
**SAÚDE PÚBLICA COLETIVA E MANEJO DE CORPOS DE
INDÍGENAS YANOMAMI DURANTE O PICO DA PANDEMIA DA
COVID-19: TESTANDO A FÓRMULA DO PESO DE ROBERT ALEXY**

**COLLECTIVE PUBLIC HEALTH AND THE PROTECTION OF
YANOMAMI INDIGENOUS CORPSES DURING THE PANDEMIC
CRISIS OF COVID-19: TESTING ROBERT ALEXY'S WEIGHT
FORMULA**

FERNANDO CÉSAR COSTA XAVIER

Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima. Professor Doutor Nível 1 do Curso de Direito da Universidade Estadual de Roraima. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado.

RESUMO

Objetivo: O artigo pretende não apenas oferecer uma contribuição para o debate sobre a correção jurídica do modo como indígenas Yanomami foram sepultados durante o pico da Covid-19, mas também, aplicando a *fórmula do peso* de Robert Alexy a um caso que envolveria uma tensão entre o direito à saúde coletiva da população em geral e o direito cultural do povo Yanomami aos seus ritos funerários próprios, mostrar que a fórmula alexyana não implica, como muitos equivocadamente podem pensar, a confirmação de juízos que profissionais do direito seriam capazes de formular *intuitivamente*.

Metodologia: Foram compiladas informações sobre o manejo de corpos de indígenas durante a pandemia da Covid-19, mais precisamente sobre a decisão das autoridades do Estado de Roraima de enterrar bebês Yanomami sem a consulta prévia e esclarecida dos pais, a pretexto de cumprirem as medidas de biossegurança necessárias naquela situação. Em seguida, foi formulada na plataforma Google Formulários uma enquete contendo um enunciado que exacerbava os direitos fundamentais que estariam em colisão. A enquete foi aplicada a uma amostragem



satisfatória de profissionais das três carreiras jurídicas mais expressivas (magistratura, advocacia e Ministério Público). Ao final, a fórmula do peso alexyana foi aplicada e confrontada com o resultado obtido na enquete.

Resultados: Os resultados alcançados pela enquete e pela aplicação da fórmula do peso foram divergentes entre si. A discrepância entre a resposta dada pelos profissionais de direito consultados e o resultado obtido com a fórmula poderia ser explicada pelo fato de que os profissionais foram provocados a apresentar uma opinião mais intuitiva sobre o caso. E a fórmula revela a fragilidade de juízos intuitivos, mesmo quando sejam expressados por profissionais instruídos.

Contribuições: O artigo busca contribuir para os debates sobre o modo ideal de sepultamento de indígenas durante a pandemia da Covid-19, e sobre o papel da fórmula do peso de Robert Alexy de testar a objetividade de juízos intuitivos em situações de balanceamento entre direitos fundamentais.

Palavras-chave: Manejo de corpos; direito à saúde coletiva; direito cultural aos rituais funerários indígenas; povo Yanomami; fórmula do peso; Robert Alexy.

ABSTRACT

Objective: This article aims not only to contribute to the debate on the legal correctness of the way Yanomami Indians were buried during the peak of Covid-19 pandemic, but also by applying Robert Alexy's weight formula to a case that would involve tension between the right to collective health of the people and the cultural right of the Yanomami community to their own funerary rites, to show that the Alexyan formula does not imply, as many mistakenly think, the confirmation of judgments that legal professionals would be able to formulate *intuitively*.

Methodology: First, data compilation on the handling of the bodies of indigenous people during the Covid-19 pandemic, more precisely on the decision by the authorities of the State of Roraima to bury Yanomami babies without the prior and informed consultation of the parents, under the pretext of complying with the necessary biosafety measures in that situation. Then, a survey was formulated on the Google Forms containing a statement that exacerbated the fundamental rights that would be in collision. The survey was applied to a satisfactory sample of professionals from the three most expressive legal careers (magistracy, advocacy and prosecutors). In the end, the Alexyan weight formula was applied and compared with the result obtained in the survey.

Results: The results achieved by the survey and the application of the weight formula were different. The discrepancy between the answer given by the consulted direct professionals and the result obtained with the formula could be explained by the fact that the professionals were provoked to present a more intuitive opinion about the



case. The formula reveals the fragility of intuitive judgments, even when they are expressed by professional lawyers.

Contributions: The article seeks to contribute to the debates on the ideal way of burying indigenous people during the Covid-19 pandemic, and on the role of Robert Alexy's weight formula to test the objectivity of intuitive judgments in situations of balance between fundamental rights .

Keywords: corpses management; right to collective health; cultural right to indigenous funerary rituals; Yanomami people; weight formula; Robert Alexy.

1 INTRODUÇÃO

Em um jantar que lhe foi oferecido durante a sua passagem por Roraima, Brasil, em julho de 2019, o professor Robert Alexy referiu a um grupo de interlocutores que a sua proposta teórica de balanceamento de razões em casos de colisão entre princípios deveria ser sempre compreendida como um teste de correção de nossas intuições práticas (jurídicas e morais). Ele queria com isso dizer que a sua teoria se ocupava de verificar se nossos juízos normativos cotidianos (pelos quais consideramos determinados atos como certos ou errados, reprováveis e aprováveis etc.) poderiam resistir a um teste objetivo de correção e validade – no caso de Alexy, um teste plasmado em um procedimento racional de ponderação (ALEXY, 1994). Embora a observação não revelasse um aspecto novo de sua conhecida teoria¹, pareceu ali que se tratava de um registro muito oportuno para o nosso contexto.

Entre nós, no Brasil, o procedimentalismo concebido por Alexy popularizou-se de um modo visivelmente deturpado. Até hoje podem ser encontradas publicações discutindo os mais diversos impasses sobre direitos fundamentais à luz da “ponderação de Robert Alexy”, as quais não gastam quaisquer linhas formulando as etapas de aplicação da fórmula do peso, que é voltada a identificar o princípio

¹ Em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, o jusfilósofo alemão diz que quando respondemos a um dilema entre direitos fundamentais referindo-nos a uma posição supostamente “óbvia” para ser adotada caso em questão, estamos dando uma resposta “racionalmente não-controlável” ao dilema, e isso nos conduz necessariamente “a um intuicionismo no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 126-127).



precedente, ou de maior peso, em uma controvérsia envolvendo direitos fundamentais.

Assim, no mais das vezes, o que se vê, ainda hoje, são referências ocultas à teoria de Alexy sendo usadas para legitimar decisionismos que são feitos com base em valores pessoais de quem alega ponderar os direitos fundamentais em colisão. Mesmo sob uma leitura mais benevolente do cenário que temos, a teoria alexyana parece vocacionada a validar *ex post* as decisões jurídicas e morais que nós, juristas, seríamos capazes de tomar de forma espontânea em situações que envolvem dilemas práticos. No entanto, como lembrou o seu autor, a sua fórmula do peso (*Gewichtsformel*) busca enfrentar as inclinações subjetivas que os nossos juízos habitualmente carregam em escolhas difíceis.

Particularmente, pude perceber muito claramente o potencial corretivo e o traço contraintuitivo da teoria alexyana do balanceamento de razões durante a pandemia do novo coronavírus. Quero me referir aqui, de modo específico, ao debate, nos círculos de juristas e acadêmicos em Roraima, sobre a forma como as autoridades sanitárias lidaram com o manejo de corpos de alguns bebês indígenas Yanomami-Sanumá que morreram durante um momento crítico da pandemia da Covid-19.

Com este artigo, quero não apenas oferecer uma contribuição para o debate sobre a correção jurídica do modo como indígenas Yanomami foram sepultados durante o pico da Covid-19, mas também, aplicando a *fórmula do peso* de Robert Alexy ao caso, mostrar que esta não implica, como muitos equivocadamente podem pensar, a confirmação de juízos que profissionais do direito seriam capazes de formular *intuitivamente*.

Para a primeira parte, como se verá, compilei informações sobre o manejo de corpos de indígenas durante a pandemia da Covid-19, mais precisamente sobre a decisão das autoridades, no Estado de Roraima, de enterrar bebês Yanomami sem a consulta prévia e esclarecida dos pais. Descrevo que isso causou uma repercussão grave entre as famílias e a comunidade Yanomami-Sanumá, dado que nessa etnia o enterro de corpos representa uma grave violação da fundamental tradição ritual funerária, não obstante esteja suposto que a decisão das autoridades tenha se



fundado em medidas sanitárias que, em um momento crítico de propagação da Covid-19, visavam evitar atos cerimoniais que pudessem fazer o vírus se propagar mais ainda. Busquei então configurar o caso como um *hard case*, do tipo que pode ser apresentado como uma controvérsia jurídica de difícil ponderação: de um lado, o direito à saúde coletiva da população em geral, do outro, o direito cultural do povo Yanomami aos seus ritos funerários próprios.

2 “O BEM MAIS PRECIOSO PARA OS YANOMAMI”

No mês de maio de 2020, três bebês recém-nascidos de mulheres indígenas da etnia Yanomami (do subgrupo Sanumá), com suspeitas de pneumonia, foram levados desde sua aldeia na fronteira entre o Brasil e a Venezuela até Boa Vista, para que fossem atendidos no hospital geral da capital roraimense². Separados das mães no hospital, os bebês teriam contraído a Covid-19 e morrido em consequência das complicações que sucederam.

Os corpos dos bebês teriam desaparecido sem que as autoridades houvessem informado o paradeiro deles. A suspeita que pairava é que eles haviam sido levados para um cemitério da cidade e lá enterrados. As mães, duas delas já com a Covid-19 e isoladas na Casa de Saúde Indígena (CASAI), passaram a protestar desesperadas exigindo a restituição dos pequenos corpos. Segundo a jornalista Eliane Brum, em reportagem do jornal *El País* intitulada “*Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês*”, as mães Yanomami viveram “um horror para o qual será preciso inventar um nome” (BRUM, 2020).

A opinião da jornalista, nesse caso, refletia as observações feitas por antropólogos ouvidos para a reportagem. Sílvia Guimarães, que pesquisa sobre a

² As informações sobre o caso foram obtidas do Procedimento Preparatório (PP) 1.32.000.000476/2020-33, instaurado pelo Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Estado de Roraima, 7º Ofício) para “Apurar o manejo culturalmente adequado dos corpos de indígenas falecidos pelo Novo Coronavírus”. A cópia dos autos do Procedimento foram obtidas através de requerimento formal ao órgão (Referência: PR-RR-00020492/2020). As edições do jornal *El País* que tratam do caso também utilizaram as informações colhidas pelo Ministério Público Federal.



comunidade Yanomami-Sanumá há muitos anos, fez uma comparação eloquente: “Para essas mães, saber que seus filhos estão enterrados no cemitério da cidade é equivalente a uma mulher branca ter que conviver com a ideia de que o corpo de seu filho está jogado e exposto em praça pública”. A antropóloga e indígena Braulina Baniwa, por sua vez, reforçou que “Essas mulheres estão sofrendo uma violência sem tamanho. É uma parte de cada uma delas que vai ficar fora do território”. O antropólogo francês Bruce Albert, também ouvido, observou que “Roubar os mortos alheios e negar o seu luto sempre foi o estágio supremo da barbárie, no desprezo e na negação do Outro (étnico e/ou político)”.

A fala de Albert talvez seja especialmente importante. Foi ele quem, imergindo por mais de quarenta anos de pesquisas junto aos Yanomami, coletou os ricos relatos do tuxaua Davi Kopenawa e os publicou, em 2010, em forma do livro *A queda do céu: palavras de um xamã Yanomami* (com edição inicialmente em francês). Considerado um “acontecimento científico incontestável” pelo antropólogo Eduardo Viveiros de Castro, esse livro contém registros esclarecedores sobre os ritos funerários dos Yanomami e suas simbologias subjacentes³.

Conforme os relatos compilados por Albert, o funeral Yanomami obedece a tradições e ritos muito cuidadosos, cuja prática se encontra cristalizada desde tempos imemoriais. Os defuntos são chorados durante dias por seus familiares e amigos, cujos lamentos (*pokoomuu*) farão recordar as ações generosas, a valentia e a alegria daquele que morreu (KOPENAWA; ALBERT, 2015). O corpo do defunto deve ser depositado sobre uma pira crematória até que os ossos possam ser extraídos da carne. Já separados, os ossos são então queimados até que se tornem cinzas (*matihí*), as quais serão moídas em um pilão e guardadas em pequenas cabaças chamadas *poxa axi* (KOPENAWA; ALBERT, 2015). Uma parte dessas cinzas dos ossos calcinados deve ser consumida com mingau de banana durante um festejo que recebe o nome *reahu*, celebrado em honra do defunto. As cabaças com o restante das cinzas que não foram consumidas devem ser enterradas ao lado de uma fogueira

³ Como se verá adiante, optei por fazer citações diretas de alguns desses trechos; embora o recurso sucessivo a citações diretas não seja elegante, era a única forma de preservar a riqueza da narrativa que nos interessa para ilustrar a importância do rito funerário para os Yanomami.



acesa durante o funeral. Este e os demais ritos que compõem a festa *reahu* são todos realizados com zelo extremo (KOPENAWA; ALBERT, 2015).

Quando queimamos os ossos de um homem pródigo, qualquer que tenha sido a causa de seu falecimento, somos especialmente cuidadosos com os ossos de suas mãos. São para nós objetos preciosos, pois era com elas que ele distribuía com generosidade alimentos e bens. Olhar para os ossos de seus dedos após sua morte nos enche de tristeza e saudade. Por isso prestamos muita atenção para não perder nenhum pedacinho durante a cremação. Homens e mulheres reunidos lamentam em tomo da pira falando deles, enquanto queimam os bens do defunto. [...] às vezes, convidados de casas amigas comem um pouco das cinzas de seus ossos ainda quentes, tiradas do fundo do pilão em que acabaram de ser moídas. Misturam numa panela de mingau de banana e bebem tudo com muito cuidado, até a última gota. (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 417)

Em seus relatos a Bruce Albert, Davi Kopenawa destaca em vários momentos que o nome *matihi*, que é dado às cinzas dos ossos dos mortos, e às vezes às cabaças *poxa axi* que as guardam como um tesouro, representa uma das palavras mais poderosas do léxico Yanomami:

Os ossos dos mortos e suas cinzas são coisas que não se pode destratar! Por isso a força dessa palavra, *matihi*, está associada desde sempre a eles. Se um convidado descartar as cinzas funerárias que lhe foram confiadas, enfrentará em seguida a vingança dos familiares do morto. Se disser: “Joguei na floresta o resto das cinzas de sua cabaça *poxa axi*; não era muito seu amigo!” e alguém for contar isso aos parentes do falecido, eles vão ficar enfurecidos e logo vão querer brigar! Também vão ficar furiosos se a pessoa encarregada de enterrar as cinzas ao lado de sua fogueira durante uma festa *reahu* as despejar no fogo por descuido. Ninguém destrata as cinzas dos ossos de um morto sem consequência! E quando são as de um homem valente e trabalhador, ou de um antigo xamã que sabia mesmo mandar para longe os seres maléficos, tomamos mais cuidado ainda! Não é à toa que chamamos as cinzas e os ossos de nossos mortos de *matihi*! Nossos antepassados nos deram essa palavra poderosa, porque o valor que damos a essas coisas é maior até do que o que os brancos dão ao ouro que tanto cobiçam. (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 408-409)

Nas notas explicativas do livro, Albert afirma que “o rito cristão de enterro do cadáver é considerado pelos Yanomami uma prática revoltante, na medida em que impede o ‘pôr em esquecimento’ das cinzas dos ossos do defunto que encerra o trabalho de luto” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 645, nota 44). Kopenawa, em seus



relatos, estima o valor que os restos mortais têm para os Yanomami como um traço distintivo desse povo:

Os brancos escondem o corpo de seus mortos debaixo da terra, em lugares que chamam de cemitério. Eu os vi com meus próprios olhos. Já nossos maiores, desde o primeiro tempo, enterravam ou bebiam as cinzas dos ossos de nossos mortos. Os brancos não fazem guerra por seus cemitérios. Nós, ao contrário, só guerreamos pelo valor das cabaças de cinza de nossos defuntos mortos por inimigos. Essas são as únicas palavras de guerra verdadeiras para nós. (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 408-409)

Se o desrespeito às cinzas mortuárias é motivo para guerras sangrentas intercomunitárias, de outro lado é comum que, em conflitos travados por outros motivos, os guerreiros permitam que seus inimigos possam recolher os cadáveres de seus companheiros, para que possam prestar-lhes os ritos funerários apropriados. Impedir a restituição de um cadáver, ou ainda “enterrá-lo ou fazer com que desapareça de qualquer outro modo equivale a uma declaração de extrema hostilidade [...] algo totalmente desumano” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 671, nota 3).

O relato de Kopenawa sobre como ele não pôde prestar os devidos ritos funerários para o defunto de sua própria mãe, morta por uma epidemia em 1967, encerra aqui as descrições necessárias sobre a importância espiritual desses ritos para os Yanomami e faz retornar a reflexão sobre situações em que a cerimônia funerária é impedida por razões sanitárias.

Depois de meu tio, foi minha mãe que a epidemia devorou. Começou a arder em febre. Ainda era jovem e muito forte. No entanto, morreu em alguns dias. Aconteceu tão de repente que nem pude cuidar dela. Eu mesmo estava em estado de fantasma, e não a vi morrer. Ainda hoje me recordo disso com uma grande dor. *Os missionários*, poupados por sua própria epidemia, *puseram minha mãe na terra à minha revelia*, em algum lugar perto da missão Toototobi. Minha irmã mais velha e nossos demais parentes também estavam muito doentes. Meu padrasto agonizava. Nenhum de nós pôde impedi-los. Enterraram do mesmo modo muitos dos nossos. Eu soube disso bem mais tarde, depois de ficar curado. *Mas nunca consegui saber onde minha mãe tinha sido sepultada. O pessoal de Teosi [os missionários] nunca disse, para nos impedir de recuperar as ossadas. Por causa deles, nunca pude chorar minha mãe como faziam nossos antigos. Isso é uma coisa muito ruim. Causou-me um sofrimento muito profundo, e a raiva dessa morte fica em mim desde então. Foi endurecendo com o tempo, e só terá fim quando eu mesmo acabar.* (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 267-268, destaquei)



Como foi visto, os Yanomami adotam ritos próprios, de relevância comunitária fundamental, para o funeral dos seus entes familiares. Eu pontuaria, a propósito disso, duas coisas: a primeira é que, no Brasil, esses ritos estão intimamente ligados a costumes, crenças e tradições imemoriais que, sem dúvida, estão protegidos como um direito fundamental desse povo, conforme o art. 231 da Constituição Federal; o segundo, para antecipar esclarecimentos necessários, é que não se deve comparar o luto dos Yanomami com o dos não-índios. Sobre esse segundo ponto, talvez haja semelhança na *dor* que o luto causa nos indivíduos desses distintos mundos, mas certamente não há correspondência entre o papel cultural atribuído às cerimônias fúnebres e aos restos mortais, ao compararmos um e outro. Alguns não-índios também cremam os seus mortos, mas esse não é o ritual mortuário padrão; e mesmo que o fosse, nem por isso seria o “bem mais precioso para a comunidade” que o realiza.

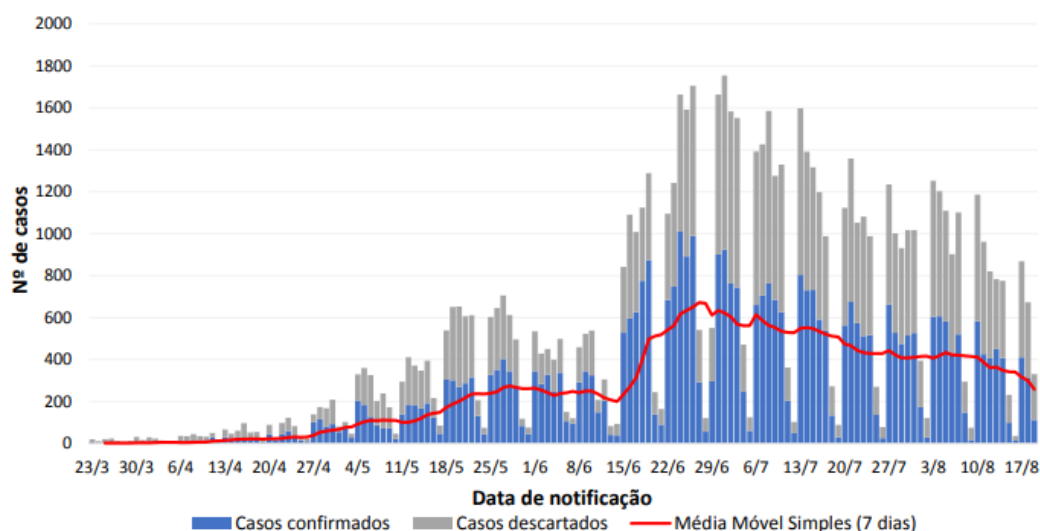
De todo modo, é preciso retornarmos ao caso dos bebês Yanomami-Sanumá. Eles não foram nem os primeiros indígenas, nem os primeiros Yanomami fatalmente vitimados pela Covid-19. Mas eles foram os primeiros, pelo menos em Roraima, a terem os seus corpos sem vida sonogados à família e à comunidade. Daí porque a história assumiu uma dimensão trágica, uma versão adaptada da busca de Antígona pelo corpo de Polinice. No caso de cada uma das mães Yanomami, porém, não se tratava de buscar o corpo do ente querido para enterrá-lo, e sim para desenterrá-lo e então cremá-lo, consumi-lo e pô-lo “em esquecimento” (KOPENAWA; ALBERT, 2015, p. 65).

3 O MANEJO DOS CORPOS DURANTE A PANDEMIA

Quando os bebês Yanomami-Sanumá morreram em Boa Vista, em maio de 2020, o quadro em relação à pandemia da Covid-19 era preocupante. Em maio, a curva de contaminações ascendia rapidamente em Roraima, e, em junho, foi alcançado o pico (v. quadro abaixo).



Gráfico 1 - Distribuição de casos por COVID-19 e média móvel semanal em Roraima.



Fonte: Boletim Epidemiológico 200. Gerenciador de Ambiente Laboratorial/GAL – LACEN/RR. Dados atualizados até 19/08/2020.

Nesse cenário, as preocupações com o manejo dos corpos indígenas eram justificáveis, mas, ainda assim, as autoridades reconheciam que, quando tivesse que ser feito, que o fosse de um modo culturalmente adequado, principalmente no caso de etnias indígenas que guardassem rituais próprios. A Nota Técnica nº 04/2020, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que fixou “orientações para serviços de saúde: medidas de prevenção e controle que devem ser adotadas durante a assistência aos casos suspeitos ou confirmados de infecção pelo novo coronavírus (sars-cov-2)”, deixou expressa a preocupação com a dignidade dos mortos, sua cultura, religião e tradições, bem como de sua família, no preparo e acondicionamento dos corpos para o sepultamento.

No Procedimento Preparatório instaurado pelo Ministério Público Federal (v. nota 3), o Distrito Sanitário Especial Indígena Yanomami (DSEI Yanomami) oficiou ao Ministério Público Federal em Roraima suscitando as seguintes questões “A vítima de Covid-19 que foi a óbito, ainda transmite o vírus? Qual é o alcance do Coronavírus no corpo humano? Atinge os ossos? O aproveitamento das cinzas da vítima de Covid-19 contaminaria os familiares?” (MPF, 2020, p. 17). Com isso, o DSEI Yanomami demonstrava compreender claramente a controvérsia jurídica latente no caso, uma



vez que solicitou “apoio quanto ao manejo desses possíveis óbitos para que o sepultamento imediato de um eventual falecido não fira a base legal do momento que estamos passando com a COVID-19 e nem afronte os valores culturais dos indígenas Yanomami” (MPF, 2020, p. 16).

Para executar as medidas referentes ao manejo dos corpos de pessoas falecidas, as autoridades dispunham naquela época (maio de 2020) de uma cartilha, editada pelo Ministério da Saúde em março de 2020 e intitulada *Manejo de Corpos no Contexto do Novo Coronavírus – COVID-19*, que pode ser considerado o primeiro documento no Brasil a dispor sobre protocolos de sepultamento. O item 6 dessa cartilha continha instruções aos familiares e amigos de pessoas mortas, recomendando a eles a não realização de velórios e funerais durante a quarentena imposta pela pandemia. Contudo, nos casos em que ainda assim fossem realizados, a cartilha também recomendava a adoção de protocolos que objetivavam impedir aglomerações: “Recomenda-se que o enterro ocorra com no máximo 10 pessoas, não pelo risco biológico do corpo, mas sim pela contraindicação de aglomerações” (BRASIL, 2020, p. 14).

Àquela altura, não havia quaisquer estudos confirmando a possibilidade de transmissão do vírus a partir de cadáveres, embora alguns protocolos tenham se ocupado de recomendações para o fechamento dos caixões durante toda a cerimônia fúnebre, e também para a proibição de quaisquer interações afetivas diretas com o corpo da pessoa falecida. Os riscos de transmissão que pareciam mais prováveis naquele momento seriam entre as pessoas que acompanhariam o velório e o funeral, os quais deveriam ser realizados em locais abertos ou ventilados, com itens de higienização disponíveis e sem a presença de pessoas pertencentes a grupos de risco.

Um ponto que chama atenção na cartilha é que o próprio Ministério da Saúde considerava (e ainda considera) que os falecidos por Covid-19 poderiam ser tanto enterrados quanto *cremados*. Em outros termos, os corpos dos bebês Yanomami, com a concordância das autoridades sanitárias, poderiam ter sido cremados e entregues aos pais e à comunidade para que, no momento oportuno, realizassem aos ritos



funerários da festa *reahu*. Isso teria dado uma solução adequada ao caso, que satisfaria os interesses diretos dos envolvidos. Entretanto, não há crematórios nos cemitérios de Boa Vista.

O Ministério Público Federal, após parecer favorável de um antropólogo consultado, chegou a oficiar para a Coordenadoria-Geral de Vigilância em Saúde do Estado de Roraima, indagando sobre a possibilidade de cremação imediata dos corpos dos bebês Yanomami pelas autoridades sanitárias. O Procurador da República questionou especificamente se havia algum crematório a ser construído no Município de Boa Vista, ou se os corpos poderiam ser trasladados até a capital do Estado do Amazonas para lá serem cremados. A resposta que lhe deram foi que não havia em todo o Estado de Roraima qualquer crematório oficial, nem sequer a previsão para a construção de um, e o traslado para Manaus se mostrava inviável à medida que o Ministério da Saúde e o Plano de Contingência elaborado pela Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa Civil do Estado de Roraima recomendavam que o sepultamento ocorresse em até cinco horas após o óbito.

Em verdade, mesmo que fosse possível a cremação dos corpos, acredito que não houvesse condições de fato de se assegurar que a comunidade indígena não realizaria a festividade mortuária assim que recebesse as cinzas, o que inevitavelmente causaria aglomerações do tipo que os protocolos de biossegurança buscavam impedir a todo custo. A fundada preocupação com o aumento do contágio nas aldeias era já grande e apenas aumentou com o tempo.

As informações compartilhadas pelas diversas autoridades concernidas, reportadas no Procedimento Preparatório do MPF, não deixaram claro, afinal, onde os bebês Yanomami foram enterrados ou se foram vitimados pela Covid-19. Esse Procedimento segue tramitando e talvez aqueles incidentes sejam esclarecidos em algum momento.

Por ora, para os propósitos deste artigo, quero apenas destacar algo que o Procurador da República Alisson Marugal, que conduziu o Procedimento Preparatório para o caso, resumiu, em termos jurídicos, em uma reunião virtual com autoridades e especialistas realizada em 10 de junho de 2020: “[...] que o problema envolve, por um



lado, o direito de luto e, por outro, a saúde pública. Trata-se de um hard case, onde não há uma resposta correta” (MPF, 2020, p. 105).

4 QUAL RESPOSTA PROFISSIONAIS DO DIREITO DARIAM AO CASO?

Aceitemos que o caso do manejo de corpos de bebês Yanomami em Roraima, como o resumiu o representante do MPF, seja um caso difícil, um *hard case*. E aceitemos mais: aceitemos que poderia haver uma resposta-padrão que, certa ou errada, profissionais do direito provavelmente dariam a ele. Qual seria essa resposta?

Para buscá-la, formulei uma enquete (através da Plataforma Google Formulários)⁴, que apliquei a profissionais de direito selecionados levando-se em conta não apenas distintas carreiras, mas também diferentes idades, sexo, convicções político-ideológicas, tempo de experiência profissional na carreira que integram etc., entre os profissionais da mesma carreira. A enquete tinha o seguinte enunciado:

O jornal “El País”, em matéria intitulada “Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês” (edição de 24 de junho último), relata o caso de três mulheres da etnia indígena Yanonami/Sanöma cujos bebês foram levados da aldeia Auaris para um hospital em Boa Vista (RR) com suspeitas de pneumonia. No hospital, os bebês teriam sido infectados com a Covid-19 e vieram a óbito. Os seus corpos foram possivelmente enterrados no cemitério da cidade, atendidos os protocolos de biossegurança definidos pelas autoridades sanitárias para o manejo de corpos de cadáveres durante a pandemia do novo coronavírus. De acordo com o jornal, “Enterrar o corpo de um Yanomami é arrancá-lo do mundo dos humanos” [...] Nunca, sob nenhuma hipótese se enterra um corpo. Os corpos são cremados e há um longo ritual para que o morto possa morrer para si e para a comunidade”. Os protocolos de biossegurança, no entanto, não previram a adaptação dos protocolos gerais de manejo de corpos por razões culturais, mas antes visaram atender a aspectos gerais de saúde pública em contexto pandêmico. À vista dos pressupostos acima informados, você considera legítima a forma como as pessoas Yanomamis foram sepultadas durante a pandemia?

⁴ Foram aplicadas, na verdade, três enquetes, uma para cada carreira (magistratura, advocacia e Ministério Público). Todas continham advertências sobre a confidencialidade das respostas, que foram dadas anonimamente.



A partir de contatos pessoais, consultei juízes estaduais (inclusive desembargadores), advogados (privados e públicos) e membros do Ministério Público Estadual (promotores e procuradores de justiça). Não consultei profissionais de outras carreiras, porque julguei suficientemente representativos aqueles grupos. Também não consultei profissionais de carreiras jurídicas federais (mesmo magistrados e membros do MPF), porque achei que estes poderiam já se mostrar melindrados em externar opiniões sobre um tema que é mais de sua alçada.

Ofereci aos consultados duas únicas possibilidades de resposta, já vinculadas a certas justificativas, em um esquema que demandava uma resposta mais intuitiva (ou automática) de cada um:

Sim. O enterro de pessoas Yanomamis (inclusive os bebês), mesmo sem o consentimento da comunidade indígena, foi correto, pois atenderam a protocolos de biossegurança que têm como objetivo diminuir riscos de contaminação e, assim, preservar a saúde da população em geral – a despeito de que tais protocolos possam ferir tradições e práticas culturais indígenas.

Não. O enterro de pessoas Yanomamis (inclusive os bebês), sem o consentimento da comunidade indígena, foi errado, pois atenta contra uma tradição cultural que têm um valor simbólico central para um povo indígena – a despeito de essa tradição conflitar com os protocolos de segurança definidos por autoridades sanitárias para o manejo de corpos.

Alguns aspectos do caso real foram exacerbados com vistas a tornar as opções de resposta equilibradamente convincentes. Mas a essência dos fundamentos jurídicos envolve o problema reportado pelo MPF de Roraima: saúde pública *versus* direito ao luto.

Para que o aspecto sagrado do direito ao luto neste caso pudesse ser adequadamente compreendido, escolhi apenas profissionais de direito de Roraima, sob a pressuposição de que eles teriam uma visão mais atenta e ampliada sobre o valor dos ritos funerários das etnias indígenas locais, ainda que não conheçam a fundo os detalhes referentes à simbologia sobre a qual esses ritos foram e estão erigidos. É claro que a probabilidade de terem sido consultadas pessoas com posições anti-indígenas é também maior com essa delimitação local; mas preferi correr o risco de



consultar anti-indigenistas do que consultar pessoas que não estão familiarizadas com questões indígenas. De mais a mais, o interesse de captar respostas mais intuitivas acomoda situações de respostas eventualmente afetadas por preconceitos.

Ao todo, foram consultadas 70 pessoas, dentre as quais 23 juízes, 31 advogados e 16 membros do Ministério Público. Com esse quantitativo que considero uma amostragem satisfatória para o cenário local de Roraima, colhi o seguinte resultado:

Gráfico 2 - Respostas de juízes/as à enquete.

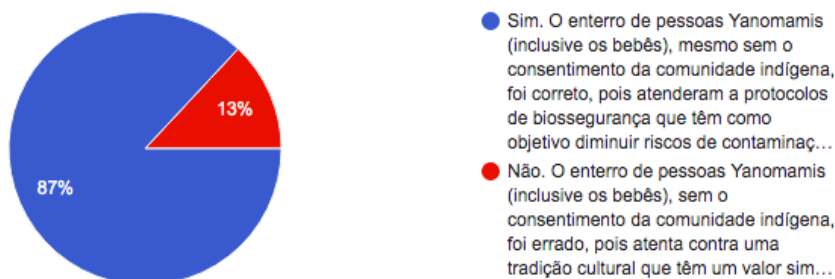


Gráfico 3. Respostas de advogados/as à enquete.

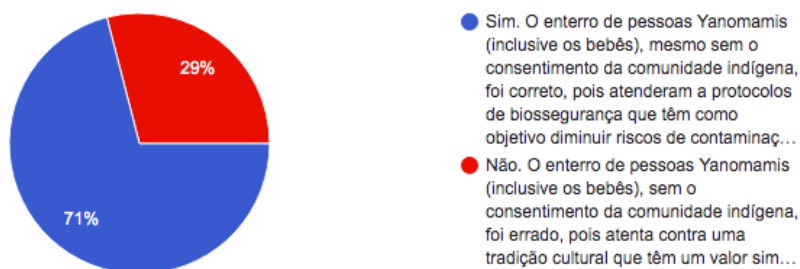
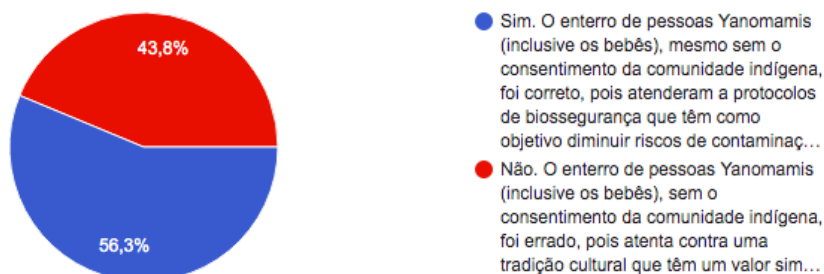


Gráfico 4 - Respostas de membros do Ministério Público à enquete.

Como se vê, há divergência entre os percentuais (que podem apontar tanto para posições pessoais quanto institucionais), mas em todos os casos prevaleceu o entendimento de que o direito à saúde pública seria, no caso em questão, mais importante que o direito cultural ao luto e aos ritos funerários. Evidentemente, esse resultado pode ser lido de mais de uma maneira, mas acredito que a partir de alguma delas se pode deduzir uma tendência entre juristas de se privilegiar a saúde pública coletiva em detrimento do direito à cultura de povos tradicionais, mesmo nesse caso tão específico. Seria como uma expressão da velha ideia de que o interesse público precede e sobressai em relação ao particular.

O que temos aqui, então, é um caso difícil de colisão de princípios e uma oportunidade interessante de testarmos as intuições dos juristas práticos.

5 QUAL RESPOSTA A FÓRMULA DO PESO DARIA AO CASO?

Estou convicto de que o *hard case* relatado no Procedimento Preparatório e descrito no enunciado da enquete aplicada, porventura fosse examinado a partir da fórmula do peso de Robert Alexy, chegaria a uma resposta diferente – na verdade, oposta – àquela dada pelos profissionais do direito consultados, a qual presumivelmente representa uma tendência geral.

A fórmula do peso foi elaborada no contexto de um esforço teórico de conduzir racionalmente o processo decisório que envolva direitos fundamentais em tensão, cujas razões que os fundamentam precisam ser balanceadas (SIMPLÍCIO, 2016).



Apresento abaixo uma das versões mais detalhadas (e suas variáveis) da fórmula do peso⁵:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{IP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Com essa fórmula concebida como um corolário do procedimento de ponderação (TRIVISONNO, 2015), seria possível quantificar, de uma forma pretensamente objetiva, qual princípio tem precedência sobre qual, em uma situação em que dois princípios estejam colidindo em uma situação concreta.

No caso que aqui examino, a fórmula permitiria resolver se o princípio da proteção à saúde pública (que aqui será representado por P_i), em termos concretos, teria mais peso que o princípio da proteção cultural indígena (que aqui será representado por P_j). $GP_{i,j}C$ indica que buscamos o peso (G, do alemão *Gewicht*) concreto (C) de P_i em relação P_j (ou seja, $P_{i,j}$). Em outros termos, a fórmula busca aqui valorar o peso concreto do princípio de proteção à saúde pública em relação ao princípio de proteção cultural dos ritos funerários Yanonamis.

Temos ainda, para as demais variáveis da expressão algébrica, o seguinte:

IP_iC : intensidade da intervenção concreta no princípio da proteção à saúde pública.

IP_jC : intensidade da intervenção concreta no princípio da proteção cultural indígena.

GP_iA : peso em abstrato do princípio da proteção à saúde pública.

GP_jA : peso em abstrato do princípio da proteção cultural indígena.

SP_iC : grau de certeza, a partir dos pressupostos empíricos, sobre o quanto a não aplicação do princípio da proteção à saúde pública significa a implementação do princípio da proteção cultural indígena no caso.

⁵ Há mais de uma versão desta fórmula, algumas mais sintéticas, outras mais analíticas. Esta que foi escolhida é considerada pelo próprio Alexy, em um capítulo de livro que escreveu em 2003 (*Die Gewichtsformel*, em alemão “A fórmula do peso”), como uma das mais detalhadas.



SP_jC : grau de certeza, a partir dos pressupostos empíricos, sobre o quanto a não aplicação do princípio da proteção cultural indígena significa a implementação do princípio da proteção à saúde pública no caso.

Para que a fórmula seja operada, por evidente, é necessário transformar as variáveis em números, para que a equação tenha um valor definido. Utilizaremos para este caso uma escala com nove gradações (Alexy a chamaria de escala “dupla triádica”, isto é, $3^2 = 9$ graus).

Em relação aos graus de intervenção nos princípios, utilizarei os valores numéricos e os subsequentes graus de intervenção definidos por Alexy (2011): uma intervenção levíssima (*ll*) valerá 2^0 , isto é, 1; uma intervenção moderadamente leve (*ls*) valerá 2^1 , isto é, 2; uma intervenção leve quase moderada (*lm*) valerá 2^2 , isto é, 4; uma intervenção moderada tendendo para o leve (*ml*) valerá 2^3 , isto é, 8; uma intervenção moderada propriamente dita (*mm*) valerá 2^4 , isto é, 16; uma intervenção moderada quase séria (*ms*) valerá 2^5 , isto é, 32; uma intervenção levemente séria (*ss*) valerá 2^6 , isto é, 64; uma intervenção moderadamente séria (*sm*) valerá 2^7 , isto é, 128; e uma intervenção seriíssima (*ss*) valerá 2^8 , isto é, 256.

Sobre a intensidade da intervenção concreta no princípio da proteção à saúde pública, a decisão das autoridades foi além do que era então definido pelos protocolos sanitários e de biossegurança, que permitiam funerais e velórios excepcionalmente, com as urnas funerárias cerradas, em locais abertos e ventilados, com no máximo dez pessoas e com a adoção de medidas de higienização. Ao não possibilitarem qualquer velório ou funeral aos corpos dos bebês Yanomami-Sanumá, simplesmente enterrando os corpos logo após a constatação das mortes, as autoridades realizaram uma hiper-proteção da saúde pública coletiva – talvez motivada pelo pânico então existente –, impedindo contágios possíveis na cerimônia fúnebre. Desse modo, IP_iC deveria valer 2^0 , ou 1, porque o princípio da proteção à saúde pública teve sobre si uma intervenção protetiva, que permitiu contra si uma afetação levíssima.

Com relação à intensidade da intervenção concreta no princípio da proteção cultural indígena, relacionadas aos ritos funerários, frise-se que a decisão das autoridades impediram a realização de um ritual que tem um valor fundamental para



o povo Yanonami. A decisão não apenas impediu a cremação dos corpos pela comunidade, mas também determinou que fossem enterrados, o que, como vimos, representa “um horror para o qual será preciso inventar um nome”, pois viola o “bem mais precioso” para aquele povo. Desse modo, IP_jC deveria valer 2^8 , ou 256.

No caso dos pesos em abstrato do princípio da proteção à saúde pública e do princípio da proteção cultural indígena, ambos são igualmente considerados, no Brasil, como direitos fundamentais com assento constitucional. Desse modo, o peso deve ser igual a ambos, de modo a que a equivalência implique a compensação recíproca. Atribuirei a eles, portanto, um mesmo e igual valor arbitrário: $GP_iA = GP_jA = 2^0$, ou 1.

Agora sigamos para a parte da fórmula em que se deve valorar o quanto a não realização de um princípio, em razão da decisão que foi tomada para o caso, teria possibilitado a implementação do outro princípio. Em relação a esse aspecto, os graus agora têm a ver com a certeza das suposições empíricas relacionadas ao cumprimento de ambos os princípios, e convém que sejam representados por outras letras: uma certeza garantida-garantida (gg) valerá 2^0 , isto é, 1; uma certeza garantida plausível (gp) valerá 2^1 , isto é, 2; uma certeza garantida não evidentemente falsa (ge) valerá 2^2 , isto é, 4; uma certeza plausível garantida (pg) valerá 2^3 , isto é, 8; uma certeza plausível-plausível (pp) valerá 2^4 , isto é, 16; uma certeza plausível não evidentemente falsa (pe) valerá 2^5 , isto é, 32; uma certeza não evidentemente falsa garantida (eg) valerá 2^6 , isto é, 64; uma certeza não evidentemente falsa plausível (ep) valerá 2^7 , isto é, 128; e uma certeza não evidentemente falsa/não evidentemente falsa (ee) valerá 2^8 , isto é, 256.

Para que fosse resguardada a saúde pública coletiva durante o início do pico da pandemia da Covid-19, por meio do evitamento de situações favoráveis a novos casos de contaminação, as autoridades tomaram a decisão administrativa de sepultar os bebês Yanomami enterrando-os no cemitério municipal sem o consentimento dos pais e, como se evidenciou, sem oportunizar a realização de ritos funerários vitais para a cultura indígena para aquele povo. Assim, este direito foi *automaticamente* infringido à medida que o enterro não autorizado dos bebês foi feito. A decisão, ainda que



motivada por razões sanitárias, portanto, com altíssimo grau de certeza, isto é, com certeza garantida-garantida, violou o direito cultural dos Yanomami. Desse modo, é adequado valorar SP_iC em 2^8 , isto é, 256.

Em sentido inverso, se a decisão das autoridades fosse o de liberar os corpos aos responsáveis pelos bebês, visando atender aos ditames culturais da família e da comunidade, não é tão certo que isso implicaria novas contaminações e, por conseguinte, ofensa à saúde pública coletiva. É plausível que isso pudesse acontecer, mas não seria uma certeza garantida-garantida, e sim uma certeza plausível-plausível. Não parece implausível supor, a partir de suposições empiricamente fundadas do temor dos próprios indígenas em relação à pandemia, que a família poderia tomar os corpos dos bebês para cremá-los em uma festa ritualística mais modesta que o habitual, ou mesmo sem realizar qualquer festejo, apenas cremando os ossos até calciná-los e então guardá-los nas cabaças *poxa axi*. SP_jC equivaleria, portanto, a 2^4 , isto é, 16.

Com tais valores, a fórmula passaria a ser vertida conforme abaixo:

$$GP_{i,j}C = \frac{1 \cdot 1 \cdot 256}{256 \cdot 1 \cdot 16} \Rightarrow GP_{i,j}C = \frac{1}{16} = 0,0625$$

Ou seja, o peso concreto (isto é, para o caso examinado) do princípio da proteção à saúde pública, em relação ao princípio da proteção cultural indígena, teria valor equivalente a 0,0625.

É necessário agora usar a equação com as variáveis em posição invertida, para se obter o valor do peso concreto do princípio da proteção cultural indígena em relação ao princípio da proteção da saúde pública. A fórmula então seria assim constituída:

$$GP_{j,i}C = \frac{IP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}$$



Com os valores de cada variável já estabelecidos, a fórmula assumiria os seguintes valores:

$$GP_{j,i}C = \frac{256 \cdot 1 \cdot 16}{1 \cdot 1 \cdot 256} \Rightarrow GP_{j,i}C = \frac{16}{1} = 16$$

Ou seja, o peso concreto (isto é, para o caso examinado) do princípio da proteção cultural indígena, em relação ao princípio da proteção à saúde pública, no caso examinado, teria valor equivalente a 16.

A constatação matemática de que 16 é maior que 0,0625 ($16 > 0,0625$) significa, na ponderação de princípios, que, segundo as condições descritas sobre o caso, o princípio da proteção cultural indígena teria precedência condicionada sobre o princípio da proteção da saúde pública. Pressuposta como objetiva, a fórmula do peso, portanto, indicaria que a decisão das autoridades públicas deveria ter dado precedência ao direito da comunidade Yanomami-Sanumá de manejar os corpos dos bebês mortos durante a pandemia, para fins de proteção dos rituais funerários que têm valor fundamental para a cultura desse povo, em detrimento do direito à saúde pública coletiva. Isto, evidentemente, não significa que o primeiro princípio é mais importante que o segundo, apenas que, no caso específico, o primeiro sofreu uma intervenção mais intensa e, com maior grau de certeza, a sua não aplicação não acarretou a implementação do outro princípio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Utilizando o caso do enterro de bebês Yanomami durante a pandemia, envolvendo um embate entre o direito à saúde e o direito ao luto, o artigo pretendeu testar a fórmula do peso de Robert Alexy. O teste consistiria em cotejar as respostas dadas intuitivamente por juristas práticos e a resposta obtida por meio da aplicação da fórmula do peso ao caso.



Para colher as respostas dos juristas, formulei um enunciado que exacerbava os direitos fundamentais que estariam em colisão, transformei isso em uma enquete (na plataforma Google Formulários) e apliquei-a a uma amostragem satisfatória de profissionais das três carreiras jurídicas mais expressivas (magistratura, advocacia e Ministério Público). Selecionei para participarem da enquete apenas pessoas que vivem em Roraima, sob a suposição de que, como a singularidade da cultura Yanomami lhes é mais familiar, o drama real que envolveu o caso poderia ser percebido por elas de maneira mais clara. A enquete foi elaborada com um enunciado provocativo e exigia uma tomada de posição imediata sobre a controvérsia.

Do resultado dela, colhi o que considero uma amostragem mais ou menos segura do juízo intuitivo que um profissional do direito provavelmente formularia para este caso. Juízes, advogados e membros do Ministério Público de Roraima, todos eles, ainda que em proporções diferentes, defenderam majoritariamente o acerto da medida das autoridades de se enterrar os bebês Yanomami-Sanumá durante o pico da pandemia. Ainda que cientes da violação causada ao direito cultural desse povo, esses juristas práticos mostraram-se convencidos da justificativa baseada na necessidade de proteção da saúde coletiva.

Para confrontar o resultado obtido na enquete, apliquei a fórmula do peso alexyana, operando com valores obtidos de modo racionalmente justificado. O resultado apontou em sentido oposto: a decisão indicada como correta, de acordo com a fórmula, seria a de permitir que os corpos dos bebês, adotadas as precauções recomendadas pelas autoridades sanitárias, fossem restituídos à família e à comunidade indígena. Isso causaria a menor vulneração para os direitos fundamentais sob sopesamento.

A discrepância entre a resposta dada pelos profissionais de direito consultados e o resultado obtido com a fórmula do peso, poderia ser explicada pelo fato de que os profissionais consultados foram provocados a apresentar uma opinião mais intuitiva sobre um caso difícil. Conforme Alexy, a intuição não pode fornecer qualquer critério definitivo de correção capaz de basear uma decisão objetiva. O intuicionismo confunde-se com uma posição subjetivista.



Por isso mesmo, o raciocínio jurídico sobre temas difíceis deve ser idealmente construído por meio de um procedimento ou processo; jamais se deve apostar ou confiar na infalibilidade da intuição. É no âmbito procedural, por meio de atos devidamente justificados, que se abre espaço para um exame mais aprofundado das controvérsias, quando então poderão ser apreendidos os múltiplos efeitos que uma decisão em favor de um ou outro direito fundamental em rota de colisão poderá causar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos, razonamiento y discurso racional*. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 1, 1994, pp. 37-49.

ALEXY, Robert. *Die Gewichtsformel*. In: J. Jickeli; P. Kreuz; D. Reuter (eds.). **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlim: De Gruyter, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19**. BRASIL. Manejo de corpos no contexto do novo coronavírus COVID-19. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

BRUM, Eliane. *Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês*. **El País**, 21/06/2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-24/maes-yanomami-imploram-pelos-corpos-de-seus-bebes.html>.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu: palavras de um xamã yanomami**. Tradução Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo, Cia. Das Letras, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria da República no Estado de Roraima, 7º Ofício. **Procedimento Preparatório (PP) 1.32.000.000476/2020-33**. Apurar o manejo culturalmente adequado dos corpos de indígenas falecidos pelo Novo Coronavírus. Data de Autuação: 19 mai. 2020.

RORAIMA. Secretaria do Estado da Saúde. **Boletim Epidemiológico sobre a Doença pelo Coronavírus 2019 (COVID-19) nº 200**. 19 ago. 2020. Disponível em: <https://saude.rr.gov.br/index.php/informacoes/coronavirus/informacoes-coronavirus/file/1507-boletim-epidemiologico-coronavirus-200-2020>



SIMPLÍCIO, Carinna Gonçalves. A fórmula do peso completa refinada de Robert Alexy aplicada aos conflitos pelo uso dos recursos hídricos em Minas Gerais. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 2, 2016, pp. 425-448.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O que significa “a injustiça extrema não é direito”? Crítica e reconstrução do argumento da injustiça no não-positivismo inclusivo de Robert Alexy. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 16, nº 3, Edição Especial, 2015, pp. 97-122.

