violência obstétrica infringe não só os vários direitos fundamentais da mulher/parturiente, como também a integridade física, a saúde, a liberdade sexual, a intimidade, a vida privada, a honra e o direito à informação, o que é digno de qualquer pessoa. A mulher, portanto, tem proteção de seu corpo físico, psicológico, como bem jurídico da pessoa humana. Com o intuito de informar, Andreza Santana Santos explica que a violência obstétrica:

[...] teria como bem jurídico o corpo físico e psicológico da pessoa humana, sua saúde e seu bem-estar, exatamente o mesmo bem jurídico previsto no artigo 129 do CP, que tem como

Conforme o bem jurídico suscitado pela referida autora, vem alhures os princípios penais, dentre eles, destaca-se um princípio de enorme relevância e que se adéqua corretamente nos procedimentos/ações positivas que devem ser proporcionados à parturiente. Trata-se do Princípio da Confiança, aquele papel que se espera/confia que seja acatado por cada um, possibilitando, assim, o cumprimento do dever de fidelidade e cuidado com o outro.

Na lição de Fernando Capez (2023, p. 62), esse princípio se fundamenta na confiança de que todos devem esperar das outras pessoas a responsabilidade e a conformidade com as normas da sociedade, visando proteger e evitar danos a terceiros. Assim, consiste na efetivação da conduta com a certeza de que o outro atuará de maneira natural e esperada, com base na justa expectativa de que a conduta das outras pessoas ocorrerá de acordo com o que normalmente é acordado.

São necessários, portanto, os cuidados da gestante/parturiente no momento do parto e pós-parto. O princípio da confiança ensina que a gestante, em seu momento de vulnerabilidade, deve confiar nos profissionais da saúde que estão à sua disposição ou deveriam estar, e que devem lhe proporcionar acomodações devidas, pois elas necessitam de segurança nesse momento delicado e importante da mulher. Havendo abuso da confiança atribuída/conferida aos profissionais de saúde, é evidente que as ações violentas e antagônicas à vontade da gestante/parturiente geram fato típico, ou seja, uma conduta ilegal no âmbito jurídico, que deve ser punida, na forma da lei.

Nesse ponto de vista, os impactos/choques que a violência obstétrica ocasiona na vida das vítimas são virtualmente lesivos, ao ponto de a parturiente, dopada e inconsciente, ser estuprada, ou seja, esses efeitos incluídos ao aspecto físico, quando do abuso ao corpo, provocam sequelas das ações praticadas pelos agressores.

Diante desse cenário, o crime de estupro de vulnerável praticado contra a parturiente já vem ocorrendo dentro de algumas instituições hospitalares, em que é comum o procedimento dessa prática, por ser talvez relacionada aos maus hábitos da sociedade patriarcal, que ainda tem suas raízes introduzidas no subconsciente dos indivíduos/homens e que vem perdurando por muitas décadas. Diante disso, o interesse do homem e a satisfação, erroneamente, ainda são mais valorados que os da mulher, a qual deveria ser dona do próprio corpo, mas às vezes é subordinada a utilizá-lo apenas como objeto para a lasciva do homem, mesmo sem o consentimento dela.

Nesse viés, em 2009, o Título VI do Código Penal passa por outra importante reforma, por eficácia da legislação decorrente. A Lei nº 12.015/2009, por meio da modificação de tal título, o qual é expresso “Dos crimes contra a dignidade sexual”, ampliou o rol de condutas abrangidas pelo crime de estupro. A esse respeito, a Lei nº 12.845/2013 importou na obrigatoriedade do atendimento

multidisciplinar às vítimas de violência sexual (Brasil, 2013b). No mesmo ano, por meio do Decreto nº 7.958/2013, foram criadas diretrizes para esse atendimento (Brasil, 2013).

Diante desse arcabouço de informação, cumpre ressaltar o crime de estupro de vulnerável, tipificado na Lei n. 12.015/09, que além de abranger o menor de 14 anos, também prevê outra figura de vulnerável, conforme estabelecido no §1º do art. 217-A do Código Penal. Esse dispositivo dispõe que “incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento, ou que, por qualquer outra causa/motivo, não pode oferecer resistência” (Bitencourt, 2022, p. 95).

Noutro giro, segundo o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso” (Brasil, 2013a).

Assim posto, o crime pode se consumir independentemente da conjunção carnal, desde que o ato libidinoso diverso seja a intenção do agente.

Outras hipóteses de vulnerabilidade (§ 1º, art. 217-A, do CP) estão inseridas no dispositivo acima mencionado: “incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém, que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. A enfermidade mental consiste em doença ou moléstia que implique o bom funcionamento da capacidade cerebral. Já a deficiência é sinônima de debilidade cognitiva. Ou, seja, a vítima, embora consciente, não tem maturidade condizente com a sua idade. Tanto em uma quanto em outra hipótese, inexistente capacidade em consentir com o ato sexual.

Para que o agente pratique o crime, é essencial que o sujeito seja conhecedor da enfermidade ou deficiência mental que acomete vítima, e tais condições deverão ser objeto de laudo pericial, caso sejam propostas ações penais. Na parte final do dispositivo, está prevista a circunstância em que a vítima não possa esboçar reação – seja em razão de inconsciência ou parcial consciência (ex.: coma) ou por falta de mobilidade física (ex.: tetraplegia), e sob efeito de medicação.

Nesse sentido, Maranhão (2011, p. 618) aduz que “se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que não pode oferecer resistência”. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrições extremas); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax; gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para ossificação de certas fraturas etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas etc. são casos em que a pessoa não pode oferecer resistência.

Diante desse feito, a Lei nº 13.718/18 altera o tipo de ação que será movida contra o agente/sujeito ao praticar o estupro de vulnerável, que deixa de ser ação penal pública condicionada

e torna-se ação penal pública incondicionada, ou seja, não depende da pretensão da mulher para apresentar a denúncia e a posterior persecução penal.

Segundo Favoretto (2015, p. 186), a ação penal pública incondicionada trata-se da regra geral do ordenamento jurídico pátrio, sendo de titularidade do Ministério Público. No mesmo sentido, o artigo 225, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP), aborda o crime de estupro de vulnerável como um crime de ação penal pública incondicionada. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no informativo/boletim n. 553/2015, compreendeu que, caso a vulnerabilidade seja momentânea ou súbita, ou seja, apenas durante a violência sexual, o referido crime é considerado de ação penal pública condicionada à representação, de acordo com o entendimento do STJ.

Nesse ínterim, para exemplificar, traz-se como exemplo o caso da vítima que possui discernimento para a prática de ato sexual, mas é estuprada enquanto está sob o efeito de substância que a manteve desacordada. No julgado, isso é evidenciado: "Procede-se mediante ação penal condicionada à representação no crime de estupro praticado contra vítima que, por estar desacordada, era incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos" (Brasil, 2013c)

O estupro de vulnerável faz parte do rol dos crimes hediondos, nos termos da Lei 8.072/90 em seu art. 1º, VI, o qual aduz que o cumprimento da pena deve se dar em regime prisional inicialmente fechado. De todo modo, representa o Estado tentando coibir de maneira direta e objetiva ações ilícitas como estas, dentro de um cenário de grande sensibilidade social.

CONCLUSÃO

Ao discutir a temática proposta neste artigo sobre violência obstétrica, buscou-se responder à seguinte problemática: estupro de vulnerável existe? Tem relação com violência obstétrica? Diante desse dilema, buscou-se apresentar discussões doutrinárias e jurisprudenciais que viessem ao encontro de anseios da sociedade no tempo presente.

Através do cumprimento da pesquisa, foi possível obter respaldo teórico e metodológico de doutrinas específicas e julgados do STJ, os quais permitiram constatar que a violência obstétrica continua crescendo nos hospitais, depreciando a mulher como personagem principal no ciclo gravídico.

Com efeito, constata-se que a violência obstétrica é frequentemente empregada em mulheres que estão em situação de vulnerabilidade, ou seja, apresentam fragilidade na saúde física e mental, não podendo se defender de forma adequada, seja por estarem anestesiadas ou por qualquer outro motivo que impossibilite a resistência.

Vale ressaltar que o período gestacional e de pós-parto é um momento de extrema vulnerabilidade da mulher, além de muito especial, haja vista ser o momento de gerar uma vida. Assim, a gestante mostra o seu interesse em ter um acompanhante para estar com ela na hora do parto, pois pode precisar, e nada mais justo ter com ela uma pessoa da família que pode lhe ajudar caso precise.

No que se infere da temática, esta se faz relevante e atual para a compreensão de aspectos importantes, no sentido de ser capaz de identificar possíveis crimes de maneira a coibir tais mecanismos, que podem gerar inúmeras consequências irreparáveis. Os profissionais da saúde podem ser responsabilizados na esfera administrativa e penal, correndo o risco de serem condenados e perderem o cadastro no CRM, em conformidade com o Código de Ética Médica.

Os resultados da pesquisa mostraram que, em se tratando de controvérsia doutrinária, recorre-se à jurisprudência do STJ, e os ministros estudarão o caso em comento, dando o resultado proferido pela maioria.

Portanto, a mulher em estado puerperal vislumbra a necessidade de um acompanhante, seja um parente ou uma pessoa de inteira confiança no ato de sua internação ou quando prestes a dar à luz.

Este tema é recorrente em várias academias brasileiras, o qual acredita-se que deve ser estudado e discutido ainda por muitos anos, dada sua relevância e continuidade de abrangência no que diz respeito aos delitos praticados por alguns profissionais da saúde que podem pôr em risco suas pacientes, especialmente aquelas que estão em estado puerperal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022. vol.4.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul.2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF: Presidência da

República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-publicacaooriginal-115434-pl.html>. Acesso em: 17 jul.2022.

BRASIL. **Decreto nº7.958, de 13 de março de 2013**. Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm. Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1244672 / MG**. Estupro de vulnerável. Prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso contra menor. Presunção de violência. Natureza absoluta. Relator: Ministro Campos Marques, 21 de maio de 2013a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23343596/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1244672-mg-2011-0047026-8-stj/inteiro-teor-23343597>. Acesso em: 16 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.845, de 01 de agosto de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília, DF: Presidência da República, 2013b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112845.htm. Acesso em: 16 jul.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 276.510/RJ**. Processo nº 2013/0291689-4. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 04 de novembro de 2013c. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1343799&tipo=0&nreg=201302916894&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 16 jul.2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Humanização do parto e do nascimento**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. v. 4.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação nº 0005195-61.2012.8.05.0088**. Relatora: Desa. Lícia de Castro L. Carvalho, 28 de maio de 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 0087908-57.2016.8.09.0051**. Relator: Desa. Maria das Graças Carneiro Requi, 31 de julho de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução nº 36, de 3 de junho de 2008**. Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em:

https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036_03_06_2008_rep.html. Acesso em: 20 out.2023.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 16 jul. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2023.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros. Direito ao acompanhante, violência obstétrica e poder familiar. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 25, n. 1, p. 1–12, 2020.

CERQUEIRA, Daniel e COELHO, Danilo de Santa Cruz. Estupro no Brasil: **uma radiografia segundo os dados da Saúde**. Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Brasília, março de 2014. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf.

CIELLO, Cariny *et al* (col.). **Violência obstétrica “Parirás com dor”**: dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres. [S.l]: Parto do Princípio – Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa, 2012.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Direito Penal: parte geral e parte especial**. São Paulo: Editora Rideel, 2015. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/182324/pdf/0>. Acesso em: 17 jul. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. ISSN 1983-7364. [S.l], ano 9, 2015. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

FOUCAULT, M. O sujeito e o poder. *In*: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault: uma trajetória filosófica**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

LIMA, Sandra da Conceição da Silva; RODRIGUES, Jéssica Silva. A violência contra a mulher na perspectiva da psicologia. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v.13, n1, p. 139-153. jan./jun. 2022. DOI: 10.36517/revpsiufc.13.1.2022.11.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8. ed. [Bahia]: Malheiros, 2011,

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani; ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SANTOS, Andreza Santana. **Uma análise da violência obstétrica à luz da teoria do bem jurídico: a necessidade de uma intervenção penal diante da relevância do bem jurídico tutelado**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

SMART, Carol. **Law, crime and sexuality: essays in feminism**. United Kingdom: Sage Publications, 1995.

TEIXEIRA, Elizabeth Freury; MENEGHEL, Stela (org.). **Dicionário feminino da infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2SAFQfK>. Acesso em: 10 out. 2022.

TOMAZ, Kleber; MACHADO Livia. Abdelmassih é indiciado por mais 37 estupros e manipulação genética, **G1**, São Paulo, 25 jun. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/06/abdelmassih-e-indiciado-por-mais-37-estupros-e-manipulacao-genetica.html>. Acesso em: 08 ago. 2022.

A CULPA CONTRA A LEGALIDADE E O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Guilt against legality and the medical code of ethics

Patrícia Ribeiro Serra Vieira*
Ana Clara Oliveira de Sá**

Resumo: A Resolução n.º 2.217/2018, que instituiu o atual Código de Ética Médica, afastando-se de um viés mais protetivo em relação ao paciente, estabeleceu que a responsabilidade administrativa do médico é pessoal e subjetiva, vedando a aplicação da culpa presumida nos casos de transgressão às suas normas. No presente artigo, investiga-se a possibilidade de a responsabilização civil do médico por condutas lesivas causadas ao paciente, diante da inobservância de normas regulamentares, buscar seu fundamento na culpa contra a legalidade. Estabelecida essa premissa, analisar-se-á a natureza jurídica da responsabilidade civil em casos de culpa contra a legalidade — tratada pela doutrina e jurisprudência nacionais como hipótese de culpa presumida —, o arcabouço normativo a ela aplicado, bem como os consectários processuais relevantes, como questões atinentes à inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: responsabilidade civil; presunção de culpa; ética médica; profissional liberal.

Abstract: Resolution n.º 2.217/2018, which established the current Code of Medical Ethics, moving away from a more protective bias towards the patient, established that the doctor's administrative responsibility is personal and subjective, prohibiting the application of presumed guilt in cases of violation of its rules. In this article, we investigate the possibility of the doctor's civil liability for harmful conduct caused to the patient, due to non-compliance with regulatory standards, seeking its basis in guilt against legality. Having established this premise, the legal nature of civil liability in cases of guilt against legality will be analyzed — treated by national doctrine and jurisprudence as a hypothesis of presumed guilt —, the normative framework applied to it, as well as the relevant procedural consequences, as issues related to the reversal of the burden of proof.

Keywords: civil responsibility; presumption of guilt; medical ethics; liberal professional.

Submissão em:
19/10/2023
Aprovação em:
26/10/2023 e 27/10/2023

INTRODUÇÃO

A Resolução n.º 2.217/2018, modificada pelas Resoluções n.º 2.222/2018 e 2.226/2019, instituiu o atual Código de Ética Médica. Para incorporar as abordagens pertinentes às mudanças na

* Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

** Especialista em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-Graduada em Direitos Difusos e Coletivos pelo Curso Círculo de Estudos na Internet (CEI).

contemporaneidade, foram levadas a cabo as propostas formuladas pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas entidades médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias.

Seu principal escopo é uma melhor adequação da normativa da atividade médica à Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88). Adequação essa possibilitadora de um melhor relacionamento do médico com o paciente, no intento de uma maior autonomia à sua vontade.

O texto do atual Código de Ética Médica expressa a sua composição de 26 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 11 normas diceológicas (éticas), 117 normas deontológicas (deveres impostos aos médicos¹) e quatro disposições gerais². A transgressão das normas deontológicas sujeitará, segundo o mesmo Código, os infratores às penas disciplinares nele previstas.

O Código Ético, agora em vigor, é reflexo das mudanças sociais, tecnológicas e empresariais³ que afetaram a relação médico-paciente ao longo dos tempos; visto que, por um lado, os médicos de família foram dando lugar aos médicos credenciados e/ou referenciados, em sua maioria, por planos de saúde. Contudo, denota-se, de outro lado, uma enorme resistência no sentido de que se dê aplicabilidade aos direitos humanos nestas relações⁴, para que sejam respeitados os direitos do paciente.

Como pontua Sílvio de Salvo Venosa, “nesta época a Medicina se socializa e se despersonaliza. A necessidade premente de especialização faz com que a relação médico paciente seja quase sempre exclusivamente profissional” (Venosa, 2010, p. 79). Evidenciando essa contradição, Miguel Kfoury Neto adverte que “ao enorme progresso da medicina não correspondeu análogo avanço do humanismo — e isso leva o homem atual a reclamar, constantemente, a necessidade de humanização da Ciência Médica” (Kfoury Neto, 2019, p. 37).

Ainda de acordo com o autor, “A relação entre o médico e o enfermo não mais se restringe às duas pessoas envolvidas na atividade curativa” (Kfoury Neto, 2019, p. 37). Pode-se afirmar que a relação médico-paciente perdeu, como regra, sua característica de obrigação personalíssima, visto ser

¹ Edmilson de Almeida Barros Júnior entende que o Código de Ética Médica representa “o que há de mais rigoroso no Brasil, no que se refere a códigos de ética profissional, pois vedam de forma objetiva praticamente tudo, transformando, quase sempre, qualquer conduta em dever e obrigação” (Barros Júnior, 2013, p. 208).

² Na redação do Código de Ética Médica de 2018, não foram feitas alterações significativas em relação à numeração dos artigos ou à estruturação do texto, quando se compara ao Código de 2009, em postura pragmatista de facilitação ao manuseio para os operadores já acostumados com o Código anterior.

³ Como exemplo da incorporação de abordagens próprias do mundo contemporâneo, destaca-se que o Código de Ética Médica de 2018 estabeleceu, de forma pioneira, em seu Artigo 37 (Capítulo V), os limites para o uso de redes sociais pelos médicos no exercício da profissão.

⁴ A professora Heloisa Helena Barboza já denunciara, com base na obra de Leonardo M. Martin, intitulada *Os direitos humanos nos Códigos Brasileiros de Ética Médica*, em pontuação ao Código de Ética Médica de 1988, que: “A alteração de entendimentos também se fez sentir na atuação médica, que não ficou imune às profundas modificações socioculturais e tecnológicas ocorridas no último século, indicando-se um conflito de pelo menos três paradigmas nos códigos brasileiros de ética médica: o tecnocientífico, o comercial-empresarial e o benigno-humanitário. [...] Essa mudança decorreu também da crescente interferência dos direitos humanos nas relações médico-paciente, especialmente no reconhecimento dos direitos do paciente, que acabaram assimilados pelo Código de Ética Médica de 1988” (Barboza, 2004, p. 43).

intermediada — na maior parte das vezes, como ensina a experiência — por planos e seguros de saúde, hospitais e até mesmo pelo próprio Estado. Raras são as situações nas quais há a contratação direta realizada pelo paciente que procura o profissional da medicina de sua confiança.

Ao apontar os desafios dessa relação médico-paciente quase sempre intermediada por terceiros, Miguel Kfouri Neto adverte:

Ora é o plano de saúde que veda a realização de determinado exame complementar – e o médico, para não se indispor, cede diante daquela interferência – e culmina por retardar a cura ou prescrever tratamento equivocado, ora é o hospital, a exigir a desinternação rápida, quando ainda seria conveniente a permanência do paciente por mais tempo internado; ora é o Estado, que despense recursos insuficientes para o custeio da saúde pública – e parece mostrar-se insensível diante dos dramas cotidianos das pessoas desassistidas. E as situações culminam por deteriorar vínculos – outrora fundados em recíproca fraternidade. Daí exsurge a insatisfação e a revolta – que evolui para as demandas judiciais, mesmo inexistente a culpa do médico, pelo mau resultado eventualmente verificado (Kfouri Neto, 2019, p. 38).

Diante dos desafios dos novos tempos, o atual Código de Ética Médica buscou trazer o senso humanitário e as contribuições da bioética com previsões específicas, dentre elas: 1. O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício, sendo-lhe vedado utilizar seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade (Capítulo I, Princípio Fundamental VI); 2. Não pode exercer a medicina, em nenhuma circunstância ou forma, como atividade de comércio (Capítulo I, Princípio Fundamental IX); 3. O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência (Capítulo I, Princípio Fundamental XIX); 4. A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo (Capítulo I, Princípio Fundamental XX); 5. No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e com motivação científica (Capítulo I, Princípio Fundamental XXI).

Porém, quando da normatização da responsabilidade profissional, afastou-se do viés de maior proteção do paciente, já que a Resolução n.º 2.217/2018 delimitou a responsabilidade do médico como pessoal, eminentemente subjetiva, impedindo a aplicação da culpa presumida quando de transgressões àquele Código; normativa essa vigente desde seu antecessor, o Código de Ética Médica de 2009 (Resolução CFM n.º 1.931/2009).

Sabe-se, entretanto, que, no âmbito jurídico, toda e qualquer conduta lesiva que venha a importar em desobediência a uma norma regulamentar faz-nos caminhar para a seara da culpa contra a legalidade, sempre alocada, pela doutrina e jurisprudência nacionais, na ambiência da culpa

presumida. Esse alerta é necessário, visto que não se exclui certa elucubração jurídica acerca da culpa contra legalidade quando de realização, pelo médico, de conduta que lhe é vedada.

Como o Código de Ética Médica se restringe ao campo da responsabilidade administrativa, não se fará prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e as correntes doutrinária e jurisprudencial recorrentes na matéria relatada neste artigo. O que se conclui é que a vítima, na seara administrativa, na perseguição da responsabilidade ética, terá de envidar esforços à prova do ato culposo do médico que lhe causou dano. Ou seja: no âmbito civil, tem-se a aplicabilidade da lei protetiva das relações consumeristas e a aplicação da culpa presumida no que couber.

1 A NATUREZA JURÍDICA DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E SEU PODER NORMATIVO: UM ANÚNCIO ÀS PRÁTICAS MÉDICAS CONTRA A LEGALIDADE

O Conselho Federal de Medicina (CFM), autor do Código de Ética Médica em vigor, é órgão delegado do Poder Público para tratar de questões atinentes à saúde pública e às atividades desenvolvidas pelos profissionais médicos, sendo-lhe atribuído, pela própria Constituição da República Federativa Brasileira⁵, como Conselho fiscal, poder regulamentar e fiscalizatório.

Sendo assim, tem-se assentado que os Conselhos fiscais de profissões regulamentadas são criados por lei federal, na preservação, em sua grande maioria, da sua autonomia administrativa e financeira, bem como dos princípios da ética e da disciplina da categoria laborativa a que se destinam. Ora são constituídos como entes dotados de personalidade jurídica de direito público, ora, mais diretamente, se apresentam como autarquias federais, “pois exercem atividade que, em princípio, seria do Estado” (Cavaliere Filho, 2020, p. 237). Nesse sentido, alerta Ronaldo Pinheiro de Queiroz⁶ que:

⁵ O artigo 21, inciso XXIV, da CRFB, determina que compete à União Federal organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, atividade típica de Estado que foi objeto de descentralização administrativa, colocando-a no âmbito da Administração Indireta, a ser executada por autarquia, pessoa jurídica de direito público criada para esse fim (Brasil, 1988).

⁶ Ronaldo Queiroz, em memória às discussões recorrentes no Judiciário Brasileiro, destaca: “Essa lei, contudo, foi impugnada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.717-6/DF, ajuizada em conjunto pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B –, pelo Partido dos Trabalhadores – PT – e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT. Em sede de cautelar, no dia 22 de setembro de 1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, suspendeu a eficácia dos dispositivos impugnados da Lei 9.649/98 (os dispositivos impugnados da Lei 9.649/98 foram o art. 58, caput e os parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º. À exceção do § 3º, considerado prejudicado em face da modificação do texto original da constituição pela Emenda Constitucional n. 19/98, todos os demais foram suspensos). No dia 07 de novembro de 2002, o mérito da ADIN 1.717-6/DF foi julgado, tendo como Relator o Ilustre Ministro Sydney Sanches, que transcreveu, na fundamentação do seu voto, trecho por ele averbado em sede de cautelar, quando disse que: ‘... não me parece possível, a um primeiro exame, em face de nosso ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e punir no que concerne ao exercício de atividades profissionais.’ Importante salientar, por oportuno, que antes mesmo do julgamento da referida ADIN, o Supremo Tribunal Federal já tinha enfrentado o tema no Mandado de Segurança n.º 22.643-9-SC, Relator Ministro Moreira Alves, por votação unânime, em que se decidiu que: ‘(...) – Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União

Várias são as naturezas jurídicas apontadas para os conselhos de fiscalização, como autarquias de natureza especificamente corporativa, autarquias especiais, autarquias *sui generis*, entidades paraestatais ou até mesmo entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado. A natureza privatística dos conselhos profissionais ganhou força com a edição da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, na qual se previu que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa (Queiroz, 2006).

Entender-se pelo enquadramento do Conselho Profissional como autarquia especial em nada compromete a sua natureza de pessoa jurídica com poder delegado, que deve subserviência, apesar de sua autonomia administrativa e financeira, aos princípios da Administração Pública. Contudo, o entendimento não está pacificado na doutrina nacional:

Há quem defenda, contudo, que os conselhos não seriam autarquias por ausência de supervisão ministerial a consubstanciar a tutela ou controle administrativo dos entes descentralizados pelo ente central. Acontece que a supervisão ministerial não constitui fator essencial para caracterizar um ente como autarquia. Ora, nos casos de descentralização administrativa, a regra é a autonomia dos entes descentralizados e a exceção é o controle destes últimos pela administração central, somente quando previstos em lei e nos estreitos limites desta. A supervisão ministerial está prevista no art. 19 do Decreto-lei 200/67. Como esse controle é uma exceção e está previsto em lei, nada obsta que lei posterior que crie um ente descentralizado deixe de prever tal controle, sem que com isso exclua esse ente da administração indireta ou desfigure sua natureza (Queiroz, 2006).

A despeito da divergência acerca da natureza jurídica dos Conselhos Profissionais enquanto gênero, é certo que o art. 1º da Lei n.º 3.268/57, ao instituir o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, consagrou sua natureza jurídica de autarquia, pessoa jurídica de direito público, dotada de autonomia administrativa e financeira.

Conforme ensina Sergio Cavaliere Filho, os Conselhos de Medicina, além de supervisionarem a ética profissional em toda a República, desempenham função julgadora e disciplinadora da classe médica, “cabendo-lhes zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente” (Cavaliere

por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição.’ Cabe destacar trecho do voto condutor do Relator, na passagem onde diz que: ‘Esses Conselhos – o Federal e os Regionais – foram, portanto, criados por lei, tendo cada um deles personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ademais, exercem eles a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XVI, da Constituição Federal, é atividade tipicamente pública. Por preencherem, pois, os requisitos de autarquia, cada um deles é uma autarquia, embora a Lei que os criou declare que todos, em seu conjunto, constituem uma autarquia, quando, em realidade, pelas características que ela lhes dá, cada um deles é uma autarquia distinta’. Antes disso, o antigo Tribunal Federal de Recursos (TRF) havia reconhecido a natureza jurídica de autarquia federal com relação ao Conselho Regional dos Representantes Comerciais de Brasília (Ministro Moacir Catunda, AI 40.892-DF, AI 40.907-DF, DJU 03.09.1980). O Superior Tribunal de Justiça, ratificando o posicionamento do TRF, editou a Súmula 66, dizendo que ‘Compete à Justiça Federal processar e julgar execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional, no entendimento de que, sendo autarquias federais, as ações em que são autores ficam afetas à Justiça Federal.’ Ora, o desfecho do tema não poderia ser diferente, pois basta um simples cotejo com o Decreto-Lei n.º 200/67, Estatuto da Reforma Administrativa Federal, no seu art. 5º, para verificarmos que os conselhos de fiscalização das profissões liberais se enquadram perfeitamente na forma de autarquias (Queiroz, 2006).

Filho, 2020, p. 238). A função disciplinadora é materializada, em suma, no Código de Ética Médica, aprovado por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina de n.º 2.217/2018, que irá regular o modo de proceder do médico em sua atuação profissional⁷.

O exercício da medicina está sujeito a limitações legais e regulamentares, que devem ser observadas pelos médicos em sua atuação profissional⁸ e, conseqüentemente, também pelos juízes quando do julgamento de uma lide envolvendo suposta má prática médica, para avaliar se a conduta daquele profissional observou os limites normativos ou se a inobservância dessas normas configurou hipótese de culpa contra a legalidade. No entanto, é preciso ressaltar que o dano ao paciente pode existir mesmo quando comprovado o agir médico em conformidade com as normas técnicas da profissão, devendo-se investigar se o profissional agiu com culpa, que, neste caso, deverá ser provada, não presumida. A propósito:

O médico deve proceder em conformidade com as normas e as técnicas da profissão, mas não se compromete a curar. Não é qualquer mau resultado que constituirá fato ensejador da responsabilidade civil do médico. Apenas eventos lesivos que decorrem da culpa profissional impõem a obrigação de indenizar. [...] **Se o diagnóstico ou o tratamento foram realizados com base em critérios técnicos, de forma diligente, considerando o conhecimento científico da época em que o serviço foi prestado, não existe culpa do profissional** (André, 2020, p. 11, grifo nosso).

As resoluções representam, assim, limitações que “possuem certo aspecto de legalidade e inclusive amparo legal e que regulam a atividade médica” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 3), interferindo diretamente na autonomia do médico. É o caso dos deveres profissionais, que devem ser observados pelos médicos em sua atuação profissional, e que vêm consagrados no Código de Ética Médica⁹. Muito embora a codificação não vincule as decisões judiciais, pode auxiliar na interpretação e na aplicação das normas jurídicas quando da apuração da responsabilidade civil médica, especialmente nos casos de culpa contra a legalidade.

⁷ “No exercício da profissão médica, o relacionamento médico-paciente pode ser entendido como uma relação jurídica e, deste modo, sujeita-se às suas regulamentações e limitações legais. O médico, enquanto profissional, deve se sujeitar às normativas éticas discutidas e elaboradas pelo seu conselho de classe profissional, bem como atender às regulações impostas pelo poder do Estado enquanto regulador, fiscalizador e controlador das atividades de saúde” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 1).

⁸ “Um Código de Ética Médica trata da ética codificada, contém dispositivos específicos para cada situação da prática profissional médica, principalmente quanto ao relacionamento com pacientes, com a sociedade e com os próprios colegas” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 1).

⁹ A relação médico-paciente é uma relação de direito privado regulada pelo Código Civil Brasileiro. “Neste sentido, configura-se o não absolutismo na autonomia da vontade do indivíduo, pois, há situações em que faz-se [sic] necessária a atuação ou proibitória do Estado sobre as vontades individuais e particulares, justamente para manter a ordem social e a manutenção das relações humanas e jurídicas no Estado” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 10-11).

2 CULPA PRESUMIDA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Pela sistemática geral da responsabilidade civil, o médico, que deve guiar sua atuação profissional em conformidade com as normas e as técnicas da profissão, não se compromete a curar, assumindo, em regra, obrigação de meio em uma relação médico-paciente contratual¹⁰ e de consumo¹¹. Nos termos do art. 186, 927, *caput* e 951 do Código Civil de 2002 (CC/02), bem como do art. 14, § 2º do CDC, a responsabilidade civil do médico é subjetiva, cujo fundamento, que deve ser demonstrado durante a instrução processual, é a prática culposa, em uma de suas espécies — imprudência, imperícia ou negligência.

Como “a prova da culpa, em muitos casos, é verdadeiramente diabólica, erigindo-se em barreira intransponível para o lesado” (Cavaliere Filho, 2020, p. 51), a jurisprudência tem examinado a prova da culpa com tolerância. Com isso, a regra geral que determina que cabe à vítima provar a culpa do médico, para a caracterização de sua responsabilização pelo resultado danoso, é excepcionada por diversos fundamentos.

Sem a pretensão de exaurir a temática, destacam-se alguns desses fundamentos: (i) inversão judicial do ônus da prova com base no art. 6º, VIII, do CDC¹²; (ii) distribuição dinâmica do ônus da

¹⁰ Há certa divergência na doutrina acerca da classificação da relação médico-paciente como contratual ou extracontratual, especialmente para fins de enquadramento da responsabilidade correspondente. “Contudo, no caso dos profissionais liberais e, especificamente, do médico, a discussão sobre a responsabilidade contratual ou aquiliana surte pouco ou nenhum efeito prático, já que aplicação do Código de Defesa do Consumidor (a qual, ainda que criticável [para parte da doutrina], encontra-se consolidada em nossa jurisprudência para os casos de responsabilidade médica) funciona por mecanismos totalmente independentes dessa dicotomia [...]” (Souza, 2012, p. 43). Além disso, “observe-se que inexiste diferença ontológica entre as duas modalidades de responsabilidade, contratual e extracontratual. Sob qualquer situação, ocorrendo culpa, aflora o dever de indenizar. Contudo, existindo contrato, é dentro de seus limites que será apurado o inadimplemento total (isto é, o descumprimento), ou o inadimplemento parcial (a mora). Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinada inerente à profissão e independe da existência de contrato” (Venosa, 2010, p. 83). “A prova da culpa, pelo sistema tradicional do Código Civil, assim como o nexo causal entre a conduta e o dano, incumbem à vítima, ao paciente e seus herdeiros, tanto na relação contratual como na relação extracontratual. Sempre será menos custosa a prova da culpa quando existe contrato, quando se examina o inadimplemento” (Venosa, 2010, p. 91).

¹¹ Doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que a relação médico-paciente amolda-se no conceito de relação de consumo. Muito embora o próprio Código de Defesa do Consumidor excepcione a responsabilidade médica da regra geral objetiva, em seu art. 14, § 4º, é certo que “não se excepciona a aplicação dos demais princípios do Código com relação a esta categoria, como por exemplo a inversão do ônus da prova, a proteção contratual etc.” (Arruda, 1995, p. 139 *apud* Venosa, 2010, p. 94). Doutrina minoritária, a seu turno, entende que, quando o legislador consumerista dispôs que a responsabilidade pessoal do profissional liberal será subjetiva, o que fez foi excluir a responsabilidade de médicos e outros profissionais liberais do âmbito da legislação consumerista como um todo (Kfoury Neto, 2019, p. 64). Além disso, vale frisar que dentre os expoentes desta corrente doutrinária, destaca-se o posicionamento de Kfoury Neto (2019).

¹² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;” (Brasil, 1990). Segundo Sergio Cavaliere Filho, o “médico é prestador de serviço pelo que, não obstante subjetiva a sua responsabilidade, está sujeito à disciplina do Código do Consumidor. Pode conseqüentemente o juiz, em face da complexidade técnica da prova da culpa, inverter o ônus dessa prova em favor do consumidor, conforme autoriza o Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A hipossuficiência de que ali fala o Código não é apenas econômica, mas também técnica, de sorte que, se o consumidor não tiver condições econômicas ou técnicas para produzir a prova dos fatos constitutivos do seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a seu favor” (Cavaliere Filho, 2020, p. 422). Ressalta-se exemplo de aplicação do dispositivo pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ): “No que pertine à alegação de que sendo a responsabilidade do médico ‘albergada

prova com base no parágrafo do art. 373 do Código de Processo Civil (CPC/15)¹³; (iii) inversão automática do ônus da prova nas obrigações de resultado (criação doutrinária e jurisprudencial¹⁴), nos casos em que o profissional médico se compromete contratualmente a alcançar um resultado específico¹⁵; (iv) culpa profissional evidenciada no próprio fato (teoria da *res ipsa loquitur*), como no caso de objetos esquecidos dentro do corpo do paciente durante o procedimento cirúrgico¹⁶ e (v) culpa contra a legalidade, quando há inobservância de normas legais e regulamentares técnicas, objeto de aprofundamento no presente artigo.

pela teoria subjetiva' não pode ser aplicada a inversão do ônus da prova, melhor sorte não assiste ao recorrente. A responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, § 4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, devendo o profissional demonstrar ter agido com respeito às orientações técnicas aplicáveis, adotando as cautelas devidas. [...] A inversão do ônus da prova não implica a procedência do pedido; significa apenas que o juízo de origem, em face dos elementos de prova já trazidos aos autos e da situação das partes, considerou presentes os requisitos do art. 6º do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), requisitos estes insusceptíveis de revisão na via do recurso especial, cometendo ao médico o ônus de demonstrar que exerceu sua profissão dentro dos protocolos técnicos aplicáveis. A atribuição deste ônus deverá ser levada em consideração, na análise do conjunto probatório, ao final da instrução, sendo o médico responsabilizado apenas se demonstrada a sua culpa, ao contrário do que ocorreria caso se cuidasse de responsabilidade objetiva, em que bastaria a comprovação do nexo de causalidade. Assim, evidenciado o nexo, mas comprovado pelo médico que agiu sem culpa, de acordo com as normas técnicas aplicáveis, não haverá imposição a ele de responsabilidade civil pelo evento" (Brasil, 2011).

¹³ "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo." (Brasil, 2015).

¹⁴ Dentre os precedentes encontrados na jurisprudência neste sentido, destaca-se o REsp n.º 1.395.254/SC (2013/0132242-9). Dentre os precedentes encontrados na jurisprudência neste sentido, destaca-se o REsp n.º 1.395.254/SC (2013/0132242-9).

¹⁵ "Como nesse caso a atuação médica decorre na maioria das vezes de circunstâncias nas quais o paciente não sofre de moléstia alguma e a finalidade buscada é somente obter um resultado favorável do ponto de vista estético, a responsabilidade é tratada pela doutrina e pela jurisprudência de forma mais severa. Leva-se em conta que nessa premissa, se não fosse assegurado um resultado feliz pelo cirurgião, certamente não haveria o consentimento do paciente no tratamento ou na operação" (Venosa, 2010, p. 90).

¹⁶ Existem célebres casos na medicina nos quais a culpa resulta às escâncaras do próprio fato como o esquecimento de objetos cirúrgicos dentro do corpo do paciente após procedimento cirúrgico ou a amputação de uma perna quando o problema estaria na outra. Em casos como esses fica flagrante que normas técnicas relativas à boa prática médica foram violadas, sendo desproporcional exigir do paciente que demonstre, em tais circunstâncias, a existência da culpa do profissional médico. Conforme ensina Ebert Chamoun, a culpa *in re ipsa* "deriva inexoravelmente das circunstâncias em que ocorreu o fato danoso, de tal modo que basta a prova desse fato para que *ipso facto* fique demonstrada a culpa, à guisa de uma presunção natural [...]". (Cavaliere Filho, 2020, p. 52). Em "tais casos apresentam uma peculiaridade: neles, a prova do fato implica, por sua própria natureza, a prova do dano e a prova da culpa, de tal modo que não se trata de suposta inversão do ônus probatório sobre a culpa decorrente de presunção legal, mas sim de uma prova polivalente, capaz de demonstrar, sozinha, mais de um requisito da responsabilidade civil, por força das próprias regras de experiência" (Souza, 2012, p. 37). Pode-se afirmar, assim, que a prova do fato do esquecimento de instrumento cirúrgico no interior do corpo da vítima evidenciaria, ao mesmo tempo, o dano e o fundamento da responsabilidade civil subjetiva, a culpa do médico, em sua espécie negligência. O mesmo não se pode dizer em relação à culpa contra a legalidade. Nesses casos, a prova da inobservância da regra técnica prevista em lei ou em regulamento, por si só, não comprova o dano sofrido e a negligência do médico. Nesses casos, o paciente deve comprovar o dano, porém há uma presunção relativa da culpa e caberá ao médico demonstrar uma das causas excludentes de responsabilidade civil ou que, mesmo observando a norma técnica alegada no caso, o resultado danoso adviria de igual forma.

Visando conferir uma apresentação sistemática (embora não exauriente) da matéria, destaca-se, ainda, a existência da inversão automática do ônus da prova, consagrada na legislação consumerista quando diante de responsabilidade por fato do serviço, inaplicável, porém, para presumir a culpa do médico como profissional liberal.¹⁷

Há muito debate doutrinário e jurisprudencial acerca dos efeitos práticos da inversão do ônus da prova e, comumente, de forma equivocada, chega-se a afirmar que nesses casos a responsabilidade tornar-se-ia objetiva. É certo, porém, que o fato da culpa ser presumida nesses casos não torna a responsabilidade objetiva, não é alterado seu fundamento, ela permanece subjetiva. As presunções (relativas) de culpa, legalmente previstas, apenas invertem o ônus da prova, a considerar a dificuldade da vítima em produzir a prova da culpa nesses casos específicos.

Dessa forma, quando as circunstâncias do caso indicarem, afasta-se do sistema clássico de responsabilidade civil subjetiva, no qual cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, invertendo-se o ônus da prova. Caberá, então, ao réu demonstrar que não agiu com culpa, comprovando a presença de uma das causas excludentes de responsabilidade, como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Reforçando a não alteração do fundamento da responsabilidade civil nesses casos, Sergio Cavalieri Filho afirma que a diferença entre a culpa presumida e a culpa provada “reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova” (Cavalieri Filho, 2020, p. 52). Digno de nota que parte da doutrina não comunga do entendimento de que a questão da inversão do ônus da prova seria meramente processual, como defendido por Cavalieri Filho.

É possível afirmar que as normas relativas à prova não pertencem **exclusivamente** ao direito processual, o diálogo com o direito material é evidente. As classificações a respeito da responsabilidade civil contratual ou extracontratual e das obrigações de meio e de resultado ilustram essa zona de intercessão, carregam consigo questões afeitas à problemática do ônus da prova, mesmo sendo clássicas divisões do direito material. Com a inversão do ônus da prova não há a alteração do fundamento da responsabilidade civil do médico, que continua sendo a culpa (questão de direito material), porém, os efeitos práticos são significativamente sentidos ao se afastar da regra geral civilista, aproximando-se da responsabilidade objetiva, sem nela converter-se¹⁸.

¹⁷ O Código de Defesa do Consumidor consagra dois sistemas de inversão do ônus da prova. O primeiro sistema é o da inversão do ônus da prova *ope iudicis*, regra de instrução processual, de modo que a jurisprudência entende que o momento adequado para sua realização é o saneamento do processo, no qual deverá o juiz esmiuçar, dentre outras questões, os pontos ainda controvertidos e a quem incumbe o ônus de prová-los. O segundo sistema é o da inversão legal do ônus da prova que, por decorrer de expressa previsão legal, é considerado pela jurisprudência como regra de julgamento, já que não haveria que se falar em surpresa das partes (Cavalieri Filho, 2020, p. 417).

¹⁸ Eduardo Nunes de Souza é crítico dessa aproximação entre responsabilidade subjetiva e objetiva, promovida por meio das inúmeras hipóteses de culpa presumida existentes no ordenamento jurídico brasileiro na temática da responsabilidade civil médica. “E, realmente, pela própria natureza da atividade, a responsabilidade do médico parece indissociável do conceito de culpa. No entanto, e muito embora a doutrina amplamente majoritária continue afirmando a natureza subjetiva dessa responsabilidade, assiste-se atualmente à sua progressiva aproximação da responsabilidade objetiva, com um

3 A MARCA DA CULPA CONTRA A LEGALIDADE

A culpa contra a legalidade implica em transgressão à norma regulamentar, sendo que o dano dela derivado fala por si à imputação de responsabilidade civil, ou seja, pretende ter o condão de gerar o dever do ofensor de indenizar a pessoa vitimada. Esta facilitação decorrente de casos em que se denota a culpa derivada do descumprimento de norma regulamentar se baseia justamente na desnecessidade já concebida, diante do fato em concreto, de se gerar um ônus excessivo à vítima para a obtenção de provas substanciais à comprovação de que o ato do médico ofensor é culposo (obrigação de indenizar originada do mero descumprimento do dever genérico de diligência). Portanto, “fala-se em culpa contra a legalidade quando o dever violado resulta de texto expresso em lei ou regulamento” (Cavaliere Filho, 2020, p. 52).

A culpa contra a legalidade pode ser assim caracterizada: há um dever jurídico ou ético imposto por lei ou regulamento, esse dever foi descumprido pelo profissional médico, a violação desse dever resultou em um dano ao paciente, provado o nexo causal entre o dano e o descumprimento da norma regulamentar. Com isso, caracterizada está a responsabilidade do médico, sendo desnecessária a investigação de sua conduta para aferição da culpa.

Importante salientar, porém, que a presunção da culpa, nesses casos, não desonera o autor da ação do ônus de provar, quanto ao fato constitutivo de seu direito, os demais pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta do médico, o dano experimentado e o nexo de causalidade. Em relação a este último pressuposto, é imperiosa a comprovação de que o descumprimento da norma regulamentar é idônea à produção do resultado, caso contrário, não há que se falar em nexo de causalidade. A infração da norma regulamentar precisa ser o fator determinante da produção do resultado, pois apenas assim estará cristalino o nexo de causalidade, sob pena de não poder ser imputado o resultado danoso ao agente descumpridor da norma.

Isto quer dizer que se presume a culpa do ofensor em casos de culpa contra legalidade, porque a situação fática torna límpida a responsabilidade do ofensor, pelo descumprimento da norma (o que se instituiu chamar culpa *in re ipsa*). A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp n.º 1749954-RO, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/2/19, entendeu que:

Em ação destinada a apurar a responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito, presume-se culpado o condutor de veículo automotor que se encontra em estado de

evidente desprestígio do papel da culpa como requisito do dever de indenizar do médico. Trata-se de tendência vinculada, via de regra, a uma concepção que associa a prescindibilidade da prova da culpa a uma proteção mais eficaz do paciente – mas que não pode, de todo modo, ignorar expressa disposição legal (tanto do art. 951 do Código Civil quanto do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, como se verá adiante) a determinar o caráter subjetivo do dever de indenizar do médico” (Souza, 2012, p. 34).

Não provada a culpa do réu, o pedido indenizatório deverá ser, necessariamente, pela regra geral, julgado improcedente. Mesma solução deverá ser adotada, a despeito da comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil pelo autor, caso o réu comprove uma das causas excludentes dessa responsabilidade, já que lhe incumbe o ônus de provar a existência do fato extintivo do direito do autor por ele alegado, nos termos do inciso II do supramencionado dispositivo¹⁹.

A teoria da culpa contra a legalidade é uma construção jurisprudencial que decorre de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Ora, se existem normas regulamentares e legais impondo condutas a indivíduos, essas normas objetivam alcançar determinados resultados, como, por exemplo, a segurança viária. O descumprimento dessas normas, já que impede a consecução dos objetivos almejados pelo legislador, gera a presunção de que aquele que violou a norma deu causa ao resultado não querido pelo ordenamento jurídico.

A interpretação teleológica pressupõe que as normas são editadas com um escopo definido pelo legislador. Não é a inobservância de toda e qualquer norma regulamentar que repercutirá na responsabilização civil do infrator, caracterizando a presunção de sua culpa. Apenas haverá repercussão quando, da análise do caso concreto, verificar-se que o comportamento objetivamente representa a violação do bem jurídico que buscava ser protegido pela norma.

Pode-se, assim, afirmar que não é qualquer violação a qualquer norma objetiva de cuidado regulamentar que irá gerar a responsabilização civil por culpa presumida. É necessário investigar qual o fim de proteção da norma. Se aquela norma de proteção violada no caso concreto não impediria a produção do resultado, esse resultado não pode ser objetivamente imputado a quem a descumpriu. Como a medicina é atividade que, por si só, envolve riscos, a ética médica ganha significativo relevo na relação médico-paciente, diminuindo a ocorrência de resultados danosos.²⁰

¹⁹ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]” (Brasil, 2015).

²⁰ Faz-se necessário ressaltar, porém, como pontua Wilson Melo da Silva, que “[...] aqueles que atuam de conformidade com os Regulamentos, continuam, no entanto, responsáveis por todos os outros danos que poderiam ou deveriam prever, fora dos mesmos” (Silva, 1973, p. 11). A responsabilidade pelos danos, nos casos em que não houve a transgressão de qualquer disposição regulamentária, mas que decorreram de desatenção, descuido ou desleixo, será apurada segundo a regra geral da responsabilidade subjetiva. Exige-se do médico, além da observância das normas regulamentárias, a atuação de maneira atenta e prudente. Presentes os pressupostos da responsabilidade civil, haverá a responsabilização do médico, o que diferencia é a necessidade ou não de comprovação da culpa, já que havendo inobservância das normas regulamentares a culpa será presumida.

4 A RESPONSABILIDADE MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE RELATO

A responsabilidade civil médica é tema dinâmico que envolve ainda, sobretudo no campo doutrinário, fervorosos debates acerca da melhor forma de se tratar a responsabilidade de um profissional liberal²¹ que desempenha, se não a mais relevante, uma das mais importantes atividades laborativas, figurando a pessoa humana como principal²².

Por isso, esse estudo fica restrito à relação médico-paciente, como integrante de um contrato *sui generis*²³, ou melhor, especialíssimo, ao ponto de alguns estudiosos do Direito entenderem que a prestação de serviço médico deve estar fora da sistematização afeita ao Código de Defesa do Consumidor²⁴.

A responsabilidade do médico, quando caracterizada uma transgressão à integridade psicofísica de paciente seu, na qualidade de profissional liberal, costumeiramente, é direta, contratual, de natureza subjetiva (baseada, em geral, no ato culposos do médico) e envolve duas modalidades obrigacionais: a obrigação de meios (como regra) e a obrigação de resultado (como exceção) (Lopes,

²¹ Além disso, destaca-se que a própria classificação do médico como profissional liberal é controvertida. “Pois, apesar do profissional exercer o monopólio da técnica, a profissão médica não pode ser considerada liberal num todo. O médico tem a autonomia no tratamento, entretanto deve seguir convenções que guiam a sua atuação sob risco de transcender limites éticos, além de legais” (Ridolphi; Rangel, 2017, p. 3).

²² Jorge Bustamante Alsina, especialista argentino na matéria Responsabilidade civil, também anuncia: “*El tema de la responsabilidad profesional de los médicos tiene cada vez un auge mayor y los repertorios de jurisprudência exhiben permanentemente sentencias condenatorias de quienes han sido demandados por daños y perjuicios, a causa de los efectos de las malas prácticas médicas en intervenciones quirúrgicas, diagnósticos, tratamientos clínicos, prescripción de medicamentos, estudios prequirúrgicos y prácticas de prevención de enfermedades*” (Alsina, 1995, p. 253).

²³ Para Silvio Venosa, falar que o contrato que estabelece a relação médico-paciente é *sui generis* nada esclarece. Importa saber apenas que o contrato será bilateral, oneroso e comutativo, estabelecendo, como regra, uma obrigação de meio. Assim, quando a iniciativa do médico é unilateral, decorrendo do seu dever de prestar assistência humanitária àquele que dela necessita, tem-se uma relação extracontratual, de modo que a responsabilidade médica emergirá da conduta do médico e não do contrato. O autor destaca que a responsabilidade do médico pode ser até mesmo de natureza estatutária, quando o profissional contratado por hospital público causa dano ao paciente. Neste caso, a responsabilidade do hospital seria objetiva com base no art. 37, § 6º, da CRFB, e o Estado terá direito de regresso em face do médico caso fique configurada sua responsabilidade subjetiva (Venosa, 2010, p. 84). “O sistema protetivo do consumidor supera essa aparente diferença entre responsabilidade contratual e aquiliana, isto porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação de consumo contratual ou não” (Venosa, 2010, p. 86).

²⁴ Deve-se ressaltar que, apesar de preponderar corrente jurídica no sentido da responsabilidade subjetiva do médico, se vê como posicionamento dominante a aplicabilidade do artigo 951 do Código Civil Brasileiro vigente, que dispõe sobre a responsabilidade por prática culposa pelos profissionais de saúde, conjugado com o Código de Defesa do Consumidor, que, apesar de retirar do campo da responsabilidade, pelo risco do serviço desenvolvido, os atos dos profissionais liberais, deixa todo restante do texto da Lei consumerista, no que não for incompatível com o seu artigo 14, § 4º (apuração da responsabilidade do médico pelo seu ato culposos), à possível aplicação pelo Magistrado, quando da resolução de um caso concreto que envolva dano pela prática da Medicina. É o que se demonstra: “Responsabilidade subjetiva do médico: Os médicos são profissionais liberais e, por isso, se submetem, no que tange à responsabilidade civil, aos arts. 951, do novo CC, e 14, § 4º, da Lei 8.078/90, que exigem a prova da culpa como sucedâneo de dever de reparar os danos impostos por condutas negligentes, imprudentes e inábeis. O dever de indenizar, para esse segmento, não decorre do risco da atividade que exercem. Estão, pois, em princípio, livres da teoria do risco profissional e da responsabilidade objetiva” (Zuliani, 2003, p. 48 *apud* Oliveira, 2009, p. 675).

1995, p. 231)²⁵. Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência nacionais, diante do caso em análise concretamente, buscam o seu enquadramento em uma das duas modalidades, tal como se verifica:

Na responsabilidade contratual, em que existem obrigações preestabelecidas entre as partes, deve-se avaliar se as obrigações da parte contratada são de resultado ou de meio, em face das relevantes conseqüências que tal distinção acarreta na apuração da responsabilidade. Nas obrigações de resultado, o devedor se obriga a alcançar uma finalidade. Nas obrigações de meio, o devedor se obriga a empregar os meios a seu alcance para a consecução de um objetivo. Claro está que nas obrigações de resultado, o alcance da finalidade do contrato depende exclusivamente do prestador dos serviços. Já nas obrigações de meio, o fim buscado depende não só do prestador de serviços, mas também das condições do contratante (Silva, 2007, p. 14-15).

Conforme lição de Miguel Kfoury Neto, afirmar que, na maior parte dos casos, a obrigação do médico será “de meio” significa considerá-la como uma obrigação aleatória. Ou seja, obrigação que “[...] depende de acontecimentos incertos, que escapam à previsão, mesmo do médico mais experiente e preparado. Assim, nem o médico pode prometer a cura, tampouco o paciente pode esperar, com certeza absoluta, resultado satisfatório” (Kfoury Neto, 2019, p. 53).

A obrigação de meio é ínsita ao dever do médico de prestar a devida assistência ao seu paciente, que nutre, da relação com ele estabelecida, uma legítima expectativa de se ver tratado adequadamente, visando à recuperação da sua saúde e/ou melhoria do estado psicofísico.

Caso contrário, ficará, da execução do contrato, evidenciada a culpa médica. Desta situação lesiva, de um lado, caberá, porém, ao paciente (vítima) a prova dos fatos que alega como fundamento da sua pretensão jurídica. Ao médico, de outro lado, caberá, na condição de devedor demandado, demonstrar os fatos impeditivos ou inibidores desta pretensão.

No Brasil, há corrente doutrinária e jurisprudencial alternando aquele estado de coisas (*status processual*), visto que a situação jurídica fica alterada quando se vê criada uma presunção em desfavor do médico, pela inversão do ônus da prova, quando ele assume um resultado vitorioso, diante do desempenho de atividade profissional que, pela sua especialidade, implica na produção de um resultado certo e buscado pelo paciente. A obrigação médica será de resultado no célebre caso da cirurgia estética embelezadora e nos procedimentos técnicos como exames clínicos. A propósito, pontua-se precedente do Ministro Luis Felipe Salomão, objeto do Informativo de n.º 491 do STJ:

²⁵ Serpa Lopes chega a nos dissuadir da falta de importância em se buscar o enquadramento da responsabilidade do médico como contratual ou extracontratual, pois, para ele, “de qualquer modo, pouco importa a natureza do contrato que vincula o profissional e o seu cliente, pouco importa que se trate de uma responsabilidade contratual ou extracontratual, de qualquer modo, em se tratando de uma infringência dessas obrigações [...] Assim, portanto, se o médico chamado determina, desde logo, o nascimento do vínculo contratual com o seu atendimento, quer diretamente com o enfermo, quer com a pessoa que o chamou em benefício do doente, por outro lado, considera-se delitual a ação assegurada aos membros da família estranhos à formação do contrato e que porventura vieram a sofrer prejuízos com a morte do parente” (Lopes, 1995, p. 264-265).

Nos procedimentos cirúrgicos estéticos, a responsabilidade do médico é subjetiva com presunção de culpa. Esse é o entendimento da Turma que, ao não conhecer do apelo especial, manteve a condenação do recorrente – médico – pelos danos morais causados ao paciente. Inicialmente, destacou-se a vasta jurisprudência desta Corte no sentido de que é de resultado a obrigação nas cirurgias estéticas, comprometendo-se o profissional com o efeito embelezador prometido. Em seguida, sustentou-se que, conquanto a obrigação seja de resultado, a responsabilidade do médico permanece subjetiva, com inversão do ônus da prova, cabendo-lhe comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional. Vale dizer, a presunção de culpa do cirurgião por insucesso na cirurgia plástica pode ser afastada mediante prova contundente de ocorrência de fator imponderável, apto a eximi-lo do dever de indenizar. Considerou-se, ainda, que, apesar de não estarem expressamente previstos no CDC o caso fortuito e a força maior, eles podem ser invocados como causas excludentes de responsabilidade dos fornecedores de serviços. No caso, o tribunal a quo, amparado nos elementos fático-probatórios contidos nos autos, concluiu que o paciente não foi advertido dos riscos da cirurgia e também o médico não logrou êxito em provar a ocorrência do fortuito. Assim, rever os fundamentos do acórdão recorrido importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal ante a incidência da Súm. n. 7/STJ. **REsp n.º 985.888-SP, Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/2/2012** (Brasil, 2012).

Deve-se, portanto, ter em conta que este é um regime de exceção protetivo da vítima, na criação de um benefício processual. E mais, todo este regime não tem sua memória calcada em Lei, mas sim em construção jurisprudencial (Fulgêncio, 1958, p. 80).²⁶ Ou seja, foi firmada jurisprudência para que, nos casos de obrigação de resultado, se inverta o *onus probandi* (o encargo de produzir prova pelo médico visando à exclusão de sua responsabilidade, na simples dicção do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro)²⁷.

²⁶ Como a responsabilidade civil, ainda na década de 1960, era instituto ínsito ao Direito das Obrigações, ainda não detentora de autonomia e/ou independência disciplinar, o civilista em referência já alertava que “a presunção, segundo uns, deve existir no momento da realização do dano, por ser o em que o credor deveria ter a coisa em mãos, dela dispor ou tirar partido; segundo outros, o texto se coloca no momento em que estatui sobre o dano, isto é, do julgamento; segundo outros, deve se considerar o momento em que, conforme as previsões existentes no dia do dano, os lucros se deveriam realizar. [...] A verdade é que, no fundo, tudo se reduz a deixar campo à prudência do juiz, iluminada pela experiência cotidiana e pela face segura da jurisprudência (Giorgi)” (Fulgêncio, 1958, p. 80).

²⁷ Cf. Recurso Especial de n.º 236708/MG, 1999/0099099-4, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Câmara, data do julgamento: 10/02/2009, publicação DJ de 18/05/2009, Ementa: Civil. Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração. Não configurada. **Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado.** Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética; 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de uma prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da “vítima” (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento.

ASPECTOS CONCLUSIVOS

Constatada a ocorrência da má prática médica (ou erro médico), geradora de um dano ao paciente, pode haver a responsabilização do médico nas três esferas: civil, criminal e ética, exigíveis de forma autônoma e independente entre si. Em âmbito civil, a responsabilidade do médico decorre do descumprimento de todas as obrigações de natureza não penal causadoras de dano (material, moral, estético, à imagem e perda de uma chance, por exemplo) ao paciente, desde que estabelecido o nexo de causalidade e a culpa (provada ou presumida).

Nas três esferas de responsabilização existem diversos dispositivos normativos regulatórios da prática médica, salvaguardando os direitos do paciente. As peculiaridades do caso concreto devem ser observadas pelo juiz para aferir, em especial, se a violação à norma regulamentar no caso concreto foi idônea à produção do resultado danoso, para que seja estabelecido o obrigatório elo de causalidade.

Regra geral, a responsabilidade civil médica é contratual, subjetiva e com culpa provada. Acontece que, nos casos de responsabilidades complexas, que decorrem de fatos de outrem, a tarefa do paciente (ou de habilitados) de provar que o resultado danoso decorreu de negligência, imprudência ou imperícia do médico nem sempre será tarefa simples. Exigir da vítima (ou de seus sucessores) a comprovação da culpa médica é impor a produção de prova diabólica; noutras vezes, a culpa decorre das próprias circunstâncias do evento, sendo desnecessária sua comprovação, quando estiver comprovado o fato danoso.

A prova da culpa médica é especialmente difícil de ser produzida por duas razões principais: a jurisprudência é exigente na comprovação da culpa, admitindo-a apenas nos casos de erro grosseiro e de injustificável omissão na assistência ao paciente, e a matéria é eminentemente técnica. Por essas razões, jurisprudência e doutrina têm reconhecido, cada vez mais, novas circunstâncias de inversão do ônus da prova e de culpa presumida em favor do paciente.

O fato de o Código de Ética médica ter-se implementado de maneira a assentar toda a atividade médica no âmbito das obrigações de meios — impondo a prova pela vítima do ato culposo do profissional liberal — não estabeleceu mudança alguma na jurisprudência brasileira quando do trato jurídico da matéria. Pelo contrário, o que se apura é um condicionamento maciço de julgados no sentido de dar aplicabilidade, no possível, aos princípios e regras afeitos ao Código de Defesa do Consumidor, admitindo-se inclusive que a relação médico-paciente perdeu a sua característica humanitária.

Também não parece ter força o Código para delimitar condutas regulamentares e fazê-las valer, na seara judicial, contra os médicos faltosos, para que se tenha o reforço da aplicação da culpa presumida, mesmo quando no desempenho de atividade mais comum da medicina, atentam contra

deveres expressamente previstos. Ou seja, não se trata o tema dentro de uma concepção ou espaço interpretativo afeito à culpa contra legalidade, assim como se vê, na jurisprudência, em questões relativas a acidente automobilístico, sendo certo que ambas impõem risco de inegável natureza social.

Deve-se levar em conta também que a cultura sociojurídica estimulada por ocasião da vigência da Lei consumerista implica, em matéria de responsabilidade civil médica, na busca da emissão do querer do consumidor, ou melhor, do seu consentimento informado de forma clara e objetiva, como uma das tantas maneiras de se fazer valer, como imperioso, o princípio da boa-fé objetiva e a preservação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALSINA, J. B. **Responsabilidad civil y otros estudios: doctrina y comentarios de jurisprudencia** III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

ANDRÉ, V. C. Aspectos gerais da responsabilidade médica. *In*: ANDRÉ, V. C. (org.). **Responsabilidade médica**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

BARBOZA, H. H. Poder familiar em face das práticas médicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 24, n. 76, p. 43-44, jun. 2004.

BARROS JÚNIOR, E. A. A Inconstitucionalidade das sanções ético-disciplinares aplicadas. *In*: BEÇAK, R.; MORAIS, J. L. B. (coord.). **Hermenêutica: interpretação jurídica**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

BRASIL. **Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1957. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13268.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 236708/MG**. Responsabilidade civil. Nulidade dos acórdãos proferidos em sede de embargos de declaração não configurada. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Dano comprovado. Presunção de culpa do médico não afastada. Precedentes. Relator: Min. Ministro Carlos Fernando Mathias, 18 de maio de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900990994&dt_publicacao=18/05/2009. Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. **Resolução n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009.** Aprova o Código de Ética Médica. DF: Conselho Federal de Medicina, 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/resolucao-cfm-no-1931-2009/>. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 969.015/SC.** Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização. Erro médico. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Súmula 83 do STJ. Verossimilhança das alegações e hipossuficiência. Súmula 7 do STJ. Agravo interno desprovido. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 07 de abril de 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n.º 491.** Período: 13 a 24 de fevereiro de 2012. Brasília, DF: STJ, 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&processo=1261943+SP+&refinar=S.DISP.&&b=INFJ&p=true&t=&l=20&i=721#:~:text=No%20caso%2C%20o%20tribunal%20a,provar%20a%20ocorr%C3%Aancia%20do%20fortuito>. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.395.254/SC.** Direito Processual Civil e Consumidor. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Cirurgia estética. Obrigação de resultado. Inversão do ônus da prova. Regra de instrução. Artigos analisados: 6º, VIII, e 14, caput e § 4º, do CDC. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 15 de outubro de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301322429&dt_publicacao=29/11/2013 . Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 jan. 2023.

BRASIL. **Resolução n.º 2.222, de 23 de outubro de 2018.** Corrige erro material do Código de Ética Médica (Resolução CFM n.º 2.217/2018) publicado no D.O.U. de 1 de novembro de 2018, Seção I, p. 179. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2018/2222_2018.pdf. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. **Resolução n.º 2.217, de 27 de setembro de 2018.** Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. **Resolução n.º 2.226/2019.** Revoga a Resolução CFM n.º 1.649/2002, os artigos 4º e 5º e seu parágrafo único da Resolução CFM n.º 2.170/2017 e altera o artigo 72 do Código de Ética Médica, que proíbem descontos em honorários médicos através de cartões de descontos e a divulgação de preços das consultas médicas de forma exclusivamente interna. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2019/2226_2019.pdf. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.749.954-RO.** Ação de indenização em razão de acidente de trânsito. Condução de motocicleta sob estado de embriaguez. Atropelamento em local com baixa luminosidade. Instrução probatória inconclusiva se a vítima

encontrava-se na calçada ou à margem da calçada, ao bordo da pista de rolamento. Recurso especial improvido. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out.2023.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

FULGÊNCIO, T. **Do Direito das Obrigações**: das modalidades das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KFOURI NETO, M. **Responsabilidade civil dos hospitais**: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LOPES, M. M. S. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.

OLIVEIRA, J. E. **Código Civil anotado e comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

QUEIROZ, R. P. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>. Acesso em: 19 set. 2023.

RIDOLPHI, A. C.; RANGEL, T. L. V. A relação médico-paciente e seus aspectos de legalidade. **Revista Científica Interdisciplinar Múltiplos Acessos**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 1-17, jul./dez. 2017.

SILVA, R. B. T. (coord). **Responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva/Direito GV, 2007.

SILVA, W. M. A culpa contra a legalidade, a culpa comum e a responsabilidade civil automobilística nos transportes de passageiros. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 21, n. 13, p. 7-202, 1973.

SOUZA, E. N. **Aferição da culpa e sua distinção do erro na responsabilidade civil do médico**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

VENOSA, S. S. Aspectos da responsabilidade médica. *In*: AKEL, H. E. (coord.). **Revista de Jurisprudência Escolhida RJE-4**. Rio de Janeiro: Jurídica Brasileira, 2010.

A DEGENERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO: QUAL É A LIÇÃO DE WEIMAR?

The erosion of constitutional government: what lesson does Weimar offer?

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano*
Alessandra Lopes Santana de Mello**

Resumo: O artigo tem por escopo identificar as principais causas e condições que fomentaram a ascensão do Regime Nazista na República de Weimar, bem como descrever como se operou a transformação de um Estado Democrático em um Estado Totalitário, no período entre 1933 a 1945. Após restar vencida na 1ª Guerra Mundial, a Alemanha experimentou uma série de crises que impôs grande sofrimento às massas e ensejou elevada desconfiança quanto à eficiência do Estado e do modelo democrático parlamentar. Tal conjuntura permitiu a ascensão do Partido Nacional-Socialista, que questionava a ordem (não para modificá-la), mas para mantê-la sob a égide de novos atores. Busca-se demonstrar como o Direito foi gradativamente modificado por dentro, isto é, por medidas normativas decretadas pelo Poder Executivo, que instituíram um Estado Dual, uma combinação entre Estado de Prerrogativas (arbitrário e violento) e Estado Normativo (imprescindível ao sistema capitalista). O novo regime suprimiu direitos fundamentais de todos que não interessavam ao Partido ou aos monopólios capitalistas, sem encontrar resistência efetiva dos demais poderes. Revisitar o tema importa nesse início do século XXI, na medida em que a derrota militar do nazismo ou do fascismo, ao final da 2ª Guerra Mundial (1945), parece não ter representado a extinção de suas ambições ou de seus métodos. Os apelos por governos “fortes” ou por medidas de exceção ressurgem novamente nos debates eleitorais, nas redes sociais ou no interior das instituições democráticas. Aos operadores do Direito cumpre saber identificar, em suas realidades, as novas ondas autoritárias e poder resistir aos retrocessos.

Palavras-chave: Estado de Direito; medidas de exceção; autoritarismo; retrocesso; democracia.

Abstract: The article aims to identify the main causes and conditions that fostered the rise of the Nazi Regime in the Weimar Republic, as well as to describe how the transformation from a Democratic State into a Totalitarian State occurred in the period between 1933 and 1945. After being defeated in World War I, Germany experienced a series of crises that imposed great suffering on the masses and led to a high level of distrust in the efficiency of the state and the parliamentary democratic model. This situation allowed for the ascent of the National Socialist Party, which questioned the order (not to change it) but to maintain it under the aegis of new actors. The article seeks to demonstrate how the legal system was gradually modified from within, through normative measures decreed by the Executive Branch, which established a Dual State, a combination of a Prerogative State (arbitrary and violent) and a Normative State (indispensable to the capitalist system). The new regime suppressed fundamental rights of all those who did not align with the Party or capitalist monopolies, without encountering effective resistance from other branches of power. Revisiting the topic is important in the early 21st century, as the military defeat of Nazism or fascism at the end of World War II (1945) does not seem to have represented the extinction of their ambitions or methods. Calls for "strong" governments or exceptional measures reemerge in electoral debates, on social

* Pós-doutor em Direito Público pela Universidade de Paris; pós-doutor em Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

** Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Master of Comparative Law pela Samford University. Magistrada no Estado de São Paulo.

media, or within democratic institutions. Legal practitioners must know how to identify the new authoritarian waves in their realities and be able to resist regressions.

Keywords: Constitutional government; exceptional measures; authoritarianism; regression; democracy.

Submissão em: 25/10/2023

Aprovação em: 26/10/2023

27/10/2023

INTRODUÇÃO

Na Era Contemporânea, o propósito do Estado e o papel do Direito foram redesenhados muitas vezes no mundo ocidental, consoante se infere da passagem do Estado Absolutista (séc. XVIII) para o Estado Liberal Constitucional (séc. XIX); da passagem deste para o Estado Ditatorial ou Totalitário (séc. XX); da criação do Estado Social-Democrático (séc. XX) e sua transformação em Estado Neoliberal (séc. XXI).

Em busca da superação dos desafios de cada tempo, o homem buscou o avanço econômico e científico, a formação de novos arranjos políticos e jurídicos, a fim de evitar o ressurgimento de novas perturbações.

A História não é, todavia, uma direção. É plurívoca. Caminha entre sombras e luzes (Lafer, 1991, p. 34) e, não raro, entre mais sombras do que luzes, como se viu nas 1ª e 2ª Guerras Mundiais, na prática do holocausto e no decreto de morte das minorias.

No pós-2ª Guerra Mundial, a ciência, como se pudesse compensar toda a destruição causada, criou instrumentos capazes de reduzir as distâncias de tempo e espaço, de relativizar fronteiras, de aproximar pessoas e facilitar a troca de conhecimento. Os avanços tecnológicos multiplicaram os meios de produção e aumentaram o potencial de circulação de riquezas. No plano jurídico, reafirmaram-se os direitos humanos e a ética coletiva, em detrimento da moral individual.

Não obstante, a miséria, a escassez, as desigualdades e as guerras não deixaram de existir. As sociedades consideradas mais civilizadas ainda lutam contra a criminalidade, contra a violência e contra o terror. As crises são recorrentes, as guerras iminentes, assim como as polarizações sociais e os movimentos políticos extremados.

O progresso material não modificou nossos instintos primitivos e nossos impulsos de dominação.

Não há surpresa, pois, que, nas primeiras décadas do século XXI, o mundo ocidental volte a experimentar retrocessos democráticos e a temer a ascensão de regimes autoritários, ainda que estes se apresentem com menor clareza, como sói acontecer na liquidez do mundo contemporâneo.

O risco de movimentos autoritários e de rupturas democráticas é concreto, não apenas por ser a história pendular, movimentando-se entre avanços e retrocessos, mas por seguirmos em um mundo globalizado, neoliberal, em que a tecnologia e a inteligência artificial conferem meios de dominação mais violentos e menos aparentes.

O Direito não pode ignorar a realidade que o circunda ou recuar conhecer os fenômenos políticos, econômicos, sociológicos e até psicológicos que estão na base do autoritarismo. Se pretende agir como ciência social que é, deve ser capaz de compreender a natureza humana, de forma a regular o comportamento social, a economia e a política, ao invés de se deixar regular por estes.

No presente artigo, objetiva-se identificar algumas das causas e condições que permitiram a ascensão do Regime Nazista na Alemanha a partir de 1930, por ser este um dos fenômenos mais representativos de regime autoritário no século XX, que, no seu auge, rompeu com o Estado de Direito e com a ordem centrada a partir do ser humano.

Almeja-se compreender como se deu a transição entre um Estado de Direito para um Regime Totalitário e verificar se essa experiência nefasta ensejou algum progresso à ciência do Direito, tornando-o mais apto a proteger o ser humano.

O desafio impõe-se, à medida que a transformação do funcionamento dos Estados e das sociedades, em um mundo globalizado, desafiam ainda mais a democracia.

1 LEGADOS DA PRIMEIRA GUERRA MUNDIAL

1.1 Crise do liberalismo econômico

O “Breve Século XX”, expressão usada pelo historiador Eric Hobsbawm, foi marcado pela guerra, uma “grande guerra” (1ª e a 2ª Guerras Mundiais), com duração de 31 (trinta e um) anos (1914-1945), que fez com que todos vivessem e pensassem em termos de conflito no século XX (Hobsbawm, 1995, p. 30).

A Primeira Guerra Mundial (1914-1918) envolveu todas as grandes potências e quase todos os Estados europeus, como os que integraram a Tríplice Aliança (França, Grã-Bretanha e Rússia) e os que a ela se aliaram posteriormente (Itália, Grécia, Romênia, Portugal e EUA), assim como os que integraram as “Potências Centrais” (Alemanha e Áustria-Hungria) e a estas também se juntaram (Turquia, Bulgária e Japão).

A Alemanha (antiga Prússia), cujas unificação e industrialização se fizeram tardias, pretendia assumir uma posição de supremacia política e marítima global, tal como a Grã-Bretanha; repartilhar as colônias na África e demais continentes; bem como expandir territórios (espaço vital), por meio de guerras externas (nacionalismo agressivo). A França queria compensar sua inferioridade

demográfica com a crescente economia e ficar à frente da Alemanha. As principais potências alinharam-se entre os dois lados, mas todos desejavam expandir seu potencial de produção, de comércio e de crescimento econômico.

O acirramento das disputas entre as principais potências acabou por colapsar a estrutura ocidental (capitalista, na economia; liberal, na estrutura legal e constitucional; burguesa, no campo social). Segundo Hobsbawm, a política e a economia haviam se fundido sob a lógica da competição a qualquer preço e do crescimento sem limites (Hobsbawm, 1995, p. 37).

A ausência de limites para vencer a guerra produziu milhares de mortos e derrotou todos os países envolvidos. Os vencidos e os vencedores ficaram falidos e extenuados, na medida em que o embate havia ido muito além de seus recursos e forças. Depois da 1ª Guerra Mundial, muitos países caminharam para as tiranias fascistas ou governos totalitários (Arendt, 1989, p. 339).

A Alemanha, além das perdas de guerra, fora apenas pelo Tratado de Versalhes, que, a pretexto de garantir a paz, buscou alijá-la da economia europeia, ao dividir suas colônias entre França e Grã-Bretanha, limitar o poderio de suas forças armadas, condená-la a pesadas indenizações, restringir sua industrialização, determinar a ocupação militar em parte de seu território e engendrar o isolamento econômico.

Para Hobsbawm¹, tais sanções instalaram um foco de tamanha instabilidade na Europa no pós-1918 que tornou quase certa a 2ª Guerra Mundial, além de trazer a violência dos campos de batalha à política.

De um modo geral, os Estados se propuseram a garantir que não mais se submeteriam aos horrores da guerra. Para tanto, líderes políticos abusaram de discursos nacionalistas e propagandas que idealizavam de Estados-nações grandes, fortalecidos pela etnia, idioma, nacionalidade e cultura (Hobsbawm, 1995, p. 56).

No plano econômico, mobilizaram-se para produzir material bélico em massa, tornar suas economias altamente industrializadas e produtivas, além de desenvolver capacidade administrativa para contabilizar custos e planejar estratégias políticas, econômicas e militares.

As ideias próprias ao liberalismo econômico, fortemente defendidas no mundo ocidental no século XIX e início do século XX, foram cedendo, naquele contexto de guerra e de crises, para movimentos de intervenção do Estado.

¹ “Quase todos os que serviram na Primeira Guerra Mundial – em sua esmagadora maioria soldados rasos – saíram delas inimigos convictos da guerra. Contudo, os ex-soldados que haviam passado por aquele tipo de guerra sem se voltar contra ela às vezes extraíam da experiência partilhada de viver com a morte e a coragem um sentimento de incomunicável e bárbara superioridade – inclusive em relação a mulheres e não combatentes – que viria a formar as primeiras fileiras da ultradireita do pós-guerra” (Hobsbawm, 1995, p. 34).

1.2 Críticas ao liberalismo político e jurídico, por Carl Schmitt

Carl Schmitt², na obra *O Conceito do Político* (1922), identifica que a humanidade se organiza a partir de âmbitos de preocupações centrais, em torno dos quais promove seu desenvolvimento.

Afirma que, no século XVI, o cerne dos interesses humanos era a teologia, segundo a qual a paz e o progresso alcançariam aos que observassem os deveres religiosos. No século XVII, a metafísica foi o referencial que impulsionou o desenvolvimento da matemática, da astronomia e das ciências naturais. No século XVIII, a racionalização do saber humano foi a mola propulsora do desenvolvimento da humanidade. No século XIX, a economia ganhou destaque em função da industrialização, da produção e consumo. No século XX, a técnica ensejou crença fervorosa na arte de dominar a natureza e a produção econômica.

Segundo Schmitt, o homem sempre buscou um ponto de neutralidade e de despolitização para obter entendimento, união e segurança. Todavia, assim como a religião não garantiu a paz, também não o fizeram as ciências naturais, a economia ou a técnica. Recorda que, depois das guerras religiosas, vieram as guerras nacionais, as disputas por expansão de territórios, por aquisição de recursos naturais e de novos mercados de consumo.

Apoiando-se em Hegel — para quem o homem burguês não quer deixar a esfera do privado apolítico e absolutamente livre do Estado, mas, antes, deseja proteção às suas posses e segurança à sua fruição — Schmitt pontua que o acúmulo de propriedades reclama poder social e o controle político. Por isso, a partir do século XIX, o econômico une-se fortemente ao político (Schmitt, 2015, p. 111-112).

Enfatiza que, embora os liberais se oponham ao político e ao Estado, precisam que o sistema lhes garanta a proteção da propriedade privada e elimine as perturbações à liberdade de uso desses bens e rendas. O Estado e o Direito não escapam à função de proteger as posses, os lucros e a autonomia privada.

Acresce que se, no âmago de cada indivíduo não há nada neutro e se as diferenças de interesses econômicos e políticos são inexoráveis, o risco de conflitos de interesses e de classes sociais também o é. A iminência de combate é real e não fruto de um pessimismo ou de uma dialética abstrata.

² “[...] para uma era teológica, tudo se resolve por si mesmo quando as questões teológicas são postas em ordem; tudo o mais “será concedido” então aos homens. E correlativamente para as outras eras: para um tempo humanitário-moral, trata-se apenas de educar e de formar moralmente os homens, todos os problemas se tornam problemas de educação; para um tempo econômico, precisa-se apenas de resolver corretamente o problema da criação de bens e da repartição de bens, e todas as questões morais e sociais já não constituirão dificuldades; para o pensamento meramente técnico, através de novas invenções técnicas também o problema econômico será solucionado e todas as questões inclusivamente as econômicas, recuam diante da tarefa do progresso técnico [...]” (Schmitt, 2015, p. 147-148).

Nesse quadro, em que a contraposição de classes se faz sempre presente, conclui que à política compete promover a separação entre amigos e inimigos³, isto é, distinguir grupos de pessoas de acordo com as afinidades de interesses econômicos, políticos e sociais, a fim de traçar prioridades e estratégias de ações ao Estado.

O Direito nunca se desconecta do político, de sorte que, mesmo que um Estado se apoie em um Direito Natural, representará senão a vontade e a visão do grupo dominante na política e na economia. Em suas palavras:

[...] a soberania do direito significava apenas a soberania dos homens que põem e manipulam as normas jurídicas, que o domínio de uma “ordem mais elevada” é uma frase vazia se não tiver o sentido político que determinados homens, com base nesta ordem mais elevada, querem dominar sobre homens de uma “ordem mais baixa” (Schmitt, 2015, p. 118).

A defesa da apoliticidade é, para Schmitt, uma “armadilha intelectual”⁴ utilizada para ensejar desconhecimento e mascarar realidades.

Tais reflexões críticas ao liberalismo político e jurídico implicarão diretamente na conformação dos Estados, do Direito e na relação entre o Direito e a política a partir de 1918 na Alemanha.

1.3 Os desafios da recém-nascida República de Weimar (1918)

Em 09.11.1918, após o término da Primeira Guerra Mundial, o Imperador alemão Guilherme II abdicou do trono e deu lugar à Proclamação da República de Weimar.

Marie Goupy, na obra *L'état d'exception: ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, observa que a República de Weimar já nasceu enfraquecida. Isso porque, para sua constituição, uniram-se forças políticas muito distintas (forças liberais, sociais-democratas, comunistas e outras), sem que houvesse consenso claro sobre a direção política a ser seguida pelo novo Estado (Goupy, 2016, p. 87-90).

³ Tal distinção, explica o autor, não se dá no plano pessoal. Não significa que um indivíduo ou uma família deva se opor à outra diretamente. Os grupos de pessoas se formam a partir de seus centros de interesses e são esses grupos ou os Estados que disputarão espaços, riquezas e poder (Schmitt, 2015, p. 114).

⁴ “Assim, o conceito político do combate torna-se, no pensamento liberal, do lado econômico, concorrência, e de outro lado, do lado “espiritual”, discussão; no lugar de uma diferenciação clara de ambos os diferentes status de “guerra” e “paz”, surge a dinâmica da eterna concorrência e da eterna discussão. O Estado torna-se sociedade, e torna-se de facto, de um dos lados, do lado ético-espiritual, numa representação ideológico-humanitária da “humanidade”; do outro lado, na unidade econômico-técnica de um sistema de produção e transporte. Da vontade de se defender do inimigo, que está dada na situação de combate e que é completamente óbvia, emerge um ideal social ou um programa racional-construído, uma tendência ou um cálculo econômico. Do povo politicamente unido emerge, de um dos lados, um público culturalmente interessado, e, do outro lado, em parte o pessoal da fábrica e trabalhador, em parte uma massa de consumidores. Do domínio e do poder emerge, no polo espiritual, a propaganda e a sugestão das massas e, no polo econômico, o controle” (Schmitt, 2015, p. 126).

A aliança pró-república era demasiadamente frágil e sujeita a constantes tensões. Pesava sobre o parlamento alemão uma verdadeira crise de confiança. A elite burguesa receava que o parlamento representasse apenas as decisões de interesses das massas proletárias. Os proletários temiam que o Legislativo perpetuasse os interesses das elites. A aristocracia duvidava que um parlamento plural, representativo de forças políticas diversas, tivesse meios de adotar soluções rápidas e eficientes para conter o avanço do comunismo e a revolta dos proletariados (Goupy, 2016, p. 62).

Segundo Goupy, conquanto a atmosfera antiparlamentar não se limitasse ao território alemão, havendo na Europa intensas discussões em torno da separação de poderes, dos poderes de crise e da fé exagerada no parlamento (“legiscentrismo”⁵), na República de Weimar o contexto de perturbações era mais intenso.

Além das perdas da guerra e das sanções impostas pelo Tratado de Versalhes, os veteranos mutilados da guerra não ajustavam em seus ambientes; a classe operária/trabalhadora padecia de frustração pelas promessas não realizadas pelos movimentos comunistas; a Alemanha padecia de crise de hiperinflação a partir de 1923, de elevado desemprego e perda de poder aquisitivo dos trabalhadores, sobretudo a partir da Grande Depressão econômica mundial (1929).

Os defensores do capitalismo já não conseguiam convencer as massas de que o “melhor sistema econômico” era o capitalismo.

É nesse contexto que o Partido Nacional-Socialista ascende ao poder, com a nomeação de Adolf Hitler ao cargo de Chanceler, em 30.01.1933, e instala um regime de exceção.

A pretexto de salvaguardar a ordem e a segurança, a experiência nazista em Weimar subverteu os valores de justiça e de ética cultivados tradicionalmente pelo mundo ocidental e descartou seres humanos como itens supérfluos e dispensáveis, consoante restará demonstrado.

2 O ESTADO DUAL ALEMÃO, POR ERNST FRAENKEL

Ernst Fraenkel, advogado judeu nascido na Alemanha e veterano de guerra, na obra *Dual State: a contribution to the Theory of Dictatorship*, descreve, com propriedade, como se deu a implantação do Regime Nazista, a partir de 1933.

⁵ “Legiscentrismo” (fé exagerada no parlamento) era uma expressão crítica utilizada por parte das elites conservadoras, que temia a prevalência dos interesses das massas nas deliberações da Assembleia Legislativa, o órgão considerado mais representativo e democrático da República, em que o povo podia exercer sua soberania. Nesse movimento antiparlamentar, foram também empregadas expressões como “absolutismo parlamentar” e “ditadura do parlamento” (Goupy, 2016, p. 62-65).

O valor da obra é inestimável, por ter sido escrita em Berlim, no período entre 1936 a 1938, isto é, no curso dos acontecimentos, por alguém que vivenciou a transformação do Estado de Direito em Estado Ditatorial, bem como por descrever as técnicas de Estado adotadas pelo novo regime.

Fraenkel observa que o Regime Nazista não se resumiu à disseminação da violência, arbitrariedades e ao desrespeito aos direitos fundamentais, como sugere o imaginário popular. Assevera que foi, em verdade, uma combinação entre arbitrariedades (desrespeito às leis/ausência de limites) e ordem (respeito às leis).

Ao mesmo tempo em que o governo incorria em arbitrariedades e violência ilimitados, o que denominou Estado de Prerrogativas, havia um corpo normativo que continuou a ser respeitado pelas Cortes Administrativas e Judiciais, garantindo a existência e funcionamento de um Estado Normativo.

Essa dualidade - longe de ser contraditória - foi justamente a chave que permitiu a rápida transição do Estado de Direito para o Estado Autoritário.

De início, ocultou a violência e as arbitrariedades, dificultando a percepção geral de tais práticas; depois, normatizou e “ordinarizou” as barbaridades, como se fossem rotinas legítimas, uma vez autorizadas por leis e decretos; ao final, eliminou a capacidade de resistência dos indivíduos e das instituições, de sorte que apenas fontes externas (outros Estados) puderam rompê-las.

Esse dualismo também permitiu ao Estado Alemão atender às diversas crises que pairavam sobre a República de Weimar, ao aliar um Estado Autoritário (que toma decisões rápidas), a um Estado racial (que escolhe seus inimigos e destrói seus opositores), a um Estado militar (que acelera o crescimento da indústria armamentista, eleva o número de empregos e aquece a economia), a um Estado interventor na economia (que direciona o crescimento econômico em prol da auto suficiência da Alemanha), a um Estado expansionista (que busca expansão territorial para além das fronteiras) e a um Estado capitalista (que garante a propriedade privada e a segurança jurídica).

2.1. Fundamentos constitucionais à ascensão do Regime Nazista

A Constituição de Weimar (1919) atribuía ao Presidente do *Reich*, em seu art. 48, §2º, poderes excepcionais para agir em situações crises graves:

Se a segurança e a ordem pública forem gravemente perturbadas ou ameaçadas dentro do Reich alemão, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para restabelecê-las, intervindo, se necessário, com a ajuda das forças armadas. Para o efeito, pode suspender temporariamente, no todo ou em parte, os direitos fundamentais previstos nos artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º e 153.º

Para garantir a existência do Estado e restabelecer a ordem e a segurança pública, a Constituição de Weimar facultava ao Poder Executivo adotar quaisquer medidas, fazendo uso, inclusive, das forças armadas e suspensão dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão,

liberdade de imprensa, liberdade de reunião e de associação, inviolabilidade das comunicações, inviolabilidade do domicílio, proibição do confisco ou de restrições à propriedade além dos limites da lei.

Após o incêndio do parlamento alemão (27.02.1933), houve a promulgação pelo Presidente Hindenburg do Decreto Emergencial (28.02.1933), que, para proteger o “Povo e o Estado”⁶ e para combater a ameaça comunista e os inimigos do Estado, permitiu: i) a suspensão dos direitos fundamentais acima referidos; ii) a intervenção federal nos governos estaduais e locais, caso estes deixassem de tomar medidas necessárias ao restabelecimento da segurança e da ordem pública ou desobedecessem às ordens do governo do *Reich*; iii) prisão perpétua, pena de morte e de confisco de bens, para quem se opusesse às ordens do *Reich*, praticasse conspiração ou atentasse contra seus membros.

O artigo 76 da Constituição de Weimar também permitia ao Poder Legislativo produzir emendas constitucionais, respeitados quóruns qualificados para instalação da assembleia (presença de 2/3 dos membros do parlamento) e aprovação das medidas (2/3 dos presentes).

Em 24.03.1933, o Parlamento Alemão promulgou então a “Lei dos Plenos Poderes”, concedendo poderes legislativos ao Chanceler (Hitler), facultando-lhe modificar a Constituição, sem controle prévio ou posterior dos demais poderes, desde que não contrariasse as instituições do *Reichstag* (Parlamento) e do *Reichsrat* (Conselho Administrativo).

Assim, ancorados no “Decreto Emergencial” e na “Lei de Plenos Poderes”, propalou-se o entendimento de que os atos do Poder Executivo poderiam derrogar/modificar a própria Constituição, observando-se que o art. 76 da Constituição de Weimar não havia imposto limitações materiais ao poder de emenda conferido ao Poder Legislativo, assim como não o havia feito a Lei de Plenos Poderes em relação ao Poder Executivo.

Marie Goupy revela que importantes juristas europeus, como Carl Schmitt, Jacobi, Carré de Malberg e Maurice Hauriou sustentaram prontamente o acerto e legitimidade dessas medidas, que inflaram exponencialmente os poderes do Chefe do Poder Executivo (Goupy, 2016, p. 109-110).

Argumentavam, de um modo geral, que os “poderes de crise” conferidos ao Poder Executivo não contrariavam as bases de um Estado Constitucional Moderno, mas promoviam indispensável e necessário reequilíbrio de poderes, na medida em que o parlamento havia sido superestimado pela Constituição de Weimar.

⁶ O nome Decreto Emergencial era *Decree of the Reich President for the Protection of People and State of 28. February 1933*. O preâmbulo era: *On the basis of Article 48, Section 2, of the German Constitution, the following is decreed as a defensive measure against Communist acts of violence that endanger the state* (Reichstag [...], [Alexandria], [2023?]).

Sustentavam que os “atos legislativos” do Executivo não modificariam normas constitucionais em caráter perene, por serem provisórios e vigentes apenas na situação de crise, não havendo risco de subversão democrática.

Defendiam a ideia de que o Poder Executivo era mais eficiente na tomada de decisões em contexto de crise, em comparação ao parlamento, além de ser igualmente democrático, uma vez que o Presidente havia sido eleito, assegurando o princípio do majoritário democrático.

Ainda, alegavam que o controle dos atos do Poder Executivo poderia ser evitado, na medida em que os demais Poderes não poderiam se sobrepor às escolhas políticas realizadas.

Os debates doutrinários acerca da separação de poderes e dos “poderes de crise” atribuídos ao Poder Executivo ocorreram largamente no período entreguerras⁷.

2.2 Estado de Prerrogativas

Munido de plenos poderes, o Chanceler alemão Adolf Hitler e o Partido Nacional-Socialista adotaram medidas que modificaram as bases da República Federativa de Weimar.

Dentre as transformações empreendidas, Ernst Fraenkel destaca: i) a distinção entre Estado Político e Estado Administrativo; ii) a fusão entre o Estado e o Partido Nacional-Socialista; iii) a abolição de direitos e garantias individuais aos “inimigos”; iv) a supressão das limitações legais ao exercício do poder de polícia no cumprimento do Decreto Emergencial e v) a eliminação do poder de revisão judicial sobre tais atos.

A lógica adotada partia da premissa de que o Poder Executivo não deveria servir apenas à prática de atos administrativos ou à prestação de serviços públicos essenciais. Competia-lhe, antes e acima de tudo, tomar as decisões políticas diretivas dos rumos do Estado.

Pregava-se que apenas o Executivo guardava condições de alcançar os propósitos do Estado e de salvaguardar sua existência. Garantir a sobrevivência do Estado era mais importante do que respeitar direitos ou a normas processuais, uma vez que, sem Estado, não haveria direitos.

Adotou-se uma importante distinção entre “Estado Político” e “Estado Administrativo”. Os atos políticos, praticados pelo Poder Executivo, deveriam ser considerados soberanos e imunes ao controle das cortes administrativas ou judiciais. Os atos administrativos, próprios do funcionamento da máquina estatal e de sua burocracia, continuariam sujeitos às regras legais, ao controle administrativo e à revisão judicial.

A condução política do país e sua legislação, por serem tarefas de cunho político, deveriam ficar ao encargo do Chanceler e do Partido Nacional-Socialista. Aliás, o Estado e o Partido tornaram-

⁷ Denominação do período que se estende do fim da Primeira Guerra Mundial (11.11.1918) até o início da Segunda Guerra Mundial (01.09.1939).

se instituições fundidas e indistintas, de tal sorte que os membros do partido também poderiam emitir ordens aos servidores públicos, à polícia alemã e aos civis.

A ordem jurídica fora também severamente modificada. O Decreto Emergencial de 28.02.1933 passou a ser aplicado de forma cada vez mais estendida. Embora o art. 48, §2º, da Constituição de Weimar autorizasse a suspensão de apenas alguns direitos e garantias fundamentais, na prática, decidiu-se que qualquer medida poderia ser tomada contra os inimigos do Estado, a pretexto de preservar a ordem e a comunidade étnica.

Reconheceu-se o direito de expropriar bens, de suprimir liberdades e de eliminar vidas de comunistas, judeus, minorias, críticos, opositores políticos e até de inimigos pessoais dos agentes do Estado ou do Partido Nacional-Socialista, privando-os de proteção legal.

Sob a égide da teoria do perigo indireto, buscava-se a eliminação de todos os focos de conflitos, tensões e todas as manifestações das diferenças. Dizia-se que qualquer desafeição permitiria o crescimento de atividades comunistas e de subversão à ordem e à segurança públicas, tornando-se essencial garantir a homogeneidade do povo alemão.

No decorrer do tempo, Fraenkel⁸ observou que a abolição dos direitos e garantias fundamentais atingiu a todos que não interessavam ao Regime Nazista ou não demonstravam perfeito alinhamento ideológico ao governo, mesmo que fossem arianos.

Uma lei promulgada sobre a Gestapo (polícia política), em 10 de fevereiro de 1936, proibiu o controle administrativo dos atos diretamente praticados pela Gestapo, dos praticados de acordo com ordens gerais ou com as especiais da Gestapo e dos atos praticados sob a jurisdição da Gestapo (Fraenkel, 2017, p. 27-28).

Fraenkel registra inúmeras decisões judiciais reveladoras de que, após breve período de resistência, o Poder Judiciário curvou-se à teoria do perigo indireto, abstendo-se de analisar a legitimidade dos atos políticos/atos de poder de polícia lastreados no Decreto Emergencial, sob o fundamento de que o mérito desses atos era político, não competindo revê-los (Fraenkel, 2017, p. 24-37).

A proibição de controle dos atos dito “políticos” pelas Cortes Administrativas e pelo Poder Judiciário permitiu a escalada das arbitrariedades e violência, na medida em que eliminou barreiras aos excessos e tornou imunes os agentes do Estado e membros do Partido Nacional-Socialista.

Em consequência à ausência de controle, esses agentes deixaram de motivar e de publicar os atos praticados; passaram a decidir questões alheias ao Decreto Emergencial e a desbordar dos

⁸ Fraenkel narra, em sua obra, diversos casos em que civis foram punidos por não realizar a saudação “Heil Hitler” diante de um veículo ou de alguma autoridade governamental, embora não houvesse um dever legal de fazê-lo; por realizar doações a instituições assistenciais não protegidas pelo Regime Nazista, por revelar a falta de perfeito alinhamento ideológico; bem como de casos em que Testemunhas de Jeová chegaram a perder o pátrio-poder em relação aos seus filhos menores, por não enviá-los aos acampamentos da Juventude Hitlerista, o que era percebido como uma crítica velada ao regime (Frankel, 2017, 47-48 e 54-55).

parâmetros do Decreto Emergencial em proveito próprio, do partido ou dos empresários apoiadores do regime.

Em nome da “Proteção do Povo e do Estado”, foram desrespeitados princípios estruturantes do Estado de Direito, como o princípio da legalidade, princípio da anterioridade da lei penal, proibição do *bis in idem* (dupla punição pelo mesmo fato), devido processo legal nos âmbitos formal e substancial, bem como houve desrespeito às decisões judiciais e à coisa julgada⁹.

2.3 Estado Normativo

Em que pesem as arbitrariedades do Estado de Prerrogativas, a preservação do sistema capitalista era um dos pilares de sustentação do Regime Nazista.

A este competia proteger a liberdade contratual, os negócios jurídicos, a obrigatoriedade de cumprimento dos contratos (*pacta sunt servanda*), a propriedade privada, as regras de livre concorrência e de proteção às marcas e patentes (Fraenkel, 2017, p. 73).

A previsibilidade das ações do Estado era imprescindível a que os empresários calculassem os riscos de seus investimentos financeiros. A certeza de proteção jurídica à propriedade dos meios de produção e dos lucros era também indispensável à confiança no novo sistema.

A despeito da denominação “socialista” no nome do partido, é fato que o Partido Nacional-Socialista não protegeu a classe trabalhadora, como prometido. Ao Regime Nazista mais interessava proteger as forças produtivas da “nação capitalista” do que os interesses do proletariado.

A fixação de salários, jornadas de trabalho e questões trabalhistas foram deixadas a cargo dos empresários, a pretexto de que os trabalhadores precisavam sacrificar temporariamente seus interesses em prol de uma nação forte e estável (Fraenkel, 2017, p. 101-103).

As Cortes Administrativas e Judiciais foram expressamente proibidas pelo Partido Nacional-Socialista de promover interferência nos preços, nas margens de lucros, nas taxas de juros ou de revisar contratos na ausência de leis.

Ao Estado Normativo competia manter a normalidade do sistema capitalista, os interesses dos monopólios, dos cartéis, das *holdings* e de grandes empresas. O apoio político e financeiro prestado por estes ao Regime Nazista estava atrelado à eliminação dos inimigos (concorrentes) e ao direcionamento de políticas que lhes fossem favoráveis.

Não raro pequenos e médios empresários foram descartados ou atingidos pelas arbitrariedades dos agentes do Estado/Partido. Fraenkel relata casos de comerciantes que foram

⁹ Fraenkel relata casos em que houve dupla condenação judicial de indivíduos pela prática de mesmo crime, quando se acreditava que os atos atribuídos aos acusados eram mais graves do que o demonstrado na primeira ação judicial; casos em que decisões judiciais absolutórias foram ignoradas e desrespeitadas por agentes do Estado, que aplicaram a punição que o Poder Executivo julgava conveniente, em violação à coisa julgada (Fraenkel, 2017, p. 36-37).

acusados de ser judeus ou opositores ao regime, quando não o eram, apenas para que perdessem sua clientela ou fossem eliminados pelos concorrentes. Ninguém estava a salvo dos abusos do regime.

A manutenção desse Estado Normativo era importante, pois, à preservação do sistema capitalista e à transição do Estado Democrático para o Estado Ditatorial/Totalitário. De se pontuar, todavia, que o Estado Normativo era subsidiário ao Estado de Prerrogativas, de sorte que suas ações eram permitidas apenas se convenientes pelo Estado de Prerrogativas e de seus agentes.

A expressão “inimigo”, a ser combatido pelo Estado de Prerrogativas, poderia ser facilmente atribuída a quem representasse obstáculos à expansão dos interesses dos grandes capitalistas ou dos membros do Partido Nacional-Socialista.

3 A DEGENERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO ALEMÃO

3.1 Primazia do político, em detrimento do jurídico, e do irracionalismo

O fato de a República de Weimar ter mantido um Estado Normativo em funcionamento e de ter preservado os poderes (Legislativo, Judiciário e Conselhos Administrativos) e outras instituições democráticas não evitou a degenerescência do Estado de Direito. Estado Normativo não era sinônimo de Estado de Direito.

À sombra do Decreto Emergencial e da Lei de Plenos Poderes, o conceito do político foi alargado de tal modo que se sobrepôs sobre o conceito de justiça. Operou-se uma inversão de papéis. O Direito – que deveria controlar o exercício dos poderes do Estado – passou a ser conformado a partir da política.

O desequilíbrio na separação de poderes e a impotência do Parlamento, do Poder Judiciário e das Cortes Administrativas permitiram a abolição indiscriminada de direitos e garantia fundamentais de quem não fosse útil ao regime ou a ele se opusesse.

O Nacional-Socialismo Alemão considerou todos os homens desiguais, separou-os por raças e defendeu que apenas indivíduos da mesma raça e hereditariedade biológica, unidos pelos mesmos laços culturais, poderiam cooperar para o senso comum e para a paz (Fraenkel, 2017, p. 101-103).

Tais discriminações e violência não se impuseram apenas para garantir a ordem, mas para garantir ao Partido Nacional-Socialista sua manutenção no poder. Mesmo após assumir o controle do Estado e reprimir as ondas subversivas do proletariado, o Regime Nazista continuou a agir para controlar todos os seguimentos da sociedade e todos os aspectos da vida humana, sem distinção entre interesses públicos e privados e em busca de um domínio total (Arendt, 1998, p. 421).

Mobilizou o exército, todas as polícias, órgãos e servidores públicos, grupos paramilitares e simpatizantes para se espriar sobre todos os âmbitos da vida (famílias, igrejas, clubes de lazer, associações, espaços de trabalho, de comércio e outros).

É curioso constatar que a organização totalitária não contou apenas com aqueles que desejavam extrair proveito do Estado, como a elite capitalista ou classe média burguesa conservadora. Encontrou adesão também da elite intelectual e da “ralé”, expressão adotada por Hannah Arendt para se referir aos proletariados, desempregados e excluídos de toda sorte, denominados “subprodutos” da burguesia (Arendt, 1998, p. 364).

O alinhamento de pessoas dotadas de visões de mundo e de interesses tão distintos é um fenômeno de causas múltiplas e complexas, que o espaço reservado a este artigo não permite investigar com profundidade.

Interessa-nos destacar apenas que, em situações de grave crise, quando a maioria das pessoas não se vê representada pelos parlamentares ou governantes e predomina um sentimento de descrença generalizado, opera-se um colapso do sistema partidário e um colapso do sistema de classes.

Segundo Arendt, na crise aguda, os partidos políticos perdem o poder de representação, perdem o apoio dos simpatizantes neutros e não conseguem mais recrutar membros dentre a geração mais jovem (apatia política). A divisão de classes deixa de fazer sentido, remanescendo apenas massas desorganizadas (Arendt, 1998, p. 361-362).

Quanto mais fragmentada e fragilizada a sociedade, mais propícia fica à manipulação, aos discursos populistas, às propagandas nacionalistas e às promessas de que só um governo forte poderá transformar a realidade e eliminar os culpados. Não por acaso os discursos e as propagandas nazistas foram permeados pela falta de verdade¹⁰, pela falta de lógica e demonstrações de força.

A irracionalidade dos apelos exerce grande poder de atração e convida as massas ao engajamento em um movimento organizado, que visa destruir a ordem estabelecida, para salvar a ordem. Quanto mais distante da realidade, maior é a chance de sucesso da propaganda totalitária, observa Arendt¹¹, como se houvesse uma revolta contra o realismo e contra o bom senso.

Nessa conjuntura, nasce uma solidariedade entre as massas de homens insatisfeitos, descrentes do Direito e desconectados entre si, mas suscetíveis ao uso de medidas de força e violência, bem como nascem as condições de ascensão de regimes ditatoriais ou totalitários.

¹⁰ “A diferença entre a verdade e a mentira deixa de ser objetiva e passa a ser uma questão de poder e de esperteza, de pressão e de repetição infinita. Líderes de movimentos totalitários, como Hitler e Stalin, mentiam, mas davam às massas mentiras com uma pompa impressionantes” (Arendt, 1998, p. 387).

¹¹ “A eficácia desse tipo de propaganda evidencia uma das principais características das massas modernas. Não acreditavam em nada visível, nem na realidade da sua própria experiência; não confiam em seus olhos e ouvidos, mas apenas em sua imaginação, que pode ser seduzida por qualquer coisa ao mesmo tempo universal e congruente em si” (Arendt, 1998, p. 401).

3.2 Era possível ao Direito evitar o totalitarismo alemão?

Após a 2ª Guerra Mundial, o reconhecimento do holocausto, dos campos de concentração e dos horrores perpetrados, iniciou-se a busca aos culpados e, como não poderia deixar de ser, o Direito experimentou uma crise.

Constatou-se que as “medidas de exceção” de natureza provisória, que tinham por escopo suspender a ordem jurídica a fim de restabelecer a ordem e de conservar o Estado, protraíram-se no tempo e estabeleceram um novo regime.

O positivismo jurídico *kelseniano* fora acusado de ser corresponsável pelo terror, sob o fundamento de que o Direito Positivo - calcado em uma norma hipotética fundamental e autônomo em relação aos valores (moral), à política e demais ciências humanas, pregava o respeito às leis postas, desde que conformes às normas superiores previstas no ordenamento jurídico, o que conferiu sustentação ao Regime Nazista.

A esse respeito, é curioso constatar que o mesmo positivismo jurídico que submetera o Estado à estrita legalidade e fora aclamado como vitorioso na luta contra o absolutismo nos séculos XVIII e XIX, agora, no século XX, viu-se acusado de favorecer o totalitarismo.

Muitos defenderam o retorno ao Direito Natural, sob a premissa de que a validade das leis precisaria ser extraída não apenas de sua forma, mas de sua compatibilidade com valores supremos, aceitos como dignos de serem perseguidos. Sustentou-se que o Direito Natural deveria integrar o Direito Positivo e, sendo natural, deveria ser hierarquicamente superior, como fonte de justiça.

Outros questionaram a relação entre Estado e Direito. Indagaram se o Direito deveria ser reconhecido apenas no conjunto de normas produzidas pelo Estado (Direito Legalista) ou se poderia ser reconhecido também como produto dos costumes (Direito Consuetudinário) e de decisões judiciais (Direito Judiciário), valendo-se de outras fontes, como as normas geradas a partir do comportamento humano e da experiência social.

Grande também foi a crítica que se atribuiu aos juízes e intérpretes do Direito, consignando-se que a estes não competiria apenas declarar o sentido da lei, mas construí-lo no caso concreto, a partir da formação de juízos de valor e de escolhas.

Os debates entre jusnaturalismo e positivismo jurídico culminaram, na segunda metade do século XX, com o “constitucionalismo” ou “pós-positivismo”, segundo o qual o Direito deve primar por valores e princípios, a serem respeitados como cânones de justiça e interpretação das normas jurídicas. Tais valores, posicionados acima das regras jurídicas, devem conduzir à criação, à interpretação e à aplicação do direito.

Luigi Ferrajoli preconiza que a ciência jurídica deve guardar um papel crítico e projetual no que tange à substância do Direito. A democracia deve deixar de ser caracterizada apenas por sua

dimensão formal e representativa, para assegurar limites aos órgãos de representação; respeito às liberdades que nem mesmo a maioria pode violar; bem como zelar pelos direitos sociais, a serem satisfeitos pela maioria (Ferrajoli, 2016, p. 53).

Mas, acaso já existisse um Direito valorativo, teria ele evitado o totalitarismo em Weimar? Teria ele conferido maior poder de resistência aos operadores do Direito, às Cortes Judiciais e Conselhos Administrativos na Alemanha, evitando que estes se curvassem tão facilmente ao Regime Nazista?

Concordamos com Marie Goupy, para quem os regimes totalitários não surgiram de abusos do direito formal ou da aparente neutralidade do Direito, mas justamente da defesa de valores como Deus, família, propriedade, tradição, comunidade, entre outros. Em suas palavras¹²:

A destruição totalitária das liberdades não começa jamais pelo abuso das garantias formais e procedimentais, mas, ao contrário, parte do desprezo destas em nome de um direito à “verdadeira religião”, à “comunidade de igualdade de raças” ou bem se ancora em nome do “proletariado” (Goupy, 2016, p. 157, tradução livre).

Não há dúvida de que a defesa de valores e de direitos essenciais ao homem representa uma evolução ao Direito e confere maiores chances ao desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidária. Não se reputa, todavia, que a constitucionalização rígida de princípios de justiça e a previsão de cláusulas pétreas constitucionais bastará à contenção de novas ondas autoritárias.

O Direito valorativo não elimina as dificuldades da escolha dos valores que merecem prevalecer; não elimina os interesses subjacentes ao jurídico, como a política, a economia, a moral e todas as suas crises; não blindava a sociedade contra os excessos ou contra os retrocessos, como já se vê no início deste século XXI.

Isso não significa, em absoluto, que o Direito, em quaisquer de suas acepções, possa ser indiferente aos momentos de graves crises.

3.3 O Direito não pode ser ingênuo

A descrença no Direito e nas soluções pacíficas aos conflitos sociais leva as massas a aderirem aos movimentos autoritários. A confiança é substituída por medos, angústias e incertezas, como observa Zygmunt Bauman¹³.

¹² “La destruction totalitaire des libertés ne commence jamais pas l’abus de garanties formelles et de procédures, mais toujours, au contraire, par le mépris de celles-ci au nom d’un droit de la “vraie religion”, de celui de la ‘communauté des égaux de race’, ou bien encore de celui du “prolétariat” (Goupy, 2016, p. 157).

¹³ “Acima de tudo, sentimos que o domínio sobre nossas vidas escorrega por entre os dedos, rebaixando-nos à condição de peões movimentados em uma partida de xadrez jogada por estranhos indiferentes às nossas necessidades, se não categoricamente hostis e cruéis, e assaz dispostos a nos sacrificar em busca dos próprios objetivos. O conceito de futuro, até há pouco associado a mais conforto e menos inconveniência, hoje quase sempre evoca a ameaça horripilante de sermos

Para que a democracia seja percebida como algo indispensável por todos, é preciso que o Direito seja um instrumento mais efetivo na redução das desigualdades sociais e da concentração de riquezas, bem como seja um vetor mais significativo de diálogo e de justiça social.

O Estado de Direito não é algo completo ou uma ideia que se realiza pelo direito positivo, mas um projeto que apenas se concretizará na medida em que seus valores forem efetivados na vida dos integrantes de toda sociedade (Serrano, 2016, p. 100).

Mas não é só. Parece-nos ser imprescindível que os operadores do Direito possam compreendê-lo como um produto da realidade histórica, política e social, de sorte a percebê-lo como um agente que transforma o todo, mas que também é conformado pelo todo, isto é, pelos interesses econômicos, políticos e sociais.

A ciência do Direito deve ser estudada de maneira crítica e multidisciplinar, ao lado da filosofia e demais ciências políticas e sociais. Enquanto o Direito estiver isolado e preso à sua roupagem técnica, serão reduzidas as chances de percepção por parte de seus operadores acerca dos movimentos de transformação que o permeia e das intenções que se escondem nos atos normativos e decisões judiciais.

Em Weimar, como vimos, importantes juristas e as Cortes Judiciais cederam com relativa facilidade aos “poderes de crises” concedidos ao Poder Executivo e aos abusos cometidos pelo Estado de Prerrogativas, legitimando-os.

Não se ignora que o baixo poder de resistência dos técnicos do Direito muito se deve ao cenário de violência e medo criado pelo Regime Nazista.

Não podemos deixar de notar, todavia, que houve também um despreparo os profissionais do Direito, ao acreditarem que os “poderes ilimitados” atribuídos ao Chanceler alemão seriam utilizados provisoriamente (apenas durante o período de anormalidade), com moderação e desprovidos de interesses pessoais, econômicos ou políticos.

Essa é uma questão que merece ser objeto de reflexões, haja vista que as crises e os “estados de necessidade” sempre existiram na história humanidade e sempre existirão.

A depender do tempo histórico e da crise instalada, já foram considerados inimigos e dignos de perseguição o cristão, o judeu, o comunista, o estrangeiro, o pobre, o bandido, o corrupto, entre tantos outros que foram despojados da condição de ser humano e, por conseguinte, de todos os direitos, para fins de perseguição e destruição (Serrano, 2016, p. 143-145).

A figura do “inimigo” sempre é construída politicamente para justificar um Estado autoritário, que age com violência a pretexto de guardar a nação, o Estado de Direito ou a própria

percebidos ou classificados como ineptos ou incompetentes para o trabalho, de negarem nosso valor e dignidade e por isso sermos marginalizados, excluídos e proscritos” (Bauman, 2019, p. 39).

Constituição, mesmo que as medidas adotadas nunca encontrem previsão na Constituição ou na ordem jurídica estabelecida (Serrano, 2016, p. 149).

Tal agir contraria, por certo, a finalidade precípua a qualquer Estado de Direito. É inconcebível que um Estado democrático eleja “inimigos” e deles retire os direitos fundamentais, como se não se amoldassem à espécie humana, quanto mais no século XXI.

A experiência de Weimar, que ensejou a morte de 6 (seis) milhões judeus, de inúmeros ciganos, testemunhas de Jeová, homossexuais, pessoas portadoras de deficiências, escravos e de outros minorias, deve servir como antídoto àqueles que possam pretender aceitar narrativas forjadas à legitimação de violência e arbitrariedades pelo Estado ou que possam compreender que ações autoritárias sejam necessárias e passageiras.

A história do século XX deve ser suficiente para demonstrar que o Direito não comporta tais ingenuidades.

CONCLUSÃO

Vimos no presente artigo que o Estado de Direito tem uma evolução histórica complexa, estando em constante desenvolvimento e sujeito ao movimento pendular de avanços e retrocessos.

A passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito, nos séculos XVII e XIX, apoiou-se no positivismo jurídico, na estrita legalidade e na defesa da técnica, acreditando-se que estes bastariam à paz e à garantia de direitos fundamentais. A experiência nazista demonstrou, no entanto, que as crises econômica, política e social ensejaram a formação de movimentos políticos extremados, que abriram portas ao totalitarismo.

O Direito fora facilmente solapado por interesses políticos e econômicos. A pretexto de garantir a existência do Estado (pressuposto do Estado de Direito), o ordenamento jurídico alemão secundou medidas de força, de violência, de suspensão de direitos fundamentais, que causaram terror e destruição.

A compreensão da degenerescência do Estado de Direito na República de Weimar a partir de 1933 fora inicialmente obscurecida pela combinação entre Estado de Prerrogativas e Estado Normativo. O primeiro, guiado por interesses políticos, era absoluto, violento e ilimitado. O segundo, guiado por interesses econômicos, garantia aparência de normalidade da vida cotidiana, além da propriedade privada e dos meios de produção de interesse do Estado de Prerrogativas.

No pós-2ª Guerra Mundial, restaram evidentes o sacrifício do jurídico em prol do político, assim como os equívocos dos juristas e legisladores que sustentaram a temporariedade desse sacrifício. Mesmo após a eliminação dos subversivos, a pretensão ao domínio total fez-se presente para garantir a manutenção do poder.

O positivismo jurídico kelseniano foi criticado e até apontado como corresponsável pelos horrores do regime totalitário. Muito se discutiu em que medida e por quais razões o Direito não evitou e até apoiou os ideais nazistas. Em resposta às críticas, propôs-se um Direito mais valorativo, uma democracia mais substancial e garantista do mínimo humano existencial.

Conquanto tal concepção tenha favorecido a universalização dos direitos humanos, a construção de uma justiça mais social e garantista, o que merece ser celebrado, é provável que não pudesse evitar o levante autoritário ocorrido na primeira metade do século XX, ainda que preexistente.

Vimos que, não apenas as massas, mas também os operadores do Direito deixaram de acreditar nas soluções pacíficas aos conflitos, na separação e equilíbrio de poderes do Estado e na primazia do jurídico sobre o político ou econômico. Tal inversão permitiu o desprezo ao “valor-fonte” de todo o sistema, qual seja, o ser humano (Lafer, 2011, p. 22).

A experiência nazista é exemplo de que a figura do “inimigo” é forjada para justificar um Estado autoritário, que visa atender a interesses distintos daqueles declarados formalmente ou protegidos constitucionalmente. É exemplo também de que medidas de exceção quase nunca são passageiras, na medida em que seus motivos podem ser recriados ou renovados.

As lições de Weimar exsurgem, portanto, valiosas ao Direito e devem ser lembradas nesse início de século XXI.

A conjuntura de crises encontra-se novamente em curso, em decorrência do neoliberalismo agressivo e dos ressentimentos decorrentes das promessas frustradas de melhoria das condições de vida pelo progresso tecnológico e globalização.

A descrença no Estado, na política e na democracia ressurgem em diversos países, como se vê nas atuais disputas eleitorais, nas campanhas do “nós e eles”, na disseminação de *fake news*, no retorno dos discursos nacionalistas e populistas, agora controlados por algoritmos e disseminados pela tecnologia da informação.

Se as crises são inevitáveis, assim como a criação da figura do “inimigo”, cumpre ao Direito resistir de forma mais contundente do que o fez em Weimar.

Além de buscar sua efetividade, de modo a que seja percebido por todos como indispensável, é preciso que esteja atento às transformações políticas, econômicas e sociais que o circundam, para evitar que ele (o Direito) seja transformado em instrumento de legitimação das arbitrariedades.

O estudo multidisciplinar parece-nos imprescindível à aquisição dessa consciência, sobretudo em momentos em que o irracionalismo e o autoritarismo se avizinham novamente.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. Sintomas à procura de um objetivo e um nome. *In: GEISELBERGER, Heinrich (org.). A Grande Regressão: um debate internacional sobre os novos populismos – e como enfrentá-los*. São Paulo: Estação Liberdade, 2019.

FERRAJOLI Luigi. Prefácio da obra de Norberto Bobbio. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

FRAENKEL, Ernst. **The Dual State: a contribution to the Theory of Dictatorship**. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

GOUPY, Marie. **L'état d'exception: ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme**. Paris: CNRS ÉDITIONS, 2016.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991**. Tradução: Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LAFER, Celso. **Estados liberais**. São Paulo: Edições Siciliano, 1991.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

REICHSTAG fire decree -Text. **World future fund**, [Alexandria], [2023?]. Disponível em: <http://www.worldfuturefund.org/Reports2013/reichfire/reichfire.html>. Acesso em 16 ago.2023.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução: Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Edições 70, 2015.

**POLÍTICAS PÚBLICAS E CONSENSOS: A RELEVÂNCIA DO CONSENSO
PARA O ÊXITO DA POLÍTICA PÚBLICA, COM ATENÇÃO AOS
“BUROCRATAS DE NÍVEL DA RUA” E DESTINATÁRIOS, E UMA
PROPOSTA BASEADA NO MÉTODO DE ABORDAGEM CONSENSUAL**

Public policies and consensus: The relevance of consensus for the success of public policy, with attention to “street-level bureaucrats” and recipients, and a proposal based on the consensual approach method

Rafael Alem Mello Ferreira*
Guilherme Martins Freire**

Resumo: A formação de consensos em torno das políticas públicas, nas suas diversas fases e entre seus variados atores, é relevante para seu sucesso ou fracasso? Este artigo pretende analisar a relação entre política pública e consenso, com atenção aos “burocratas de nível da rua” e destinatários, e fornecer uma proposta baseada no método de abordagem consensual. O texto se desenvolve em três partes. A primeira enuncia linhas gerais sobre políticas públicas, necessárias à compreensão do tema. Na sequência, serão abordados o ciclo da política pública, com suas múltiplas etapas e atores, e a relevância de trazer os “burocratas da linha de frente” e os beneficiários para todas as suas fases. Por fim, investiga-se o método de abordagem consensual, mediante exemplos de aplicação no Brasil, e propõe-se sua utilização para formular, implementar e avaliar políticas públicas.

Palavras-chave: política pública; consenso; burocratas de nível da rua; destinatários; método de abordagem consensual.

Abstract: Is the formation of consensus around public policies, in their various phases and among their various actors, relevant to their success or failure? This article aims to analyze the relationship between public policy and consensus, with attention to “street-level bureaucrats” and recipients, and provide a proposal based on the consensual approach method. The text develops in three parts. The first enunciates general lines about public policies, necessary to understand the theme. Next, the public policy cycle will be addressed, with its multiple stages and actors, and the relevance of bringing “frontline bureaucrats” and beneficiaries to all its phases. Finally, the consensual approach method is investigated, through examples of application in Brazil, and its use is proposed to formulate, implement and evaluate public policies.

Keywords: public policy; consensus; street-level bureaucrats; recipients; consensual approach method.

Submissão em: 03/09//2023
Aprovação em: 19/09/2023
18/10/2023

* Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA-RJ). Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM).

** Pós-graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (UNIASSELVI). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

INTRODUÇÃO

O estudo das políticas públicas (*policy analysis*) evoluiu bastante nas últimas décadas. Unindo métodos empíricos e teóricos, chegou-se às dimensões das políticas públicas (*polity* – institucional, *politics* – processual e *policy* – material) (Frey, 2000, p. 216-217), suas diversas fases (*policy cycle*), as quais podem ser simplificadas em formulação, implementação e avaliação (Frey, 2000, p. 226), e seus variados atores em constante interação (Knoepfel; Larrue; Varone; Hill, 2011, p. 32; Agudelo, 2012, p. 479; Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 139). Atualmente, uma análise adequada das políticas públicas demanda uma visão abrangente sobre os inúmeros aspectos que as envolvem, entre eles o fato de que os “burocratas de nível da rua” (ou “da linha de frente”) e os destinatários (beneficiários dos bens e serviços) constituem atores relevantes porque aqueles concretizam as políticas públicas, estes sofrem os efeitos práticos delas e ambos são capazes de influenciar, significativamente, seus resultados (Cavalcanti; Lotta; Pires, 2018, p. 232; Marques, 2018, p. 34; Oliveira, 2012, p. 1553; Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 158). Este artigo pretende investigar se a formação de consensos em torno de uma política pública, nas suas diversas fases e entre seus variados atores, é relevante para seu sucesso ou fracasso, com atenção aos “burocratas de nível da rua” e destinatários, e articular uma proposta de trazer esses atores para todas as fases, por meio de uma importante ferramenta orientada à formação de consensos, o método de abordagem consensual, que foi criado para a medição da pobreza (Pereira, 2010, p. 10-11), mas que pode ser ampliado para outros vieses, como aferir as necessidades, percepções, valores, ideias e sugestões dos burocratas e beneficiários finais, no escopo de tornar as políticas mais eficientes e democráticas. Para isso, o texto se desenvolve em três partes. A primeira enuncia linhas gerais sobre políticas públicas, necessárias à compreensão do tema. Na sequência, serão abordados o ciclo da política pública, com suas múltiplas etapas e atores, e a relevância de trazer os “burocratas da linha de frente” e os beneficiários para todas as suas fases. Por fim, investiga-se o método de abordagem consensual, mediante exemplos de aplicação no Brasil, e propõe-se sua utilização para formular, implementar e avaliar políticas públicas. O trabalho utilizou a metodologia analítica, através de pesquisa bibliográfica e verificação de dois estudos empíricos brasileiros que empregaram a abordagem consensual.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS – LINHAS GERAIS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DO TEMA

As políticas públicas adquirem expressão no início do séc. XX, quando as Constituições passam a incorporar direitos sociais, o que representou “uma mudança de paradigma no fenômeno do

direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais” (Bucci, 2006, p. 2).

Política pública é um conceito plurívoco, não existe uma única, nem melhor, definição (Souza, 2007, p. 68). Eventual decisão a respeito soaria arbitrária, não havendo um consenso (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 2).

Assim, pode ser tomada como “um campo dentro do estudo da política que analisa o governo”, “um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos”, “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”, decisões e análises sobre “quem ganha o quê, por quê e que diferença faz”, entre outros conceitos que mostram a amplitude do tema e que, apesar das limitações, são relevantes porque “guiam o nosso olhar para o lócus onde os embates em torno de interesses, preferências e ideias se desenvolvem, isto é, os governos” (Souza, 2007, p. 68-69).

Sem prejuízo, Knoepfel, Larrue, Varone e Hill (2011) formulam uma concepção interessante para os objetivos deste trabalho:

We take policy to mean a series of decisions or activities resulting from structured and recurrent interactions between different actors, both public and private, who are involved in various different ways in the emergence, identification and resolution of a problem defined politically as a public one (Knoepfel, P.; Larrue, C.; Varone, F.; Hill, M., 2011, p. 32).

Nessa linha, seria pertinente compreender a política pública como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos (Bucci, 2021, p. 123), sempre permeado de atores. Mais precisamente, “processos complexos, atravessados por diversas dinâmicas de poder, embora em constante interação com os ambientes institucionais, relacionais e cognitivos que as cercam, ambientes esses também construídos ativamente pelos atores” (Marques, 2018, p. 24).

Portanto, chama-se a atenção para o aspecto processual/dinâmico das políticas públicas, que revela as diversas etapas e atores que as envolvem, refletindo, ademais, um caráter marcadamente multidisciplinar (Faria, 2018, p. 17; Cortes, 2018, p. 63).

A *policy analysis*, cunhada por Harold Lasswell, precursor dos estudos sobre políticas públicas, entre os anos 1930 e 1940 (Marques, 2018, p. 25-26), objetiva analisar, semelhante a uma lide jornalística, o quê (a ação), quem (o agente), quando (o tempo), onde (o lugar), como (o modo, o meio) e o porquê (o motivo) da política pública, e também seus resultados pretendidos (para quê, os objetivos gerais e específicos) e alcançados (o que efetivamente ocorreu).

A ciência das políticas públicas, que estuda as relações entre a política (*policy*) e a ação do Poder Público (Bucci, 2006, p. 1), origina-se e desenvolve-se, ao menos em democracias estáveis, sob dois pressupostos: a) possibilidade de formulação científica da política pública e b) análise por pesquisadores independentes; e caracteriza-se pela multidisciplinaridade, pois alberga teorias da

sociologia, da ciência política e da economia, além de conjugar métodos empíricos e teóricos (Souza, 2007, p. 67-69).

A *policy analysis* apresenta três dimensões conceitualmente distintas, mas concretamente interligadas e misturadas, que são, a partir dos termos em inglês, *polity* (aspecto institucional) para designar as instituições políticas, *politics* (aspecto processual) para representar os processos políticos e *policy* (aspecto material) para indicar os conteúdos da política (Frey, 2000, p. 216-217). Outrossim, importa sempre ressaltar que a produção de políticas públicas não ocorre num mundo teórico, mas empírico, permeado de conflitos e inserido em contextos políticos, econômicos e sociais (Nascimento Neto, 2021, p. 68).

Para os objetivos deste artigo, pretende-se salientar, no âmbito dessas concepções, premissas, dimensões e contextos, a relevância dos chamados “burocratas de nível da rua” (ou “da linha de frente”) e dos destinatários dos bens e serviços, a fim de, por meio das necessidades, percepções, valores, ideias e sugestões desses executores e beneficiários finais, que entendem melhor do que ninguém as “verdades/realidades” das políticas públicas, conseguir subsídios para aperfeiçoá-las, tornando-as mais eficientes e democráticas.

2 CICLO DA POLÍTICA PÚBLICA (*POLICY CYCLE*), SUAS FASES E ATORES, COM DESTAQUE PARA OS “BUROCRATAS DE NÍVEL DA RUA” (*STREET LEVEL BUREAUCRATS*) E DESTINATÁRIOS (*POLICYTAKERS*)

O estudo das políticas públicas revelou um “ciclo deliberativo, formado por vários estágios”, múltiplos atores e um plexo de atos dirigidos a certas finalidades, em particular à resolução de problemas públicos, traduzindo “um processo dinâmico e de aprendizado” (Souza, 2007, p. 74).

As fases desse processo, teoricamente distintas, mas concretamente imbricadas e muitas vezes misturadas, constituem o designado ciclo das políticas públicas (*policy cycle*), que pode ser dividido, como modelo heurístico (Nascimento Neto, 2021, p. 69), em: formulação; implementação; e controle dos impactos das políticas; ou, mais analiticamente, em: percepção e definição de problemas; *agenda setting* (definição das prioridades); elaboração de programas e decisão; implementação; e avaliação e eventual correção da política (Frey, 2000, p. 226).

Por sua vez, as políticas públicas incorporam os resultados das interações entre diferentes atores, tanto públicos quanto privados (Knoepfel; Larrue; Varone; Hill, 2011, p. 32). Com efeito, *policies* não se criam no vazio, elas são o produto que resulta da incidência dos múltiplos atores e seus variados interesses (Agudelo, 2012, p. 479).

Os atores, como políticos, burocratas, destinatários, grupos de interesse e mídia, influenciam, interferem ou intervêm, em maior ou menor grau, nas diversas etapas e níveis decisórios da política

pública, desde a formulação, passando à implementação, até a avaliação. Deveras, uma política pública, mesmo sendo liderada por algum ator ou grupo específico, recebe a influência de diversos atores ao longo do processo (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 139), e “não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes” (Souza, 2007, p. 80).

Assim, pode-se deduzir a existência de um fluxo, embora sinuoso, irregular e assimétrico, através do qual, grosso modo e por exemplo, formuladores de políticas públicas influenciam implementadores, os quais influenciam destinatários, e destinatários influenciam implementadores, os quais influenciam formuladores, sem prejuízo de transposições e também incidências de outros atores.

Nesse contexto, a despeito da relevância da *policy cycle*, como referencial teórico, prático e didático, e da influência de variados atores nesse processo, surgiram críticas enfáticas no sentido de que a implementação transforma, substancialmente e inexoravelmente, a política pública, incidindo realidades que não estavam no programa, de forma que as políticas públicas não se fazem apenas de cima para baixo (*top-down*), mas também de baixo para cima (*bottom-up*), até mesmo como uma medida negociada (Marques, 2018, p. 33).

Realmente, os implementadores desenvolvem, na prática, um ferramental técnico e um conhecimento que podem ser, no mínimo, interessantes, o que poderia incrementar a política pública, mormente a “de baixo escalão”, que não exigiria, em princípio, conhecimentos técnicos especializados, segundo a tipologia de Gormley (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 34-36).

Assim, nesse âmbito, destaca-se a pertinência e a relevância da teoria dos “burocratas de nível da rua” (*street level bureaucrats*), de Lipsky, ou “burocratas da linha de frente”, que analisa os “funcionários da estrutura burocrática da administração pública que têm contato direto com o público, e que possuem, informalmente, alto grau de liberdade de decisão (discricionariedade)” (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 147). É o caso de policiais, médicos, professores, assistentes sociais, psicólogos e funcionários de atendimento ao público em geral.

Esses executores também seriam formuladores de políticas públicas, na medida em que suas atividades se convertem em políticas efetivamente implementadas (Cavalcanti; Lotta; Pires, 2018, p. 232). Suas decisões, dotadas de mais ou menos discricionariedade, impactam concretamente as políticas públicas, criando regras e procedimentos “reais”, sentidos diretamente pelos destinatários. Suas ações podem alterar “o escopo dos benefícios, a elegibilidade dos beneficiários, assim como o padrão e os tempos de atendimento” (Marques, 2018, p. 34).

Para Antonio Oliveira (2012, p. 1553), “a ação dos burocratas da linha de frente é mais uma variável na equação da aplicação das políticas, porque são eles que de fato traduzem os programas em bens e serviços concretos”, e são os destinatários que recebem “na pele” esses bens e serviços. Ora, se no direito privado existe a máxima de que uma das melhores formas para se julgar um contrato

é verificar como as partes o executam, também a política pública, para se conhecê-la e compreendê-la, deve-se observar sua execução.

Os “burocratas de nível da rua” travam contato direto com os destinatários do serviço, detêm conhecimentos técnicos e práticos das atividades que prestam e, no âmbito em que trabalham, conhecem a máquina estatal melhor que os políticos e burocratas de escalão superior, o que lhes permite um conhecimento singular e importante. Eles captam o problema público de forma direta e, assim, são capazes de formular alternativas potencialmente mais viáveis e eficazes.

Por sua vez, também ostentam acentuada relevância os destinatários das políticas públicas (*policytakers*), isto é, “indivíduos, grupos e organizações para os quais a política pública foi elaborada” (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 158), pois são eles que sofrem os efeitos práticos das condutas dos burocratas finais e das políticas públicas concretas e, além de conhecerem essa realidade específica, possuem olhares e interesses que extrapolam os limites oficiais dos agentes do Estado.

Outrossim, apesar da imagem de passivos, tendo em vista que mais se sujeitariam do que provocariam uma política pública (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 158), seus comportamentos são capazes de exercer influência sobre o “modus operandi” dos burocratas e, por consequência, da própria política pública, o que traduz uma ligação simbiótica e mais profunda do que aparenta ser à primeira vista.

Dessa forma, tanto os “burocratas de nível da rua” quanto os destinatários são atores relevantes porque aqueles concretizam as políticas públicas, estes sofrem os efeitos práticos delas e ambos, mais do que vivenciarem, são capazes de influenciar, significativamente, seus resultados. Vale também dizer, aqueles conhecem as condutas, necessidades e idiosincrasias destes e vice-versa, ou seja, um conhece, a seu modo, o outro, razão pela qual não apenas “o ponto cego, o outro pode ver” (Neves, 2014, p. 227), mas também o ponto que um não quer ver ou faz de conta que não vê.

Nessa toada, Knoepfel, Larrue, Varone e Hill (2011) sustentam que todos os indivíduos e grupos sociais envolvidos num problema público ou numa política pública devem ser levados em consideração, ainda que sejam, a depender da situação e do momento, apenas atores em potencial e/ou sem capacidade de promover ações concretas, enfatizando que:

If analysts only focus on the behaviour of the most dynamic and enterprising actors, stipulating that passive groups are ‘non-actors’, they run the risk of overlooking certain factors that are central to an understanding of how a given policy is developed. Analysts sometimes adopt too elitist an approach to the actors’ game, not taking into account sufficiently the effects induced by the passivity of certain social groups or political-administrative actors who are concerned by the collective problem under consideration (Knoepfel, P.; Larrue, C.; Varone, F.; Hill, M., 2011, p. 35).

Assim, preconiza-se que as necessidades, percepções, ideias, valores e sugestões dos “burocratas de nível da rua” e dos destinatários, mesmo que potenciais para o caso de programas

ainda não formulados ou implementados, sejam efetivamente consideradas em todas as fases da política pública. Cuida-se, portanto, de trazer a política de baixo escalão, muitas vezes relegada a segundo plano, para o centro dos debates, pois é nela que a política pública se corporifica e se desenvolve, atingindo os beneficiários.

Em outros termos, importa conhecer o que pensam essas pessoas, desde a elaboração das políticas públicas, para que estas já venham desenhadas em moldes mais aceitáveis e executáveis na realidade, até a avaliação para eventual correção do programa, o que ensejaria políticas mais viáveis e eficazes.

Além do mais, decisões em políticas públicas devem ser não apenas fundamentadas e transparentes, mas também sujeitas à participação de todos os interessados na sua conformação, implementação e avaliação, cabendo ao Direito provê-las (ou desprovê-las) de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração, decisão conjunta, *accountability* e mobilização, de sorte a torná-las mais permeáveis, não insuladas em anéis burocráticos ou tecnocráticos, abertas aos *inputs* de uma pluralidade de atores ou, enfim, mais democráticas (Coutinho, 2018, p. 203).

Portanto, a intervenção dos burocratas finais e dos destinatários nas diversas fases das políticas públicas atende não apenas ao princípio da eficiência, mas também, numa relação simbiótica, ao princípio democrático e seus variados corolários, como transparência, participação popular, controle social, gestão participativa etc., o que não significa admitir uma ditadura de baixo para cima, mas uma construção de consensos razoáveis, de modo a privilegiar o aspecto consensual em detrimento do impositivo.

Aliás, segundo a história nacional, o vice-presidente Pedro Aleixo, ao se posicionar contra o Ato Institucional nº 5 de 1968, disse para o ditador Costa e Silva: “Presidente, o problema de uma lei assim não é o senhor, nem os que com o senhor governam o país; o problema é o guarda da esquina” (Santos Filho, 2019; Moraes, 2020).

Ora, se o problema está no guarda da esquina, também nele está, ao menos em parte, a solução, e a mesma lógica se aplica, *mutatis mutandis*, aos destinatários, até porque, segundo Brewer, citado por Carlos Aurélio P. Faria (2018, p. 17), os “problemas determinam a teoria e os métodos, não o contrário”. Ademais, depreende-se facilmente que os sujeitos que vivem a política pública adquirem excelentes condições de identificar problemas e sugerir alternativas/soluções. Ouvi-los é a chance de introduzir esses problemas e sugestões na agenda e passar a considerá-los com seriedade.

3 CONSENSO E POLÍTICA PÚBLICA: MÉTODO DE ABORDAGEM CONSENSUAL

Relações sociais exigem algum consenso. Em políticas públicas não é diferente. Marco Aurélio Nogueira (2018, p. 180-181) leciona que consenso pode significar oposição a conflito, isto

é, um momento de acordo e consentimento, e que, portanto, a realização de políticas públicas demandaria a existência prévia ou a construção de um entendimento em torno de seus eixos principais, de suas apostas, de suas implicações práticas. Na sequência, o mesmo autor realça que:

Em princípio, quanto mais amplo for esse entendimento comum, esse consenso, melhores serão as chances de aprovação e de sucesso prático das políticas. Isso significaria que, em condições de amplo consenso, as margens do conflito estariam reduzidas, ou, como se costuma dizer de modo mais técnico, os conflitos entre indivíduos, grupos e instituições estariam sendo adequadamente processados (Nogueira, 2018, p. 180-181).

Para Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa (2007, p. 21), o consenso (relativo) entre os atores deve ser objeto de atenção especial porque, além de implicar legitimidade, traduz um recurso primordial para qualquer política pública na medida em que, sendo necessário para evitar bloqueios físicos (como inobservância de ordens administrativas) e jurídicos (como impugnações perante tribunais), permite economizar outros recursos, mormente o direito (arcabouço normativo), o dinheiro e o tempo.

Além disso, a existência de consensos ou dissensos entre os diversos atores que intervêm numa política pública auxilia na compreensão de fenômenos específicos, como “leis que não pegam”, políticas públicas virtualmente promissoras, mas que, na prática, fracassam, e também políticas públicas de sucesso. Nesse contexto, é importante alinhar, na política pública, os distintos atores, pois serão eles, de alguma forma, responsáveis por ela, tanto para o fracasso quanto para o sucesso, daí a necessidade da construção de consensos.

Portanto, em todas as dimensões (*polity* – institucional, *politics* – processual e *policy* – material) e fases da política pública (*policy cycle*), mostra-se relevante a formação de consensos razoáveis, com destaque para os níveis de baixo, que são os “burocratas de nível da rua” ou “da linha de frente” e os destinatários dos bens e serviços, de modo a conectar programa e realidade.

Trata-se de privilegiar um estilo mais consensual que impositivo, no qual “os atores protagonistas tentam balancear, contrastar e mesmo alterar suas próprias posições em um processo aberto para a participação de mais atores” (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 190), o que garante não apenas maior legitimidade, mas também maior eficiência, visto que “é por meio de processos de decisão que permitam o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública que esta aumenta o grau de eficiência de sua atuação” (Perez, 2006, p. 163).

Nessa linha, outras vantagens podem ser referidas, como maior quantidade e qualidade de informações disponíveis para a tomada de decisão adequada, maior quantidade de recursos disponíveis (materiais e humanos), maior heterogeneidade de esquemas cognitivos (relevante para problemas complexos) e maior senso de pertencimento e responsabilidade coletiva (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 196).

A propósito, Germán Darío Valencia Agudelo (2012, p. 472), ao investigar a participação da sociedade civil no ciclo das políticas públicas, assertou que “las experiencias recientes han mostrado que uno de los factores explicativos del éxito de algunas políticas está asociado a la atención que se la ha prestado a la participación de la sociedade civil”.

Na mesma direção, Marcos Augusto Perez (2006, p. 168) preconiza que o sucesso de inúmeras políticas públicas depende não apenas do Estado, mas da adesão, ou mesmo atuação, da sociedade, o que exige a utilização de instrumentos persecutórios do consentimento da coletividade, vale dizer, que busquem aproximar a sociedade e o Estado, o burocrata e o cidadão, o governante e o governado.

Assim, dentre os possíveis métodos para obtenção desses consensos, a partir de necessidades, percepções, valores, ideias e sugestões dos envolvidos, destaca-se a abordagem consensual (*consensual approach*).

O método de abordagem consensual, criado por Mack e Lansley para aferição da pobreza, consiste em identificar um padrão de vida mínimo aceitável a partir da percepção social prevalente, isto é, da maioria dos indivíduos, sobre bens, serviços e atividades que todos deveriam necessariamente usufruir, o que afasta um exercício arbitrário de julgamento por especialistas, políticos e governos e proporciona uma representação mais democrática de interesses, embora não exclua critérios técnicos dos pesquisadores (Pereira, 2010, p. 10-11).

Desenvolve-se em duas etapas: 1ª) Identificação das necessidades socialmente percebidas, que se divide em duas subfases, visto que grupos focais indicam e acordam uma lista de itens/atividades relevantes e, depois, os entrevistados especificam os itens/atividades da lista que consideram essenciais (e que, mediante consenso da maioria, integrarão as necessidades socialmente percebidas), opondo-se aos que seriam apenas desejáveis; 2ª) Verificação de quais itens/atividades os entrevistados possuem e se eventual ausência decorre da vontade ou da carência de recursos (Lanau; Mack; Nandy, 2020, p. 157-159).

Basicamente, formula-se uma lista de itens/atividades. Na sequência, os participantes respondem quais entendem ser necessários para uma vida digna e quais julgam não ser. Por fim, as pessoas que não possuem os itens/atividades em virtude da carência de recursos (ausência forçada) considerar-se-ão privadas de uma necessidade socialmente percebida.

Esse método reconhece o valor das experiências e das percepções dos indivíduos, o que possibilita indicadores mais abrangentes e realistas, logo, mais adequados. Com efeito, Lanau, Mack e Nandy (2020, p. 160) aduzem que somente apurar se as famílias possuem ou não acesso aos serviços de saneamento e eletricidade não reflete até que ponto seriam estes utilizáveis ou confiáveis, devido a interrupções no fornecimento, e concluem que:

To accurately reflect the experiences of poor people it is important they be able to express their perceptions of accessibility and sufficiency. The consensual approach, in asking respondents about access to and/or standards of services, both captures the experiences of those in poverty and introduces a democratic element into the definition as to what constitutes a minimally acceptable standard of living (Lanau, A.; Mack, J.; Nandy, S., 2020, p. 160).

Duas pesquisas, fruto de um projeto entre a Universidade de Cardiff e a Universidade de Campinas (Unicamp), podem ilustrar o método de abordagem consensual no Brasil, sua capacidade de ampliação, já reconhecida para incluir perguntas sobre acesso a serviços, acessibilidade e qualidade (Lanau; Mack; Nandy, 2020, p. 161), e sua viabilidade para aplicação em políticas públicas.

O primeiro estudo (Gomes; Franco; Vedovato; Pessoa, 2020) perguntou às pessoas, reunidas em oito grupos focais divididos e organizados segundo condições socioeconômicas e geográficas semelhantes, quais itens ou elementos, a partir de uma lista, eram considerados luxo, desejáveis ou necessidades para que as crianças tivessem condições dignas de vida e não fossem consideradas pobres.

A pesquisa desenvolveu-se em duas fases. A primeira ocorreu mediante a criação de um espaço reflexivo, com base no método “*brainstorm*”, para discutir a pobreza, a situação das crianças e as necessidades para uma vida digna. Na segunda etapa, passava-se à leitura dos cartões com itens pré-definidos para que os participantes os classificassem como luxo, desejáveis e necessários.

Desse modo, com supedâneo na percepção social das necessidades, identificou-se, por exemplo, que todos os grupos julgaram necessário “três refeições por dia”, “roupas suficientes para frio ou calor” e “artigos de higiene pessoal para poder tomar banho todos os dias (ex.: sabão, escova de cabelo/pente, escova de dente)”.

Os pesquisadores aduziram que a futura comparação das respostas aos cartões traria “a possibilidade de ouvir a voz dos cidadãos que, afetados diretamente pela pobreza, teriam a capacidade de, por meio desta pesquisa, enunciar ao estado quais itens consideram prioritários nas políticas nacionais” (Gomes; Franco; Vedovato; Pessoa, 2020, p. 207), e também perceberam a relevância de temas que surgiram, incidentalmente, durante as discussões, como racismo e violência, os quais poderiam encetar outras investigações, configurar um problema público relevante e ocasionar uma política pública.

O segundo estudo (Oliveira; Nandy; Fernandez; Vecchio; Assis; Vedovato, 2021) questionou 155 pessoas individualmente, sem a formação de grupos, sobre os itens constantes na lista (utilizou-se como referência a lista de itens usada na pesquisa anterior) e obteve como resultados altamente consensuais, por exemplo, que “ter itens de higiene pessoal para tomar banho todos os dias (por exemplo, sabonete)” era necessário para 99%; “ser capaz de colocar todas as crianças na escola” – 96%; “ter recursos para usar o transporte público para o trabalho” – 94%; “ter dois conjuntos de roupas” – 91%; “comer três refeições por dia” – 89%; “ter moradia (própria ou alugada)” – 87%.

Ao final do trabalho, os pesquisadores chegaram a inúmeras conclusões relevantes, uma das quais se encaixa, perfeitamente, na proposta aqui defendida:

Esses achados iniciais apontam que a Abordagem Consensual é uma ferramenta importante para os formuladores de políticas públicas no que diz respeito ao desenho das políticas, e também para outros atores sociais interessados na relação entre os direitos sociais e econômicos previstos na Constituição brasileira e a satisfação de necessidades básicas para um padrão de vida digno no país (Oliveira; Nandy; Fernandez; Vecchio; Assis; Vedovato, 2021, p. 25).

Em síntese, os estudos demonstraram aquilo que é socialmente percebido como necessidade para um padrão de vida digno. Além disso, também revelaram problemas correlatos, como racismo, violência, insegurança alimentar, mais pobreza em famílias com crianças e mais pobreza para trabalhadores informais, o que poderia ensejar novas políticas públicas ou correções das existentes.

Percebe-se, assim, que a utilização do método de abordagem consensual, dada sua concepção democrática e a verificação concreta de percepções dos indivíduos, poderia ser ampliada e adaptada para aplicação, sempre que possível, em todas as fases de qualquer política pública, a partir da obtenção de consensos razoáveis entre os variados atores, em especial quanto aos “burocratas da linha de frente” e destinatários, mesmo que potenciais, na hipótese de política pública em fase inicial.

Com efeito, separando-se as fases da política pública, genericamente, em elaboração, implementação e avaliação, verifica-se que a abordagem consensual pode ser utilizada em todas. Na elaboração, através de intervenção em potenciais burocratas e usuários do futuro programa. Na implementação, por meio do acompanhamento e investigação desses atores. E na avaliação, pois o analista pode confrontar o desenho do programa em abstrato com seu funcionamento na realidade, de modo a constatar a urgência de providências de correção.

Por outro viés, sendo as instituições (*polity*) um complexo de regras formais e práticas culturais (Carvalho, 2018. p. 611), busca-se integrar às instituições formais aquelas consideradas informais (conjunto de valores e práticas culturais), formalizando-as, de sorte a estreitar a distância entre regras formais e informais ou, vale também dizer, entre a política pública desenhada no papel (virtual) e aquela aplicada na prática (real).

Ora, chega a ser intuitivo que pouco (ou nada) adiantaria uma política pública de direitos humanos nas polícias brasileiras se não houvesse antes uma abordagem direta nos policiais para identificar, analisar e considerar suas necessidades, percepções, valores, hábitos/práticas, regras informais, conceitos e preconceitos, enfim, sua cultura pessoal, grupal e organizacional, no escopo de, então, formular o programa, implementá-lo e avaliá-lo.

A respeito dos destinatários (potenciais ou efetivos), extrapola-se o âmbito oficial ao coletar e analisar as “visões de outros agentes, distintos dos agentes governamentais envolvidos; em outras palavras, basear-se em fontes diversas da governamental” (Bucci, 2016). Por exemplo, uma simples

abordagem aos moradores de rua da cidade de São Paulo tornaria possível conhecer que os possuidores de cães se recusariam a ir para abrigos públicos que não disponibilizassem um espaço para esses animais de companhia (Bimbati, 2022) e possibilitaria, de imediato, a formulação da política pública já adaptada a essa circunstância.

Em suma, evidencia-se importante saber o que pensam os burocratas e beneficiários finais, desde a elaboração das políticas, para que estas já venham desenhadas em moldes mais aceitáveis e executáveis na realidade, até a avaliação para eventual correção do programa, o que não significa admitir uma ditadura de baixo para cima, mas uma construção de consensos razoáveis.

Obviamente, não se trata de definir uma política pública com base, exclusivamente, nas vontades e manifestações dos burocratas e beneficiários finais, para que não se torne, na tipologia de Gustafsson, uma pseudopolítica, ou seja, desprovida do suporte científico necessário (Secchi; Coelho; Pires, 2022, p. 37), uma vez que políticas públicas também demandam conhecimentos técnico-científicos importantes e que escapam da visão daqueles atores.

Trata-se, a rigor, de considerar aqueles aspectos (necessidades, percepções, valores, ideias e sugestões) não apenas de forma simbólica ou falsa, mas real e, em certos graus, determinante. É a interação entre técnicos e não técnicos que proporcionará mais qualidade e eficiência, aproximando-se, na medida do possível, as esferas do baixo, do médio e do alto escalão e os destinatários.

CONCLUSÃO

Com amparo na revisão de literatura e em duas pesquisas empíricas nacionais que utilizaram o método de abordagem consensual, depreende-se que a formação de consensos em torno das políticas públicas, nas suas diversas fases e entre seus variados atores, é relevante para seu sucesso ou fracasso, em especial quanto aos “burocratas de nível da rua” e destinatários, os quais devem ser trazidos para todas as fases da política, a fim de, por meio das necessidades, percepções, valores, ideias e sugestões desses atores, amear subsídios para aperfeiçoá-las, tornando-as mais eficientes e democráticas.

REFERÊNCIAS

AGUDELO, G. D. V. Incidencia de la sociedade civil en el ciclo de las políticas públicas. **Pap. Polít.**, Bogotá, vol. 17, n. 2, p. 469-496, jul./dic. 2012.

BIMBATI, A. P. ‘Não vou abandonar’: moradores de rua rejeitam ir a abrigos sem seus cães. **UOL**, [s.l.], 28 maio 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/05/28/moradores-rua-abrigos-sem-cachorros.htm>. Acesso em: 23 jul. 2022.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUCCI, M. P. D. Quadro de referência de uma política pública: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. **Direito do Estado**, [S.l.], ano 2016, n.122, 27 mar. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional>. Acesso em: 30 maio 2022.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-47.

CARVALHO, C. H. A. Neoinstitucionalismo. *In*: DI GIOVANI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio (org.). **Dicionário de políticas públicas**. 3. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 610-613.

CAVALCANTI, S.; LOTTA, G. S.; PIRES, R. R. C. Contribuições dos estudos sobre burocracia de nível de rua. *In*: PIRES, R.; LOTTA, G.; OLIVEIRA, V. E. (org.). **Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília: Ipea: Enap, 2018. p. 227-246.

CORTES, S. V. Sociologia e políticas públicas. *In*: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. (org.). **A política pública como campo multidisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 47-68.

COUTINHO, D. R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. (org.). **A política pública como campo multidisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 181-206.

FARIA, C. A. P. A multidisciplinaridade no estudo das políticas públicas. *In*: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. (org.). **A política pública como campo multidisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 11-21.

FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**, Brasília, DF, n. 21, p. 211-259, jun.2000.

GOMES, J. D. G; FRANCO, L.; VEDOVATO, L. R.; PESSOA, V. A. Pensando a pobreza entre crianças no Brasil: relatório de aplicação de grupos focais a partir da metodologia da Abordagem Consensual. **Revista Pesquisa e Debate**, São Paulo, v. 32, n. 1(57), p. 185-209, 2020.

KNOEPFEL, P.; LARRUE, C.; VARONE, F.; HINOJOSA, M. Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado em los actores, sus recursos y las instituciones. **Ciencia Política**, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 9-42, enero/jun.2007.

KNOEPFEL, P.; LARRUE, C.; VARONE, F.; HILL, M. **Public policy analysis**. Bristol: Policy Press, 2011. DOI: 10.1332/policypress/9781861349071.003.0003.

LANAU, A.; MACK, J.; NANDY, S. Including services in multidimensional poverty measurement for SDGs: modifications to the consensual approach. **Jornal of Poverty and Social Justice**, Bristol, v. 28, n. 2, p. 149-168, 2020.

MARQUES, E. As políticas públicas na Ciência Política. *In*: MARQUES, E.; FARIA, C. A. P. (org.). **A política pública como campo multidisciplinar**. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2018. p. 23-68.

MORAIS, N. M. (2020). O poder do guarda de esquina. **Estado de Minas**, Opinião, Minas Gerais, 20 de dez. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/opiniaio/2020/12/20/interna_opiniaio,1222431/o-poder-do-guarda-de-esquina.shtml. Acesso em: 17 jun. 2022.

NASCIMENTO NETO, P. **Gestão de políticas públicas**: conceitos, aportes teóricos e modelos analíticos. Curitiba: InterSaberes, 2021.

NEVES, M. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n.93, p. 201-232, dez.2014.

NOGUEIRA, M. A. Consenso. *In*: DI GIOVANI, G.; NOGUEIRA, M. A. (org.). **Dicionário de políticas públicas**. 3. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 179-184.

OLIVEIRA, A. Burocratas da linha de frente: executores e fazedores de políticas públicas. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v.46, n.6, p. 1551-1573, nov/dez 2012.

OLIVEIRA, F. U.; NANDY, S.; FERNANDEZ, G. F.; VECCHIO, V. D.; ASSIS, A. E. S. Q.; VEDOVATO, L. R. O que os brasileiros pensam ser necessário para que se tenha um padrão de vida digno em seu país? Estudo piloto na cidade de São Paulo. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, v. 4, p. 1-27, 2021.

PEREIRA, E. S. L. Observar a pobreza em Portugal: uma leitura crítica das principais abordagens à operacionalização do conceito de pobreza. **Fórum Sociológico**, [s.l.], n. 20, p. 1-16, 2010.

PEREZ, M. A. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. *In*: Bucci, M. P. D. (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 163-176.

SANTOS FILHO, R. T. O “cala boca” não morreu: o problema é o guarda da esquina. **Conjur**, São Paulo, 27 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-27/ricardo-toledo-problema-guarda-esquina>. Acesso em: 17/06/2022.

SECCHI, L.; COELHO, F. S.; PIRES, V. **Políticas públicas**: conceitos, casos práticos, questões de concursos. 3. ed. São Paulo: Cengage, 2022.

SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. (org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. p. 65-86.

DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE: ANÁLISE CRÍTICA, FETICHIZAÇÃO E CENÁRIO MARANHENSE

*Human rights of adolescents deprived of liberty: critical analysis,
fetishization and Maranhão context.*

Ruan Didier Bruzaca*
Sorimar Sabóia Amorim**

Resumo: Os direitos humanos inserem-se no complexo contexto da construção histórica e contraditória dos direitos, partindo da sociedade capitalista e da fetichização, excluindo uma parcela significativa das classes subalternas, incluindo-se nestas os adolescentes privados de liberdade. Com isso, encara-se como problema, levando em consideração o contexto maranhense, a indagação se os direitos humanos dos adolescentes em privação de liberdade implicam ou não na revitimização, configurando-se a fetichização. O objetivo geral é compreender, levando em conta o contexto brasileiro, os direitos humanos dos adolescentes privados de liberdade. Os objetivos específicos são: 1) compreender os fundamentos da teoria crítica dos direitos humanos; 2) apresentar as previsões normativas internacionais e nacionais a respeito dos direitos de adolescentes; 3) investigar a condição e fetichização dos direitos humanos de adolescentes privados de liberdade. Metodologicamente, valeu-se de levantamento bibliográfico de produções referentes aos direitos humanos e direitos do adolescente, e documental, com acesso a dados do Relatório de Gestão 2021 da Fundação da Criança e do Adolescente (FUNAC), partindo as reflexões do marco teórico de matriz marxista.

Palavras-chave: direitos humanos; fetichização; adolescentes; privação de liberdade; contexto maranhense.

Abstract: Human rights are part of the complex context of the historical and contradictory construction of rights, from capitalist society and the fetishization, excluding a significant piece of subordinate classes, including adolescents deprived of liberty. With this, it is seen as a problem, taking into account the Maranhão context, the question whether the human rights of adolescents in deprivation of liberty imply or not in revictimization, configuring the fetishization. The general objective is to understand, taking into account the Brazilian context, the human rights of adolescents deprived of liberty. The specific objectives are: 1) to understand the fundamentals of the critical theory of human rights; 2) present the international and national normative predictions regarding the rights of adolescents; 3) investigate the condition and fetishization of the human rights of adolescents deprived of liberty. Methodologically, a bibliographic survey of productions related to human rights and adolescent rights was used, as well as documents, with access to data from the 2021 Management Report of the Fundação da Criança e do Jovens (FUNAC), based on the reflections of the theoretical framework of a Marxist matrix.

Keywords: human rights; fetishization; teenagers; deprivation of liberty; Maranhão context.

Submissão em: 10/05/2023
Aprovação em: 26/08/2023
26/09/2023

* Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Adjunto II e coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

** Pós-graduada na área de Enfrentamento à Violência Doméstica contra Crianças e Adolescentes pela Universidade de São Paulo (USP). Atualmente, é presidente da Fundação da Criança e do Adolescente (FUNAC).

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos se tornaram pauta de reivindicação de vários segmentos oprimidos da sociedade em busca por garantias individuais e coletivas para promoção da dignidade humana. Contudo, a sua concepção é resultado de uma construção histórica da sociedade burguesa, anunciando os direitos civis e políticos necessários à efetivação das relações capitalistas. Por sua vez, a extensão dos direitos humanos para garantias econômicas e sociais é resultado das lutas dos trabalhadores e de segmentos subalternizados e excluídos para redução das desigualdades, os quais, quando efetivados, dão-se mediante forte pressão desses setores.

Essa mesma lógica se dá no âmbito dos direitos da criança e, em especial, do adolescente, cujo compromisso assumido pelo Estado brasileiro resulta em um ordenamento pautado na proteção integral. Isso implica no reconhecimento da necessária proteção e amparo jurídico a diversas vítimas de desrespeitos a direitos – antes sequer era considerado o seu processo de pessoa em situação peculiar de desenvolvimento.

Assim, o presente artigo encara como problema, levando em consideração o contexto maranhense, a indagação: os direitos humanos dos adolescentes privados de liberdade implicam ou não na revitimização, configurando-se a fetichização? Como resposta provisória, entende-se que há omissão do Estado e, com isso, perpetuação de diversas violações de direitos, seja por ausência de investimento de políticas públicas, seja por constituir um empecilho à sociedade capitalista.

O objetivo geral é compreender, levando em conta o contexto brasileiro, os direitos humanos dos adolescentes privados de liberdade. Como objetivo específico, analisam-se: os fundamentos da teoria crítica dos direitos humanos; as previsões normativas internacionais e nacionais a respeito dos direitos de adolescentes; a condição e fetichização dos direitos humanos de adolescentes privados de liberdade.

Metodologicamente, as contribuições trazidas neste artigo são resultados de levantamento bibliográfico sobre o tema dos direitos humanos, partindo do marco teórico de matriz marxista, bem como levantamento de dados secundários a respeito dos adolescentes privados de liberdade, em especial sobre os dados oriundos do atendimento socioeducativo do estado do Maranhão, que constam no Relatório de Gestão 2021 da Fundação da Criança e do Adolescente (FUNAC).

1 PARA UMA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A luta pelos direitos humanos no decorrer da história se deu de forma lenta e gradual, pois mesmo instituídos juridicamente, isso não assegurava que fossem efetivados, tendo em vista os interesses dos sujeitos envolvidos em sua concepção e operacionalização. A exemplo dos países que

inauguram esse conceito, como os Estados Unidos da América e a França, estes os fizeram sob grandes revoltas, guerras e revoluções burguesas, cuja essência visava à livre acumulação, comercialização e circulação de capital.

A Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, consagrada como um dos símbolos para regular direitos, concebia os direitos humanos como naturais, ao expressar que “todos os homens são dotados pelo Criador com certos direitos inalienáveis e que, entre eles, se encontra a vida”. Em seu segundo parágrafo, expressa que “todos os homens são criaturas iguais”, privilegiando os “direitos à vida, à liberdade e a busca da felicidade”, como essenciais para a vida humana (Trindade, 2010, p. 22).

Essa Declaração é carregada de contradições, desde a sua elaboração. Embora constitua um marco ao tratar da preservação da vida como garantia natural de direito humano, retrata os interesses de uma classe burguesa em ter liberdade para livre comercialização, pois “seu principal redator, Thomas Jefferson, era e continuou sendo proprietário de cerca de duzentos escravos” (Trindade, 2010, p. 22-23). Somente após quase noventa anos e uma guerra civil, que os então escravos seriam tratados como iguais. Ainda passariam mais cem anos para superar a segregação racial nos estados do sul, em razão da pressão de movimentos civis na década de 1960.

No caso da França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) também concebeu “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” como naturais ao homem. Isso, contudo, não perpassou pela ampliação das dimensões da igualdade, pois não citou o sufrágio universal, a igualdade de gênero, a vedação à escravidão, tampouco o direito ao trabalho, no entanto manteve o direito à propriedade (Trindade, 2010, p. 23-27).

Segundo, Douzinas (2009, p.170-171) apresenta a crítica marxiana à Declaração Francesa, que critica a revolução burguesa ao mencionar que esta serviu para a emancipação do capitalismo ao dividir “o espaço social unificado do feudalismo em um domínio político, que estava confinado ao Estado, e uma sociedade civil predominantemente econômica”. Além disso, trouxe uma clara distinção entre os direitos do homem e do cidadão, sendo aqueles pertencentes ao “homem universal abstrato”, que promove “os interesses de uma pessoa muito concreta, o indivíduo egoísta e possessivo do capitalismo”. Ademais, “diferente dos direitos do cidadão, nada são além dos direitos do membro da sociedade burguesa, ou seja, do homem egoísta, do homem separado do outro homem e da comunidade”.

Para a burguesia, o conceito de igualdade e liberdade se referia, sobretudo, ao direito de comercializar, explorar e acumular riquezas, pois necessitava de liberdade de comércio, de contratação, de exploração da força de trabalho, de lucro, “liberdade para transformar tudo em mercadoria, inclusive a terra, cuja propriedade era monopólio legal da aristocracia e do alto clero” (Trindade, 2010, p. 23). Assim, originariamente, os direitos humanos relacionavam-se com

“interesses de classe específicos e foram as armas ideológicas e políticas na luta da burguesia emergente contra o poder político despótico e a organização social estática” (Douzinas, 2009, p. 19), sendo esta parcialidade transcendida na maioria dos regimes jurídicos contemporâneos em razão de seus pressupostos ontológicos, princípios da igualdade e liberdade e a pretensão da sujeição do poder político à razão e à lei.

Para Santos (2013, p. 45), é inegável que os direitos humanos gozam de uma hegemonia, originária das revoluções burguesas francesa e americana, consolidando um direito adequado ao individualismo burguês, mas que oprime certos grupos sociais em razão do colonialismo. O referido autor considera que somos levados a conceber em suas raízes a “consagração dos direitos humanos como princípios reguladores de uma sociedade justa”, constituindo uma ilusão compartilhada pelo senso comum.

Por sua vez, Douzinas (2009, p. 174-175), atenta novamente à crítica marxiana, deixando claro que os direitos humanos são criações da modernidade, construções sociais e legais, instrumentos limitados e limitadores, produtos da política e resultado da razão do capital. Assim, na perspectiva marxiana, os direitos do homem não se constituem como uma categoria universal, atemporal e permanente, ou natural, mas sim como uma construção histórica, no interior de uma ordem societária capitalista. Seus limites intrínsecos impedem a emancipação humana, uma vez que, na sua forma extremada – emancipação política – somente reitera o ser humano como um ser abstrato, destituído de sua liberdade, no sistema de reprodução do capital (Silva, 2021, p.141).

Deste modo, os direitos humanos decorrem de uma “relação social e histórica, cambiante, manifestação dos interesses em conflito estabelecidos entre os homens em cada sociedade, expressão, antes de mais nada, dos interesses daqueles que detêm poder para formulá-lo e exigir o seu cumprimento” (Trindade, 2010, p.23). Trata-se de um fenômeno especificamente moderno, pois até o final do século XVIII, os direitos individuais não existiam e os deveres, nascidos nos laços comunitários, eram o sustentáculo da moralidade, baseada em forte sentido de dever moral e virtude (Barretto, 2010, p. 17).

Na compreensão de Barretto (2010, p. 18-19), distingue-se os direitos humanos originais dos direitos fundamentais ou sequenciais, que representam a expansão da tipificação dos direitos humanos. Os direitos humanos combinam lei e moralidade, expressando o respeito “à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade de todos os homens perante a lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política”, considerados irrevogáveis e inalienáveis. Eles nascem da razão humana a partir da identificação da igualdade, sendo um patrimônio da história da humanidade, visando valores universais. Por sua vez, os direitos fundamentais, ou sequenciais, “resultam da expansão dos direitos originais proclamados

em normativas internacionais e que ganham regulação diferenciada nos sistemas jurídicos, como é o caso do direito à saúde, ao trabalho, à habitação dentre outros”.

Desse modo, os direitos humanos originam-se das relações da sociedade burguesa moderna contemporânea. Ainda que sejam resultado de lutas por igualdade, liberdade e propulsores da concepção de dignidade humana, reproduzem os interesses de uma classe economicamente dominante, que se utilizou de um arcabouço jurídico e político para institucionalizar, legitimar e tornar universais tais direitos, concedidos ou não de acordo com a lógica do sistema capitalista, buscando reproduzir e perpetuar seu modelo de produção e seu processo de exploração, dominação e exclusão.

Neste sentido, importa compreender desde o início que os direitos humanos decorrem de um sujeito localizado e datado: europeu, burguês, masculino, branco. Nos dizeres de Douzinas (2009, p. 110), “os homens representavam a humanidade porque sua razão, sua moralidade e sua integridade faziam deles uma imagem exata do ‘homem’ das declarações”. Desta forma, compreende-se que a classe econômica dominante, ou seja, a burguesia, a partir de suas revoluções, reverteu os papéis da história, tornando-se detentora dos privilégios, da propriedade privada, dos meios de produção e, também, do controle estatal, influenciando o debate sobre os direitos até a atualidade.

No entanto, na presente investigação, aborda-se um sujeito muitas vezes distante daquele “homem” que origina os direitos humanos: o adolescente privado de liberdade, periférico, pobre, preto, inserido num contexto de desigualdade do Brasil. Neste compasso, importa um sentido de direitos humanos a partir de movimentos sociais e organizações políticas e civis, que lutam para que a classe subalternizada e explorada construa uma outra concepção de direitos humanos, possibilitando a emancipação humana. Assim, passa-se a abordar especificamente os direitos humanos dos adolescentes, em especial daqueles privados de liberdade.

2 NORMATIVAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS DO ADOLESCENTE

A trajetória dos direitos humanos é por vezes contraditória, dependendo do contexto e de jogo de interesses. Neste sentido, historicamente os direitos humanos foram consagrados enquanto direitos universais, em nome de assegurar a dignidade humana, alcançando inclusive grupos excluídos e subjugados, apesar de originarem-se de uma experiência antropológica específica: do homem burguês.

Santos (2013, p. 48) atenta que, em meados do século XIX, os direitos humanos distanciaram-se da tradição revolucionária, vigendo uma “gramática despolitizada de transformação

social, uma espécie de antipolítica”. Neste contexto, complementa o referido autor que o Estado assume o monopólio quanto aos direitos humanos, produzindo o direito e administrando a justiça.

Neste compasso, os direitos humanos têm se tornado objeto de discurso, longe de superar a exclusão no usufruto dos direitos humanos como pressuposto de dignidade humana. A esta contradição se soma a dualidade entre, de um lado, a proposta de uma sociedade emancipadora e igual e, de outro, a manutenção do discurso liberal capitalista que implica em violações de direitos humanos. Aqui, a linguagem universal e hegemônica consolida o direito internacional dos direitos humanos, sendo o objetivo de a adoção das declarações internacionais garantir minimamente a dignidade humana e a garantia de direitos a uma coletividade política (Santos, 2013).

Atentado o caráter contraditório dos direitos humanos, importa agora destacar inicialmente a previsão jurídica internacional quanto aos direitos da criança. Quanto a estes, o Brasil seguiu a tendência internacional ao aderir e ratificar a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança, adotada pela Organização das Nações Unidas, em 1989. Desta forma, “pela primeira vez, outorgaram-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos adultos” (Rosemberg; Mariano, 2010, p.699).

Conforme atentam Rosemberg e Mariano (2010, p. 709-710), a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança consiste em um dos instrumentos mais significativos em todo mundo, pois foi ratificada por mais de 190 países. Entre os países que não aderiram a Convenção, destaca-se os Estados Unidos da América, por admitirem pena de morte, contrariando o artigo 37 da referida Convenção, segundo o qual: “não serão impostas a pena de morte e a prisão perpétua, sem possibilidade de livramento, por delitos cometidos por menores de 18 anos de idade” (ONU, 1989).

Registra-se que, anterior à referida Convenção, outros instrumentos internacionais para o bem-estar da criança balizaram a sua instituição, como: a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 (ONU, 1989).

A Convenção Internacional sobre os direitos da Criança foi ratificada, conforme o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (Brasil, 1990). Como destacam Rosemberg e Mariano (2010, p. 698), a referida Convenção inspirou o artigo 227¹ da Constituição Federal de 1988, que foi regulamentado pela Lei Federal nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), num claro reconhecimento não somente de crianças, mas também de adolescentes, como sujeitos de direitos e merecedores de proteção integral.

¹ Art. 227, Constituição Federal de 1988. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao **adolescente** e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988, grifos nossos).

Atenta-se ainda que a referida Convenção tem caráter mandatório, determinando que os Estados signatários adotem medidas legislativas, administrativas e de outra natureza necessárias ao cumprimento dos direitos estabelecidos pela Convenção, bem como que promovam o máximo de recursos disponíveis para efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, conforme preconiza seu artigo 4² (Rosemberg; Mariano, 2010, p. 711).

Se por um lado, a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança reconhece a necessidade de defesa e proteção internacional aos direitos de crianças e adolescentes, por outro, pode acarretar em violações em razão da ineficiência do Estado. Neste aspecto, Santos (2013) destaca que, em relação a direitos econômicos e sociais, é necessário apoio estatal, havendo uma luta política quanto aos recursos do Estado, dependendo a efetivação dos direitos humanos da mudança de uma concepção liberal para uma fundada no bem-estar social.

Seguindo, no Brasil, anteriormente aos novos marcos dos direitos das crianças e adolescentes, estes eram tratados nas políticas públicas como “pessoas em situação irregular”, referindo-se aos menores de 18 anos em “privação das condições de subsistência, de saúde e de instrução, por omissão dos pais ou responsáveis”, bem como em “situação de maus-tratos e castigos, de perigo moral, de falta de assistência legal, de desvio de conduta por desadaptação familiar ou comunitária, e de autoria de infração penal” (Faleiros, 2005, p. 172).

Essa concepção do Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, o Código de Menores, estabelece que a situação de pobreza colocava os pobres menores de 18 anos em situação irregular, devendo ser alvo da atuação paternalista por parte do Estado³, cuja ação efetiva era a correção, punição e intervenção da autoridade judiciária, que possuía total decisão sobre o “problema da chamada infância desvalida”. Aqui, os “pobres” eram alvo da atitude assistencial, enquanto os “perigosos ou delinquentes” eram reprimidos, cabendo aos juízes a decisão quanto à internação, colocação em família substituta, adoção ou punição de pais e responsáveis. Em outros termos, “aos juízes cabia impor a ordem social dominante” (Faleiros, 2005, p. 172).

Ainda, conforme Faleiros (2005, p. 172), esta concepção sobre a política para a infância e adolescência perpassou: a instituição do Serviço de Assistência aos Menores (SAM), em 1941; a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem), em 1964; a Legião Brasileira de Assistência (LBA), em 1946; e as Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor (Febem), sob a

² Artigo 4, Convenção Internacional sobre os direitos da Criança de 1989. Os Estados Partes devem adotar todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza necessárias para a implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação a direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes devem adotar tais medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional (ONU, 1989).

³ Art. 1º, Decreto nº 17.943-A/1927: O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código (Brasil, 1927).

direção da Funabem, responsável pela prevenção e a ação contra o “processo de marginalização do menor” e pela correção dos “marginais”.

Somente no fim da década de 1980 e início da década de 1990, e com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, percebeu-se mudança no tratamento conferido aos direitos humanos dos adolescentes. Resultou de um amplo movimento das organizações da sociedade civil pelos direitos infanto-juvenis, que somados aos movimentos pela democratização do país, trouxeram ao cenário brasileiro uma mudança substancial no marco legal, pautado na proteção integral e agregando um sistema articulado para defesa, controle e promoção de direitos.

Justamente os avanços no âmbito dos direitos humanos decorrem da pressão de agentes políticos, implicando em outra roupagem quanto àqueles direitos – como é o caso dos direitos humanos dos adolescentes. A própria consagração da Constituição Federal de 1988, que traz em seu conteúdo o mencionado art. 227, é resultado da luta social por direitos, “com vistas à construção de sociedades democráticas orientadas para a efetivação dos direitos humanos” (Escrivão Filho; Sousa Junior, 2016, p.101).

Assim, é possível dar visibilidade a violações e violências estruturais econômicas, culturais, sociais, cujas pautas tratavam de necessidades a garantir, efetivadas por meio do processo de decisão política com a participação dos sujeitos sociais, que até então eram negados. É com a pressão de novos sujeitos coletivos que, organizados em movimentos sociais, disputa-se politicamente com o conservadorismo, implicando em um “movimento histórico e dialético de avanço e retrocessos na construção da democracia” (Escrivão Filho; Sousa Junior, 2016, p.100).

Desta forma, destacados os aspectos legais, históricos, internacionais e nacionais a respeito dos direitos humanos do adolescente, enfatizando a importância da luta social e a necessidade da superação da concepção hegemônica dos direitos humanos, importa destacar a condição específica dos adolescentes privados de liberdade no contexto brasileiro – é o que se passa a expor.

3 FETICHIIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE ADOLESCENTES PRIVADOS DE LIBERDADE: SOBRE O CONTEXTO MARANHENSE

Apresentados aspectos teórico-críticos a respeito dos direitos humanos, bem como elementos referentes ao debate dos direitos humanos de adolescentes, importa destacar a questão referente à condição de adolescentes privados de liberdade. Assim, apresentam-se elementos capazes de trazer reflexões a respeito do cenário brasileiro, visando evitar a continuidade de violações de direitos.

De início, destaca-se que o surgimento da pena de prisão adotada pelas sociedades modernas democráticas na atualidade tem como marco temporal o pós-Segunda Grande Guerra Mundial, tendo

em vista a consolidação do paradigma da proteção jurídica no âmbito internacional dos direitos humanos, sendo aquela a principal consequência da prática delituosa (Portela Junior; Cabrera; Bartachevits, 2016, p.170).

A despeito da perspectiva da ressocialização, a concepção que relaciona responsabilização com reparação de dano é considerada estritamente punitiva, estigmatizante e excludente, pois “a ideologia do tratamento pela prisão preconiza de maneira ilógica o resgate da sociabilidade do condenado a partir da negação dessa mesma sociabilidade” (Portela; Cabrera Júnior; Bartachevits, 2016, p.173). Com a prisão, o sujeito perde a sua liberdade, bem como sua autonomia, identidade, intimidade, que consistem em garantias fundamentais para uma vida em liberdade.

Ao cometer um ato infracional⁴, o adolescente é sujeito às medidas previstas no art. 112 do ECA, sendo uma delas a internação em estabelecimento educacional, conforme o inciso VI (Brasil, 1990). Entende-se que implica, desta forma, em medidas de restrição e privação da liberdade, sendo que a aplicação da medida levará em consideração a capacidade do infrator de cumprir a medida e as circunstâncias e gravidade da infração, conforme o art. 112, § 1º, do ECA⁵.

Santos (2001, p. 91-92) atenta que havia uma inversão na prática legal, sendo a medida de internação transformada em “carro-chefe das medidas socioeducativas”, substituindo toda e qualquer outra medida, mesma que mais adequada. Soma ainda a rotineira aplicação da internação provisória, aplicada como castigo em caso de infrações leves e, quando finda o prazo legal, libera-se o adolescente. Isso implica na desconsideração dos “princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito ao adolescente como pessoa em desenvolvimento”.

Neste contexto, atenta-se ainda para questões referentes à reprodução social da criminalização, por meio do sistema de controle social. A partir da reprodução de estereótipos, preconceitos e outros aspectos pessoais, percebe-se “o *status* social inferior do adolescente e infringe o direito constitucional de igualdade”. Aqui, as sanções privativas de liberdade produzem “estigmatização, prisionalização e maior criminalidade”, conflitando com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Santos, 2001, p. 96).

Elegendo como caso exemplar a compreensão da realidade do Estado do Maranhão, parte-se do Relatório de Gestão 2021 da Fundação da Criança e do Adolescente (FUNAC). No referido ano, 1.115 adolescentes foram atendidos, sendo 50 reincidentes e 142 reiteraram ato infracional, identificando-se que “o número de adolescentes reincidentes possuiu aumento de 23% entre 2017 a 2018 e um crescimento de 400% em 2021 em comparação com o ano de 2020” (FUNAC, 2021).

⁴Art. 103, ECA. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (Brasil, 1990).

⁵ Art. 112, § 1º, ECA. A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (Brasil, 1990).

Assim, entende-se que a reincidência se relaciona com as limitações e precariedade da intervenção do Estado, distante do contexto social em que se insere.

Quanto aos adolescentes atendidos por faixa etária, o Relatório aponta que: 11 são adolescentes entre 12 e 13 anos de idade, referentes a 1% do total; 108, de 14 e 15 anos, correspondendo a 9,7%; 562, de 16 a 17 anos, referentes a 50,4%. Quanto a jovens entre 18 e 21 anos, em casos excepcionais em cumprimento de medida socioeducativa, totalizam 434 atendimentos, correspondendo a 38,92% (FUNAC, 2021).

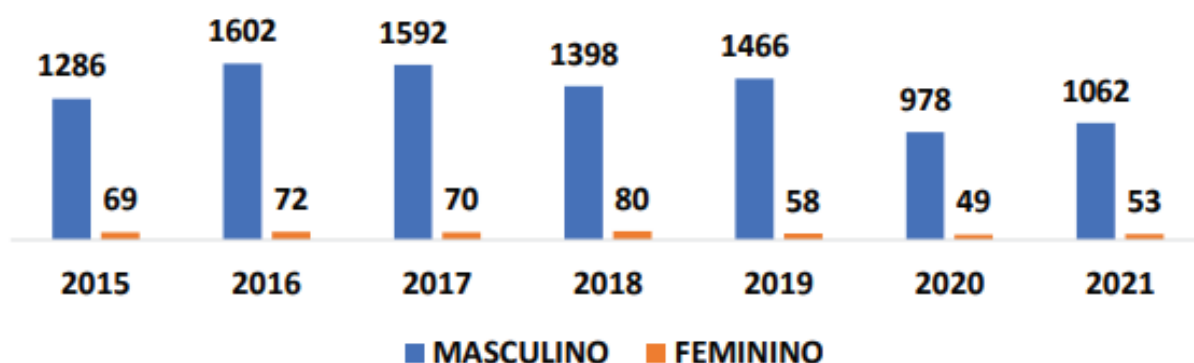
No que diz respeito à caracterização por raça, 692 eram autodeclarados pardos, 281 autodeclarados pretos, 134 autodeclarados brancos, 4 autodeclarados indígenas e 4 autodeclarados amarelos (FUNAC, 2021). Não se pode olvidar a respeito do racismo estrutural tendo em vista o maior atendimento à população preta e parda. Aqui, é possível perceber a politicidade do racismo, seja a partir da sua dimensão institucional, com o Estado criando meios repressivos e engendrando o racismo e a violência sistêmica, seja com a produção, pelo Estado, da narrativa de unidade social, a despeito das questões de classe, raça e gênero (Almeida, 2019, p. 44).

Ademais, importa destacar que “o racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional” (Almeida, 2019, p. 52). Neste aspecto, há de se considerar que, quanto à população preta e parda, há constantes reproduções de estereótipos e imaginário que reforçam sua condição quanto à clientela das medidas socioeducativas no cometimento de atos infracionais.

Quanto ao número de adolescentes atendidos por gênero, no ano de 2021, dos 1.115 atendidos, 1.062 são do gênero masculino, correspondendo a 95,25% do total de atendimentos, sendo 53 do gênero feminino, correspondendo a 4,75%. Assim, há uma grande diferença em relação aos números do atendimento de adolescentes do gênero masculino, sendo que houve um aumento de 8,15% em relação ao ano anterior (FUNAC, 2021).

Desta forma, apresenta-se o seguinte gráfico:

Gráfico 1 – Comparativo de atendimento por gênero de 2015 a 2021

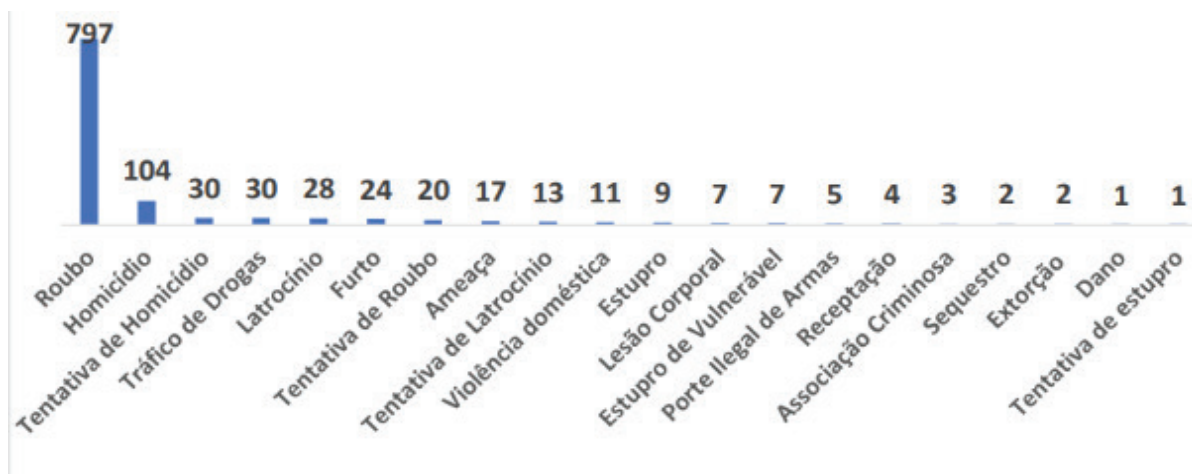


Fonte: FUNAC (2021)

Segundo, quanto à natureza dos atos infracionais, a maioria são atos infracionais contra o patrimônio, como roubo, totalizando 71,5%, variando entre 70% a 78% dos casos atendidos. Em seguida, destaca-se “homicídio (9,3%), tentativa de homicídio e tráfico de drogas com 2,7%, latrocínio com 2,5%, e furto com 2%” (FUNAC, 2021).

Neste compasso, no mesmo relatório destaca-se o seguinte gráfico:

Gráfico 2 - Caracterização dos socioeducandos quanto ao ato infracional 2021



Fonte: FUNAC (2021)

Levando-se em conta os referidos dados, entende-se que o foco no ato infracional distancia a compreensão do contexto econômico, social e cultural, contribuindo para processos de exclusão e desigualdade. O ato infracional existe nas sociedades, como é o caso da realidade brasileira e maranhense, mas não se pode deixar de lado a garantia dos direitos fundamentais aos adolescentes privados de liberdade.

Neste cenário, percebe-se que a existência humana não garante automaticamente os direitos humanos originários, estando sujeita a determinismos naturais e sociais – trata-se do fetiche dos direitos humanos (Barreto, 2010, p.20). Conforme Marx (1994, p.81, acréscimos nossos), fetichismo corresponde “[a]os produtos do cérebro humano [que] parecem dotados de vida própria, figuras autônomas que mantêm relações entre si e com os seres humanos”, como ocorre com produtos, no mundo das mercadorias – na presente análise, com os direitos humanos.

Conforme Bodart (2016), fetichismo conecta-se com o conceito de alienação. O produto, quando transformado em mercadoria, perde relação com o produtor, ganhando vida própria – é compreendido como externo ao trabalhador, estando este alienado em relação ao produto. Deste modo, o “fetichismo da mercadoria”, no sistema capitalista, oculta as relações sociais de exploração do trabalho. Como atentam Netto e Braz (2012, p. 137), implica no não reconhecimento pelos agentes sociais da mercadoria como suas, presente em todo intercâmbio humano.

Neste compasso, ao mesmo tempo em que há a garantia dos direitos fundamentais de adolescentes privados de liberdade, também se presenciavam as violências e opressões nas relações da sociedade capitalista, nas quais se ocultava a negação de seus direitos que, por sua vez, implicam no cometimento do ato infracional. Deste modo, a aplicação das medidas socioeducativas como intervenção estatal mascara a ausência do próprio Estado em efetivar os direitos daqueles sujeitos.

Nesta perspectiva, Robert Kurz (2003, s. p.) estabelece um duplo sentido sobre os direitos humanos, pois ao mesmo tempo em que são admitidos, são também negados, constituindo a sua garantia em abstração. Trata-se de um “duplo entrelaçamento paradoxal de reconhecimento e não reconhecimento”. Aqui, o ser humano visado por direitos humanos é meramente abstrato. Em outros termos, “o ser humano na condição de portador e ao mesmo tempo escravo da abstração social dominante, e somente como este ser humano abstrato ele é universalmente reconhecido”.

No entanto, em relação ao adolescente privado de liberdade, percebe-se a existência de uma padronização de classe, raça e gênero, que a concepção abstrata do sujeito de direitos humanos não é capaz de alcançar. Ao mesmo tempo em que se impõem medidas àqueles que praticam atos infracionais, não se proporciona concretamente e eficazmente soluções para as contradições que originam as violações de direitos humanos, agudizando as desigualdades sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pesem os direitos humanos serem, hodiernamente, pauta de reivindicação de vários segmentos sociais subalternizados, em busca por garantias individuais e coletivas, a sua concepção foi historicamente construída a partir dos interesses de uma classe – a classe burguesa. Economicamente poderosa, garantiu ao sistema capitalista a livre exploração, produzindo exclusão social.

Nesse contexto, os direitos humanos de adolescentes foram originariamente consolidados sob o viés liberal, no qual o Estado investe precariamente em políticas públicas. Assim, o sistema que estabelece a responsabilização de adolescentes com medidas de restrição e privação de liberdade atende a um fetiche social de produzir o encarceramento. Disto resulta mais exclusão e desigualdade, com uma rasa compreensão das circunstâncias que envolvem a prática dos atos infracionais, principalmente uma leitura que desconsidera os aspectos de classe, raça e gênero.

Os dados selecionados demonstram que a privação de liberdade tem um público que destoa da classe economicamente privilegiada, visando a uma ordem social higienista e excludente. Resulta numa falsa sensação de proteção social, afastando-se da proteção integral dos adolescentes estabelecida nas convenções internacionais e ratificada pelo Brasil, configurando-se como um

discurso e destoando da realidade vivenciada por adolescentes, como os privados de liberdade – caracterizando o fetiche da garantia de direitos.

A responsabilização de adolescentes ainda é fortemente marcada pelo caráter punitivo, embora a legislação enfatize seu caráter pedagógico. A construção teórica universalista de direitos humanos, sob o pressuposto hegemônico da dignidade humana, não garante o efetivo reconhecimento dos direitos daquela parcela da sociedade, que não recebe investimento estatal em políticas sociais. Prevalece o entendimento de que as escolhas particulares implicam na prática de delitos, desconsiderando que estes são gerados a partir da organização da sociedade capitalista.

Indiscutivelmente, houve avanço na legislação pátria ao estabelecer o conceito de ato infracional, bem como o procedimento de sua apuração e as possíveis medidas aplicáveis ao adolescente. Desta forma, estabelece limites à atuação do Estado. Contudo, a legislação ainda não é suficiente para garantir a excepcionalidade da privação de liberdade, nem mesmo que a execução da medida seja percebida socialmente a partir do seu caráter educativo. Ainda permanece no imaginário social a ideia meramente retributiva da medida, representando o fetiche punitivista e estigmatizante, implicando na (re)vitimização e na negação de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

AMARAL, E. C. Ineficácia das medidas socioeducativas. **Caderno de Graduação – Ciências Humanas e Sociais**, Recife, v.2, n.3, p.149-166, nov.2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/facipehumanas/article/view/3682>. Acesso em: 27 abr. 2023.

BARRETO, Vicente. **O fetiche dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BODART, Cristiano das Neves. O conceito marxiano de fetichismo da mercadoria. **Blog Café com Sociologia**, [s.l.], 17 ago. 2016. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/para-entender-de-uma-vez-por-todas-o-conceito-de-fetichismo-da-mercadoria-em-marx/>. Acesso em: 06 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.697, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1927. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2023.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

FALEIROS, Vicente de Paula. Políticas para a infância e adolescência e desenvolvimento. **Políticas sociais: acompanhamento e análise**, Brasília, n.11, p.171-177, ago.2005. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4569>. Acesso em :27 abr. 2023.

FUNAC. **Relatório de Gestão 2021**. São Luís: FUNAC, 2021. Disponível em: <https://www.funac.ma.gov.br/files/2022/05/Relatorio-de-Gestao-2021-atualizado.pdf>. Acesso em 27 abr. 2023.

KURZ, Robert. Os paradoxos dos direitos humanos. Inclusão e exclusão na modernidade. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 de março de 2003. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/kurz/2003/03/16.htm>. Acesso em 28 set. 2023.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Rio de Janeiro: Bertrand, 1994. 6 v.

ONU. **Convenção sobre os direitos da Criança**. In: UNICEF. [S.l.]: UNICEF, 2023. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 27 abr. 2023.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia política**: uma introdução crítica. 8.ed. São Paulo: Cortez, 2012.

PORTELLA JUNIOR, José Carlos; CABRERA, Michelle Gironda; BARTACHIVS, Érika Louise Ferreira. Prisionização como ampliação da violência. In: BUSATO, Paulo César (org.). **Menoridade penal**: crítica ao projeto de redução do patamar biológico de imputabilidade no sistema penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p.169-185.

ROSEMBERG Flúvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, [s.l.], v.40, n.141, p.693-728, set./dez. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/gvh6j9BxZFWyZzcbSDWpzk/?lang=pt>. Acesso em: 27 abr. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013. p. 41-133.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v.2, n.2. 2001. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/32/33>. Acesso em: 27 abr. 2023.

SILVA, João Victor Marques da. O fetiche dos direitos humanos no capitalismo: a separação entre a ética e a política na modernidade. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 30, n. 56, p. 132–142, 2021. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8450>. Acesso em: 27 abr. 2023.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**., 2010. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010.

THE YANOMAMI'S TRADITIONAL BURIAL RITUALS AND THE STATE- IMPOSED LIMITATIONS DUE TO THE COVID-19 PANDEMIC: A FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION

Os rituais funerários tradicionais dos yanomami e as limitações impostas pelo Estado devido à pandemia de covid-19: uma colisão de direitos fundamentais

Erick Cavalcanti Linhares Lima*
Alcenir Gomes de Souza**

Abstract: Due to the Covid-19 pandemic, a Yanomami was contaminated and died. The Roraima state authorities imposed a series of restrictions on the release of the body, requiring immediate burial in the local cemetery to avoid the possible risk of mass contagion. Roraima's Health Secretary stated that the immune system of indigenous people is more sensitive to respiratory diseases and that Covid-19 infection in a tribal community could have devastating effects. The fact is that, in general, in Yanomami culture, the spirit of the dead will only be released from the body (and not perish with it) if proper funeral rituals are performed, which require, for example, cremating the body and then eating its ashes in porridge prepared especially for the occasion. Only when the village consumes this sacred mixture, called "ripu", is it guaranteed that the spirit of the deceased will rest. The deceased's relatives requested the body's release for transport to their village for the funeral ceremony preparations. They argued that it was not a question of discussing the absolute or relative meaning of life, health, or the risk of contagion, but of respect for the indigenous culture, which should require these rights to be guaranteed by the State as seen by the community and not from the point of view of the surrounding society. They support their claim in Article 231 of the Constitution of the Republic (respect for their social organization and traditions), in Article 7.1 of ILO Convention 169 (right to define their priorities), and in item 57 of Resolution 1/2020 of the Inter-American Commission on Human Rights on Pandemic (health care according to the culture of tribal peoples).

Keywords: Covid-19; religious freedom; traditional people; human rights.

Resumo: Devido à pandemia da Covid-19, um Yanomami foi contaminado e morreu. As autoridades do estado de Roraima impuseram uma série de restrições à liberação do corpo, exigindo o enterro imediato no cemitério local para evitar o possível risco de contágio em massa. A Secretaria de Saúde de Roraima afirmou que o sistema imunológico dos povos indígenas é mais sensível a doenças respiratórias e que a infecção por Covid-19 em uma comunidade tribal poderia ter efeitos devastadores. O fato é que, em geral, na cultura Yanomami, o espírito do morto só se desprende do corpo (e não perece com ele) se forem realizados os devidos rituais fúnebres, que exigem, por exemplo, a cremação do corpo e o consumo das cinzas em um mingau preparado especialmente para a ocasião. Somente quando a aldeia consome essa mistura sagrada, chamada "ripu", é garantido que o espírito do falecido descansará. Os parentes do falecido solicitaram a liberação do corpo para ser transportado para sua aldeia para os preparativos da cerimônia fúnebre. Eles argumentaram que não se trata de discutir o caráter absoluto ou relativo da vida, da saúde ou

* Pós-doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Roraima.

** Master in Comparative Law (J. Reuben Clark Law School -BYU). Mestre em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania (UERR).

do risco de contágio, mas que o respeito à cultura indígena exige que esses direitos (sepultamento com suas tradições) sejam garantidos pelo Estado como visto pela comunidade e não do ponto de vista da sociedade circundante. Fundamentam sua pretensão no artigo 231 da Constituição da República (respeito à sua organização social e tradições), no artigo 7.1 da Convenção 169 da OIT (direito de definir suas prioridades) e no item 57 da Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre Pandemia (atenção à saúde de acordo com a cultura dos povos tribais).

Palavras-chave: Covid-19; liberdade religiosa; povos tradicionais; direitos humanos.

Submissão em: 11/07/2023

Aprovação em: 27/09/2023

14/11/2023

INTRODUCTION

The COVID-19 pandemic brought with it one of the most traumatic chapters of the modern era, with impacts on the physical and mental health of populations in different countries, on employability, the economy, and on farewell rituals of loved ones who passed away amid the chaos installed during those challenging days.

Every country, group of people, and culture has its own mourning rites. Their own way of saying goodbye, celebrating, and honoring the memory of the departed. However, due to the extremely contagious nature of the COVID-19 virus, several governments have created strict sanitary protocols, to try to reduce the risk of spreading the viral threat.

In Brazil, it was no different.

The following protocol was created and established: “It is recommended that funerals be suspended indefinitely, limiting the presence of family and friends to the minimum possible”¹. The rule was established by the Brazilian Ministry of Health, and each state, due to its peculiarities, could include complementary regulations in order to comply with federal regulations.

Now, Roraima, proportionally, is the Unit of the Brazilian Federation with the largest indigenous population in the country, duly registered. There are several ethnic groups, languages, ancestral traditions, and a cultural heritage that predate the arrival of the Portuguese in Brazilian lands.

In this context, the various tribes in the region have their own beliefs about the afterlife, especially about the burial rites of their loved ones. For example, from the Wai-Wai perspective, the deceased “relative”² must be buried in his village, in the place where he was born and raised, otherwise, he will have no peace in the spiritual world.

¹ Available: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2021/05/1222356/af_manejo-corpos-covid_2ed_27nov20_isbn.pdf. Access: october 31, 2022, at 1:40pm.

² The term "relative" is commonly used by the traditional peoples of the region and refers to a broad understanding of family ties that go beyond the consanguineous elements, making the whole community part of a "single" family.

On the other hand, the Yanomami have a different way of approaching their people's funeral rituals. For them, in general, deceased "relatives" are not to be buried. The corpses will be "exposed and then later on cremated". Some other Yanomami groups, after the cremation, consume the ashes of the deceased. For other tribes, the ashes should be kept in the house of the deceased for a certain time, usually taking into consideration the age of the "deceased".

The coexistence of these and other "models" of funeral rituals and their sacred liturgies has never been a challenge in this region. However, due to the health protocols adopted by the states and municipalities during the pandemic, a new challenge has arisen: after all, can health protocols override the ancestral rituals of the people of the region?

1 WHO ARE THE YANOMAMI?

The Yanomami inhabit the northern region of the Amazon rainforest, distributed in more than 600 villages. They are one of the largest isolated indigenous peoples in the world and occupy a territory of approximately 192 thousand square kilometers in Brazil and Venezuela, an area larger than that of countries like Austria and Hungary combined. In Brazil alone, the demarcated land (96,650 km²) is larger than Portugal. Their land is the largest forested indigenous territory in the world.³

The Yanomami are hunters and farmers who live in societies where life is communal and where tasks are divided according to gender. They all live in large circular houses called "yanos" or "shabonos". Usually, women cultivate the land, producing vegetables that, it is estimated, account for 80% of the communities' food supply. Men are responsible for hunting. According to the habits of the Yanomami, a hunter cannot eat the animal he has killed. Meat is shared by the group, and men only consume meat obtained by another hunter.⁴

For the Yanomami, "urihi", the forest land, is not a mere inert space for economic exploitation (what we call "nature"). It is a living entity, inserted in a complex cosmological dynamic of exchanges between humans and non-humans. As such, it is today threatened by the blind predation of whites. In the view of leader Davi Kopenawa Yanomami:

The forest land can only die if it is destroyed by the white people. Then the streams will disappear, the land will become friable, the trees will dry up and the mountain stones will crack in the heat. The xapiripë spirits, who live in the mountains and play in the forest, will end up fleeing. Their parents, the shamans, will no longer be able to call them to protect us.

³ SURVIVAL. **Os Yanomami**. Available: <https://survivalbrasil.org/povos/yanomami>. Access: 06/28/2023.

⁴ GONZAGA, Maria Eduarda. **Quem são os Yanomami, o povo que segura o céu**. Available: https://brasildedireitos.org.br/atualidades/quem-so-os-yanomami-o-povo-que-segura-o-ceu?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=yanomami&gclid=CjwKCAjwkLckBhA9EiwAka9QRm gzVqxXIML3nH-TZ_6rquup6rdB63S0gTgmCrsRdfj99x4Wr9JwPxoCw6AQAvD_BwE. Access: 06/28/2023.

The forest land will become dry and empty. The shamans will no longer be able to stop the smoke-epidemics and the evil beings that make us sick. Thus, all will die.⁵

2 THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE SAFEGUARDING OF RELIGIOUS FREEDOM IN BRAZIL

The Brazilian Federal Constitution provides in its article 5, item VI, the protection of Religious Freedom in Brazil, in the following terms: “freedom of conscience and belief is inviolable, being assured the free exercise of religious cults and guaranteed, in the form of the law, the protection to places of worship and their liturgies”.

Professor Nathalia Masson⁶ commenting on this clause, teaches:

This facet of the right to freedom consists of the neutral and independent state position in front of the plurality of religions and philosophical conceptions referring to supernatural phenomena, giving citizens vast autonomy in adhering to religious, spiritual, moral or political-philosophical values.

[...]

Autonomy as to conscience is very broad, since it frees the individual from any moral, philosophical, religious, political or sociological interference, allowing each one to embrace judgments, ideas and opinions according to his particular choices. In this sense, a person can "believe in supernatural concepts proposed by some religion or revelation (theism)", can "believe in the existence of a God, but reject any kind of divine revelation (deism), or even not believe in any God at all (atheism).

Also, in 2018, the Brazilian Constitutional Court was called to establish the correct interpretation regarding Religious Freedom in the text of the 1988 Federal Constitution.

The decision was summarized as follows:

The right to religious freedom is, to a large extent, the right to the existence of a multiplicity of religious beliefs/beliefs, which are linked and harmonized - for the survival of all the constitutionally protected multiplicity of faiths - in the so-called religious tolerance. One must distinguish between religious discourse (which is centered on one's own belief and the reasons for the belief) and discourse about the beliefs of others, especially when it is done with the intention of harming, demeaning, or belittling them (or their followers). One is typically a representation of the right to freedom of religious belief; the other, diametrically opposed, is an attack on the same right. As pointed out by the Superior Court of Justice in the appealed trial, the patient's conduct does not consist only of 'the defense of his own religion, cult, belief or ideology, but rather, of an attack on the cult of others, which puts at risk the religious freedom of those who profess a different faith of the patient'⁷.

As can be clearly seen, Freedom of Religion in Brazil is protected by the Federal Constitution, in the chapter on Rights and Individual Guarantees. Therefore, it is an immutable

⁵ Os Yanomami. Available: <https://survivalbrasil.org/povos/yanomami>. Access: 06/28/2023.

⁶ MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 258/259.

⁷RHC 146.303, red. do ac. min. Dias Toffoli, j. 6-3-2018, 2ª T, *DJE* de 7-8-2018.

clause⁸, prohibited from being considered in the National Congress deliberations aiming to eliminate this guarantee from the constitutional text and to diminish its significance by the Ordinary Legislator.

3 THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988 AND THE PROTECTION OF INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS

The Brazilian Constitution of 1988 is admittedly the most protective in relation to the recognition and protection of the rights and guarantees of traditional peoples. Such that the Constituent Assembly reserved an entire chapter of the constitutional text for this theme. Thus, we find in articles 231 and 232 the following rules:

Art. 231. The social organization, customs, languages, beliefs, and traditions of Indians are recognized, as well as their original rights over the lands they traditionally occupy, the Union being responsible for demarcating them and protecting and enforcing respect for all their assets.

[...]

Art. 232. The Indians, their communities and organizations are legitimate parties to take legal action in defense of their rights and interests, the Public Prosecution Service intervening in all acts of the process.

The definition of the recipient of the guarantees in Articles 231 and 232 of the Brazilian Constitution has reached the Federal Supreme Court (STF) in order to find its legal definition. Thus, in 2010, the Brazilian Constitutional Court defined the word “Indian” as follows:

The noun "Indians" is used by the 1988 FC in an invariably plural mode, to express the differentiation of aborigines by numerous ethnic groups. Constitutional purpose to portray an indigenous diversity both interethnic and intraethnic. Indians in process of acculturation remain Indians for the purpose of constitutional protection. Constitutional protection that is not limited to forest dwellers, who are Indians still in the primitive stage of jungle dwellers⁹.

The branch of Brazilian Law specialized in indigenous matters is known as Indigenous Law or Indigenous Constitutional Law and has the following fundamental principles in its theoretical framework, as taught by Robério Nunes dos Anjos Filho¹⁰:

⁸Art 60. [...] § The proposal of amendment tending to abolish will not be subject to deliberation:

I - the federative form of State;

II - the direct, secret, universal and periodic vote;

III - the separation of Powers;

IV - individual rights and guarantees.

⁹ Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19-3-2009, P, DJE de 1º-7-2010.

¹⁰ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2402.

- a) Principle of recognition and protection by the State of the social organization, customs, languages, beliefs, and traditions of the original and existing Indians in the national territory;
- b) Principle of recognition of the indigenous people's original rights over the land they traditionally occupy and protection of its permanent possession in exclusive usufruct for the indigenous people;
- c) Principle of equal rights and equal legal protection;
- d) Principle of otherness or the right to difference;
- e) Principle of maximum protection for Indians.

Based on the constitutional text and on the elements brought from Brazilian doctrine regarding the rights of traditional peoples, it can be perceived that the list of rights indicated in articles 231 and 232 of the Brazilian Constitution is merely exemplificative. That is, the constitutional command outlines a minimum content, which can be expanded by the Ordinary Legislator in order to implement the constitutional protections or recognize others. However, any form of legislative or jurisprudential retrogression is immediately prohibited.

As can be seen, article 231 of the Constitution of Brazil, which deals with the rights of indigenous people, is excessively laconic and the interpretation that has been given is that the expressions “beliefs and traditions” include both religious protection and its own justice system, this based on dialogic and collective decisions.

The problem for the effective recognition of indigenous rights is that, throughout history, they have received inferior treatment, characterized by vulnerability, disrespect and marginalization, marked by the systematic denial of rights and dignity to the individuals that make up this group and by the absence of participation in decision-making processes.

The main Brazilian law on indigenous people (Statute of the Indian) starts from the idea of assimilation, classifying them as isolated, in the process of integration, and as integrated (article 4, Law 6001 of 1973). Therefore, all their rights, as a differentiated group, would be transitory, due to civilizational inferiority. The underlying concept here is that the indigenous people would little by little disappear as an ethnic group and would be assimilated into the national culture.

The 1988 Brazilian Constitution marked a significant break from this historical perspective by abandoning ideas of cultural inferiority or the legal inability of indigenous people to make their own decisions. However, unfortunately, what we saw in the pandemic was that the door opened by the Constitution for the recognition of rights was promptly closed by framing indigenous peoples in certain previously established hegemonic models.

The internal and external conflicts involving these groups are usually analyzed from the perspective of non-indigenous society, which chooses priority legal interests according to its own criteria, relegating the interests of indigenous people to a secondary plan.

With the Covid pandemic, it was no different, unfortunately. No dialogue was sought with the indigenous people to reconcile the restrictions of the pandemic with their cultural and religious

aspects. Nor was there any attempt to break the social invisibility in which they find themselves. The indigenous religious and funeral practices were treated as non-rational whims.

Once again, they were silenced and ignored.

4 FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION: RELIGIOUS FREEDOM X HEALTH PROTOCOLS - COVID-19

The first aspect to evaluate here is: what is the concept of fundamental right that we will use in this research?

For the Spanish Professor Antonio Enrique Pérez Luno¹¹, fundamental rights are: “a set of faculties and institutions which, at each historical moment, materialize the requirements of human dignity, freedom, and equality, which must be positively recognized by legal systems at the national and international level.”

For the purposes of this work, we can contextualize that, in general, the norms existing in the Brazilian Constitution, in Title II - Fundamental Rights and Guarantees - are considered fundamental rights and, therefore, belong to the intangible axis of the Brazilian constitutional charter.

Now, there are several guarantees and rights contained throughout the text of the Brazilian Constitution. Therefore, it is easy to imagine that there will be "clashes" or “collisions” of fundamental rights since they apply to all individuals in the national territory. But what would be a collision of fundamental rights?

Portuguese author José Gomes Canotilho¹² explains that:

Generally speaking, a collision of fundamental rights is considered to exist when the exercise of a fundamental right by its holder collides with the exercise of a fundamental right by another holder. Here, we are not in the presence of a crossing or accumulation of rights (as in the competition of rights), but a clash, a true conflict of rights.

This is, without a doubt, one of the most sensitive issues in modern Constitutional Law, that is: how should we proceed when fundamental rights "collisions" occur?

The Jus philosopher Robert Alexy¹³ in his classic work – “Teoria de los Derechos Fundamentales”, clarifies:

¹¹LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 2004. p. 43.

¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1191.

¹³ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 295.

[...] the clash between principles, assumed as fundamental rights, must be resolved by criteria of valuation, whereas the conflict of rules must be resolved by declaring the invalidity of one of the conflicting rules or by applying the exception clause (...) in the occurrence of a collision between principles, the recognition of the preponderance of one over the other does not result in the declaration of invalidity of the one with "less weight".

Now, as pointed out earlier, the Brazilian Constitution established religious freedom as a genus of which the following are species: freedom of belief, freedom of worship, and freedom of religious organization (Art. 5, VI), as essential values to the Brazilian Nation.

For Professor José Afonso da Silva¹⁴, freedom of belief is the:

[...] freedom of choice of religion, freedom to adhere to any religious sect, freedom (or right) to change religion, but also comprises the freedom not to adhere to any religion, as well as the freedom of unbelief, the freedom to be an atheist and to express agnosticism. But it does not include the freedom to hinder the free exercise of any religion, of any belief.

He continues his teaching by clarifying that freedom of worship "consists in the possibility of praying and performing the acts proper to external manifestations at home or in public, as well as receiving contributions¹⁵." Finally, it states that freedom of religious organization "concerns the possibility of establishing and organizing churches and their relations with the Government"¹⁶.

At this point, it is clear that Religious Freedom in Brazil enjoys consecrated prestige in the constitutional text, recognition in legal doctrine, and support by the Supreme Court in several judgments. However, the COVID-19 pandemic brought a scenario of chaos that would challenge this fundamental right for all, but with a special impact for traditional communities.

The biosecurity protocols adopted during the pandemic period, while in theory providing some control over the spread of the virus, on the other hand, promoted one of the most painful chapters in our recent history. The death of a loved one or a friend is a painful event that brings with it a period of mourning.

Brazil, in general, is a notoriously religious country, with more than 87% of its population professing to belong to some religious creed. This closeness to the "divine" brings with it many different rituals of worship and farewell ceremonies for the deceased.

Due to the pandemic, strict protocols were adopted which, in most cases, meant that only a few people were present at the burial of the deceased relative or friend. This physical limitation, as well as of the "farewell rituals" of each family group, brought as much suffering as the death itself.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5 ed. rev. ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 221.

¹⁵ *Ibid*, p. 221.

¹⁶ *Ibid*, p.221.

The Brazilian Supreme Court was called to manifest itself regarding the viability and constitutionality of this “limitation”, in comparison with Religious Freedom in its different aspects. In response, the following decision was issued:

The dimension of the right to religious freedom (art. 5, VI, of CF/1988) that claims legal protection in the ADPF departs from the core of freedom of conscience (forum internum) and is closer to the protection constitutionally conferred on the freedom to exercise collective worship (forum externum). Under the internal dimension, freedom of conscience is not exhausted in the religious aspect but finds in it a concrete expression of marked importance. On the other hand, in the external dimension, the Brazilian constitutional text includes freedom of faith, freedom to adhere to a religion and freedom to exercise the respective worship. The FC, however, authorizes the relative restriction of this freedom by providing a legal reserve clause for the exercise of religious services (art. 5, VI, of the FC). After the World Health Organization (WHO) declared a global pandemic of the new Coronavirus, on March 11, 2020, several countries began to adopt bans or restrictions on the exercise of collective religious activities. With variations in intensity and time horizon, these measures sometimes consisted of a total prohibition of the holding of worship services, sometimes in the establishment of intermediate guidelines for the operation of religious houses. Restrictions on the operation of houses of worship were driven by super-contamination events identified in various regions of the world. Comparative law has led to decisions of Constitutional Courts recognizing the constitutionality of restrictions on collective face-to-face religious activities during the new Coronavirus pandemic. Under the prism of formal constitutionality, the issue of the contested rule respected the understanding signed by the STF in the trial of the Direct Action of Unconstitutionality 6.341, rapporteur of the eminent Minister Marco Aurélio, the wording of the judgment of Minister Edson Fachin, in which it was established that all federal entities have the power to legislate and adopt health measures aimed at confronting the Covid-19 pandemic. Precedents. Under the prism of material constitutionality, the measures imposed by the state Decree resulted from technical analyses regarding the environmental risk of contamination by Covid-19 according to the economic and social sector, as well as according to the need to preserve the service capacity of the public health service network. The norm proved to be adequate, necessary, and proportional in the strict sense to combat the serious picture of contamination that preceded its edition¹⁷.

The decision of the highest Brazilian court guaranteed the constitutionality and applicability of the sanitary protocols while the threat of COVID-19 lasted. In the midst of this scenario, another challenge arose, involving the traditional peoples of the region, more specifically the Yanomami.

The Coronavirus affects all social groups, regardless of religion, language or geographical location. In this aspect, members of the Yanomami community were also infected and had to travel from their communities to the capital, Boa Vista, in search of medical assistance.

Unfortunately, some members of the Yanomami community died due to complications from COVID-19, and here begins a new chapter in the delicate relationship between health protocols versus religious freedom. To clarify the situation, I bring to light a journalistic article¹⁸ on the subject:

¹⁷ADPF 811, rel. min. Gilmar Mendes, j. 8-4-2021, P, *DJE* de 25-6-2021.

¹⁸Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês. Available: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-24/maes-yanomami-imploram-pelos-corpos-de-seus-bebes.html>. Access: november 05, 2022, at 6h30pm.

The Yanomami are not buried. They never, under any circumstances, bury a body. The bodies are cremated and there is a long ritual so that the dead can die for themselves and for the community. The Yanomami are not individuals, like a white person living in Brazil, or Spain or the United States is. A Yanomami understands himself as part of a community and intertwines with various dimensions of visible and invisible worlds in relationships mediated by shamans. Death rituals must be followed in every detail and take months and even years to be completed. Several villages go to the community of the deceased to participate in the cremation, at first. The ashes are then stored.

Months later there will be the second part, when the visitors once again return for the celebrations. The deceased will then be remembered in his deeds, in his disagreements, and in all the important marks of his trajectory. He will be remembered so that he can then be forgotten, his marks can be erased, and the community can move on. In the last act, the ashes of the dead are diluted in banana porridge so that the one who died is dissipated in everyone's body.

The ritual makes the dead man die also as a memory so that the living can live. If the ritual is not performed, the dead person can neither be forgotten nor let himself be forgotten, which causes great harm to his relatives and the whole community. The death ritual of the Yanomami is of extreme complexity and wisdom in its symbolism. The rite is collective and is also a moment to establish sociopolitical and even loving relationships.

Unfortunately, following government health protocol, some Yanomami were buried in the city of Boa Vista. This situation caused pain and anger in the families and community of the deceased. The Federal Public Ministry was called in to act on the situation and expressed its opinion through the Public Prosecutor of the Republic, Alisson Marugal¹⁹:

More than mourning the death of someone and paying their last respects, as occurs in the funeral ceremonies of the surrounding society, for the indigenous peoples the ritualistic practice of mourning occupies a central space in their worldview, and there are no compensatory alternatives for this ceremony. Therefore, to deprive these peoples of their traditional acts is a way of violating them and depriving them of their way of saying goodbye to their loved ones, or, as the Yanomami state, "to put their ashes into oblivion."

In this sense, on December 17, 2021, the Attorney General's Office in Roraima, 7th Office, issued the Recommendation No. 24/2021/MPF/RR, with the following reasoning and determination:

RESOLVES, pursuant to Article 6, section XX, of Complementary Law No. 75/1993, to RECOMMEND to the Coordinator of the Special Indigenous Health District of Eastern Roraima and the Coordinator of the Special Indigenous Health District Yanomami that they promote the exhumation and transfer of the bodies of indigenous persons buried in the cemeteries of Boa Vista to their communities of origin, in order to perform their funeral rituals.

Despite the recommendation of the Federal Public Ministry, the biosafety health protocols indicated that exhumations of bodies, which died due to complications resulting from COVID-19, should only take place after 3 years had elapsed from the burial of the deceased.

¹⁹MPF recomenda exumação de corpos de indígenas em Roraima. Available: <https://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/mpf-recomenda-exumacao-de-corpos-de-indigenas-em-roraima>. Access: november 05, 2022, at 7h10pm.

Furthermore, the Federal Government body responsible for the region where the Yanomami live, the Special Secretary for Indigenous Health (Sesai), expressed its opposition to the exhumations alleging epidemiological risk and budgetary limitation. As a result, on February 16, 2022, the Federal Public Ministry filed a Public Civil Action to force the Federal Government and the State Government of Roraima to promote the exhumation and transfer of the bodies of the indigenous victims of COVID-19 (pending trial).

CONCLUDING REMARKS

Strict protection of the guarantees of human dignity must always be part of the international ideology and, consequently, must be based on the legislation of countries around the world. Without demagoguery and without disregarding the possibilities for improvement, in Brazil, legislation, doctrine, and the jurisprudence of the Superior Courts point in the direction of making these universal rights effective.

Unfortunately, in moments of unforeseeable sanitary catastrophes, such as the one we have recently experienced due to the Coronavirus, the (re)actions of governments and legislators may pose a threat, temporary or not, to the fundamental guarantees of individuals. With respect to the context of COVID, these (re)actions in fact resulted in the suspension of constitutional rights.

In the case we analyzed, we assessed if a state administrative act (biosecurity protocol) could impose limitations on the Freedom of Worship, as guaranteed by the Federal Constitution. Evaluating the situation regarding this issue, the Federal Supreme Court manifested itself clarifying that “(...) the FC, however, authorizes the relative restriction of this freedom by foreseeing a legal reserve clause for the exercise of religious cults (art. 5, VI, of the FC).”

The decision of the Brazilian Constitutional Court is in line with what is stated in the Universal Declaration of Human Rights (UDRH), article 29, which establishes the possibility of temporary limitations regarding Freedom of Religion and Worship, provided that “(...) in the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

An approach that respects the rights guaranteed by the 1988 Constitution would require equality before the law and recognition of differences. The role of the legal interpreter is thus to reconcile both fair treatment and respect for the differences.

This means, in practice, that the indigenous people themselves must have some effective control over the decisions that affect them, not only based on medicine but also according to an intercultural guideline that takes into account their traditional practices, especially religious ones.

The way to do this will be through prior consultation (if possible), free and informed to these people, under the terms of Convention 169 of the International Labor Organization. This practice of respect and dialogue will have an affirmative and transformative character, as it will provide the indigenous with information so that they can freely choose the best solution. In other words, the solution is to deal with the richness and diversity of indigenous traditions, working alongside them rather than imposing upon them.

Precisely for this reason, the complexity of coexistence with traditional peoples and in the specific case of the Yanomami, analyzed in this text, requires an effective dialogue, not only to better accommodate the indigenous to the surrounding society, but above all to build solutions based on the respect and multiculturalism.

In spite of the legal possibility of the measures restricting Freedom of Worship adopted by the biosecurity protocols, a third way was presented, when the indigenous Yanomami leader Dario Kopenawa (Hutukara Yanomami Association) said: “We want the bodies to be sanitized or, if this is not possible, we want them to be cremated. Then we can take the ashes back to the villages”.²⁰

At the time of the pandemic, the city of Boa Vista did not have an official crematorium, and perhaps because of this, the proposal was not taken forward. However, in July 2022, a crematorium was inaugurated in the city, making it possible, should there be a future need, another way that can better equate health protocols and the Freedom of Worship of the Yanomami people.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (coord). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Legal Dictionary**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. vol.4.

DURKHEIM, E. **As formas elementares da vida religiosa**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁰ Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês. Available: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-24/maes-yanomami-imploram-pelos-corpos-de-seus-bebes.html>. Access: november 07, 2022, at 3:15pm.

EDUARDA, M.; FRUTUOSO, J.; BELLAGUARDA, Maria.; LUNA, I. Funeral rites in the COVID-19 pandemic and grief: possible reverberations. **Escola Anna Nery**, Rio de Janeiro, vol.26, 2022.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. **Resolution n. 1/2020**: pandemic and human rights in the Americas. Washington, 2020.

JÚNIOR, D. C.; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 2004.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5. ed. rev. ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TELES, E.; CALAZANS, M. **The pandemic and the management of deaths and casualties**. São Paulo: Federal University of Sao Paulo, Center for Forensic Anthropology and Archivology (CAAF), 2021.

TEIXEIRA, P. FREIRE, A. Sociocultural transformations of funerary rituals and cemiterial of practices in pandemic times. **Ciência geográfica**, Bauru, vol. 25, n.1, p.208-222, jan./dez. 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Practical considerations and recommendations for religious leaders and faith-based communities in the context of COVID-19**: interim guidance, 7 April 2020.