

Curso de Direito
FUCAP Univinte

ORGANIZADORES

Jailson Pereira

Ana Cristina Corrêa Melo

**DIREITO
EM SÉRIE**

Vol. III



EDITORA FUCAP

ORGANIZADORES

**JAILSON PEREIRA
ANA CRISTINA CORRÊA MELO**

DIREITO EM SÉRIE 3



Copyright © 2020 by Editora FUCAP

Título: Direito em série 3

Organização: Jailson Pereira e Ana Cristina Corrêa Melo

Capa: Ana Cristina Corrêa Melo

Revisão: Dos Autores

Editoração: Andreza dos Santos

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dra. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar’c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

D627d

Direito em série 3. / Jailson Pereira; Ana Cristina Corrêa Melo. (org.);
Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2020.
254 p.; 15x21 cm. *E-book*.

ISBN: 978-65-87169-03-3

1. Direito constitucional – Brasil. I. Pereira, Jailson. II Melo, Ana
Cristina Corrêa. III. Título.

CDD 341.2

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866)

Editora FUCAP – Avenida Nações Unidas Nº 500 – Santo André
Capivari de Baixo/SC.

Todos os Direitos reservados. Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal.

ORGANIZADORES

JAILSON PEREIRA

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), com Dupla Diplomação com a Widener University - Delaware Law School – Estados Unidos, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), Especialista em Direito Internacional - Comércio Exterior, pela Escola Paulista de Direito - EPD e Especialista em Administração Tributária Empresarial pela UDESC - SC. Advogado militante na área de Direito Empresarial, Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina sob o número 10.697 e na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo sob o número 305.238-A, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Atua também na área de consultoria em negócios internacionais com escritório na cidade de Miami, Estados Unidos. Coordenador do Curso de Direito na FUCAP Univinte, Professor Titular da Disciplina de Direito Constitucional II, Prática Jurídica Cível e TCC I. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

ANA CRISTINA CORRÊA MELO

Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG) reconhecimento pela USP. Especialista em Relações Internacionais. Foi pesquisadora na Universidade de São Paulo no Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Professora Titular das Disciplinas de Direito Constitucional I, Direito Processual Civil IV, Direito Processual Civil V e TCC II, na FUCAP Univinte. E-mail: accorreameo@gmail.com.

DIREITO

EM SÉRIE 3

COLABORADORES

Ana Cristina Corrêa Melo
Artur Mazzucco Fabro
Camila L. Nandi de Albuquerque
Carla Vieira de Souza
Claudinéia O. de Assunção Mota
Cleiton Luiz N. de Oliveira
Edir Josias Silveira Beck
Fernanda Ambros
Fernanda Mallmann
Fernando Vechi
Gilse Pickler Bratti
Jailson Pereira
Marcelo Nascimento Bessa
Roger Laureano
Valdomiro Ribeiro da Silva Neto



Capivari de Baixo

2020

“A pergunta pela verdade é provavelmente uma das mais antigas da tradição filosófica, porém, até o século 19 predominou basicamente uma doutrina, a teoria da verdade como correspondência, para a qual Tomás de Aquino encontrou a fórmula clássica:

Veritas est adaequatio intellectus et rei.

Verdade é a adequação entre o intelecto e a coisa”¹.

¹ REESE-SCHAFER, Walter. **Compreender Habermas**. Título original: *Jürgen Habermas*. Tradução de Vilmar Schneider. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010, p. 26-27.

APRESENTAÇÃO

O Curso de Direito da FUCAP Univinte completa neste mês de julho de 2020, quatro anos de vida, seguindo a primeira turma para a difícil e prazerosa navegação pelas águas do último ano do curso. Desafios como o trabalho de conclusão de curso, a prova da OAB, planejar o ingresso ou recolocação no mercado de trabalho, entre outros tantos vão permear a vida dos nossos alunos.

Em tempos ímpares que vivemos, onde a manutenção da vida e da economia no país se mistura com as discussões acerca da manutenção da independência dos poderes constitucionalmente dispostos na nossa Carta, os operadores do Direito têm que se manter firmes na coerência e na amplitude do que significa o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Certos de que o grande paradigma do Direito ainda continua sendo a Liberdade, nosso papel como Professores, sempre apoiados pela Instituição de Ensino Superior, foi e será o de construir um espírito transformador e profissional nos nossos alunos, preparando um profissional para a realidade de onde vivemos.

Neste norte, chegamos ao terceiro volume do nosso livro – Direito em Série – com artigos de Professores do Curso de Direito da FUCAP Univinte que versam sobre diversas áreas do universo jurídico. Formatados na mesma metodologia desenvolvida para ser aplicada aos trabalhos de conclusão de curso, para que possa servir de apoio aos alunos que terão esse desafio neste próximo semestre e nos vindouros.

Com mais esta obra buscamos cultuar a produção científica dos nossos Docentes de maneira permanente e contínua, que, além de cumprir as diretrizes aplicadas ao ensino superior, cumpre também o papel de disseminação da cultura jurídica no nosso ambiente.

Jailson Pereira
Ana Cristina Corrêa Melo

SUMÁRIO

A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO FEDERALISTA NORTE-AMERICANO: REFLEXOS PARA O MUNDO	10
Jailson Pereira	
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO NO TOCANTE À UTILIZAÇÃO DAS CÉLULAS-TRONCO COMO ALTERNATIVA NO TRATAMENTO DE DOENÇAS.....	28
Ana Cristina Corrêa melo Fernanda Ambros	
O CRIME NA HISTÓRIA DO DIREITO: UMA INVESTIGAÇÃO CRONOLÓGICA.....	53
Artur Fabro Fernando Vechi	
UM ESTADO CENTAURO: REFLEXÕES ACERCA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA.....	76
Camila Leonardo Nandi Albuquerque Marcelo Nascimento Bessa	
A CIDADANIA PRECÁRIA DAS TRANSEXUAIS PARA INGRESSO NO MERCADO FORMAL DE TRABALHO	89
Carla Vieira de Souza	
AS RELAÇÕES NEGOCIAIS POR MEIO DE WHATSAPP	102
Claudinéia Onofre de Assunção Mota	
A RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE: DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE VÍCIO DO PRODUTO E FATO DO PRODUTO DE ACORDO COM A LEI N. 8.078/90 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	117
Cleiton Luiz Neves de Oliveira Edir Josias Silveira Beck	
LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE: O EXEMPLO DA ÁGUA	130
Fernanda Mallmann Valdomiro Ribeiro da Silva Neto	
O MÉTODO APAC FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA.....	139
Gilse Pickler Bratti	
INTRODUÇÃO À OBRA DE ROBERT KING MERTON	147
Roger Laureano	
TRADUÇÃO DA OBRA DE "ROBERT K. MERTON": ESTRUTURA SOCIAL E ANOMIA.....	154
Robert K. Merton Roger Laureano - Tradutor	

A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO FEDERALISTA NORTE-AMERICANO: REFLEXOS PARA O MUNDO

THE CONSOLIDATION OF THE NORTH AMERICAN FEDERALIST MODEL: REFLECTIONS FOR THE WORLD

Jailson Pereira¹

Resumo: O presente artigo tem como objeto descrever o modelo Federalista adotado pela Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, navegando a partir de sua origem com destino a sua consolidação prática como forma de Estado e também como garantidor da aplicação do Princípio da Separação dos Poderes. O Federalismo norte-americano transpôs as fronteiras do Continente Americano para alcançar outras nações, sendo componente importante para a formação do Federalismo brasileiro, positivado na Constituição brasileira de 1891, mas que já apresentava suas características no período imperial.

Palavras-chave: Federalismo. Constituição. Direito constitucional. Separação dos poderes.

Abstract: *The present work aims to describe the Federalist model adopted by the Constitution of the United States of America in 1787, navigating from its origin towards its practical consolidation as a form of State and as a guarantor of the application of the Principle of Separation of Powers. North American Federalism crossed the borders of the American Continent to reach other nations, being an important component for the formation of Brazilian Federalism, confirmed in the Brazilian Constitution of 1891 but which already had its characteristics in the imperial period.*

Key-words: *Federalism. Constitution. Constitutional law. Separation of powers.*

1 INTRODUÇÃO

A ideia de um Estado Federativo² tem suas origens atreladas à repugnância ao absolutismo, a uma forma de estado descentralizada e que fosse capaz de limitar

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI (CAPES 6) e na *Delaware Law School*, na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Professor titular das disciplinas de Direito Constitucional II, Prática Cível e TCC I no Curso de Direito da FUCAP Univinte, onde também atua como Coordenador do Curso de Direito desde 2016. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

² Importante *ab initio* descrevermos as diferenças entre Federação e Confederação. Na Federação os Estados-Membros se unem através de uma Constituição, abrem mão de sua Soberania e não tem direito a secessão (separação), enquanto que na Confederação, os Estados-Membros pactuam através de tratados a sua união sem perderem a autonomia do poder e a sua Soberania. Para Dallari:

o poder. A palavra federação tem sua origem no latim *foedus*, que significa tratado, aliança.

Tem-se o Federalismo como um sistema de organização funcional e racional que objetiva evitar os inconvenientes da centralização política e do estado unitário.³

Nos Estados Unidos da América nasceu o movimento precursor na formação do Federalismo no mundo, que, após a revolução que lhe cortou os laços de sua colonização inglesa, se viu mergulhado no processo de criação de sua primeira e única constituição escrita, a fim de que as treze colônias formassem uma verdadeira nação.

Streck ressalta a importância da experiência americana, afirmando:

[...] foi o primeiro grande Estado de tipo europeu formado fora da Europa; primeira revolução vitoriosa que se revela também anticolonial, mas que encerra contradições de caráter racial (algumas ainda hoje por resolver); primeira e mais duradoura Constituição escrita em sentido moderno; Constituição de base legal moderada pela jurisprudência, em conexão com o controle de constitucionalidade; primeiro Estado federal (forma de Estado mais evoluída que a união real); primeiro Estado a decretar a separação das confissões religiosas; primeira república alicerçada no princípio democrático; primeiro sistema de governo presidencial por aplicação direta da doutrina da separação dos poderes.⁴

E arremata:

Assim, a noção de Constituição e do seu valor superior a todos os demais atos da Federação e dos Estados federados e, em especial, a autoridade reconhecida aos tribunais na sua interpretação e na sua concretização são notas tão profundas do sistema e tão específicas que, com o mesmo sentido ou com a mesma intensidade não poderiam passar para qualquer outra parte. Transplantáveis, embora ainda com refrações, viriam a ser a fiscalização judicial da constitucionalidade, o federalismo e o presidencialismo. Dessa forma, pode-se falar em sistemas de matriz norte-americana com relação aos países que recepcionaram, pelo menos, estes três elementos.⁵

“A diferença fundamental entre a união de Estados numa confederação ou numa federação está na base jurídica. Na confederação os integrantes se acham ligados por um tratado, do qual podem desligar-se a qualquer momento, uma vez que os signatários do tratado conservam sua soberania e só delegam os poderes que quiserem e enquanto quiserem. Bem diferente é a situação numa federação, pois aqui os Estados que a integram aceitam uma Constituição comum e, como regra, não podem deixar de obedecer a essa Constituição e só têm os poderes que ela lhes assegura” *in* DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. São Paulo: Editora Ática, 1986. p.15.

³ BERTHIER, René. **Do federalismo**. Título original: *Du fédéralisme*. Tradução de: Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Intermezzo Editorial, 2016. p.17..

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 23.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 23.

O Federalismo pode ser considerado uma das grandes invenções americanas, pois, através da sua ordem constitucional, assegurou a autonomia dos Estados-membros quando estabeleceu as competências de cada ente federativo naquele texto.

2 O FEDERALISMO NOS ESTADOS UNIDOS

A origem da ideia de Federalismo nos Estados Unidos da América pode ser tida como complexa em razão da própria história do país, que ao mesmo tempo que desenvolveu um sistema próprio de auto governança, teve influência da corte inglesa em sua formação, assim como também dos pensadores franceses.

Para Mclaughlin, a organização do sistema Federalista americano foi o produto das práticas governamentais do sistema imperial inglês já existente antes de 1764, apesar da dificuldade de reconhecer que a ideia do Federalismo já estava presente na Inglaterra antes mesmo da revolução americana.⁶

Escreveu Mclaughlin:

The colonies managed their own 'internal police', some of them under charters, all by governments in which there were representatives' assemblies. They levied taxes for local purposes, and voluntarily contributed, after a wholesome or a ramshackle manner, and in shorter did the thousand and one things sometimes under pressure from the representatives of the royal prerogative, that concerned the daily life of the colonist. Any one even slightly familiar with American constitutional system will see at once that to a very marked degree we have here the distribution of powers characteristic of American federalism. In fact if we add to the powers characteristic of American federalism. In fact if we add to the powers of the central authority in the old empire the single power to obtain money by direct or indirect taxation immediately from the colonists for imperial purposes, we have almost exactly the scheme of distribution of our own constitutional system.⁷

⁶ "The essential qualities of American federal organization were largely the product of the practices of the old British empire as it existed before 1764, second, that the discussions of the generation from the French and Indian war to the adoption of the federal Constitution, and, more particularly, the discussions in the ten or twelve years before independence, were over the problem of imperial organization. The center of this problem was the difficulty in grasping the principle, the idea of federalism went over from the old empire, through there was great difficulty in grasping the principle, the idea of federalism went over from the old empire, through discussion into the course, that system of political order in which powers of government are separated and distinguished and which these powers are distributed among governments, each government having its quota of authority and each its distinct sphere of activity." *In* MCLAUGHLIN, Andrew C. *The Background of American Federalism*. Reprinted from **The American Political Science Review**, vol. XII, n. 2, may, 1918. p. 215.

⁷ MCLAUGHLIN, Andrew C. *The background of American federalism*. Reprinted from **The American Political Science Review**, vol. XII, n. 2, may. 1918. p. 216. Em Língua Portuguesa: "As colônias

E continua:

If any one wishes to criticize unfavorably some detail of the scheme of empire which has just been sketched, he will still scarcely deny that Britain had a working federal empire by the middle of the eighteenth century. If Great Britain, in 1760, had reached out and said, "this is the law of the empire", thus the system was formed. If Britain by a formal constitution could have formulated the empire she had, if the imperial order could have been frozen, petrified, in the form that time had made for it, the British empire would have been legally a federal empire.⁸

Na mesma direção de Mclaughlin, Burgess confirma a tese de que a coroa britânica compartilhava as ideias federalistas:

The idea of a British federal discourse during this historical era seems initially paradoxical given the nature of the Anglo-American relationship. The constitutional and political relationship between the mother country and her American colonies was unequivocally one of the superordinate and the subordinate. But the British were not averse to constitutional and political experimentation and adjustment when it was deemed necessary to maintain the order, stability and integrity of the state.⁹

A união legislativa e política entre a Inglaterra e a Escócia em 1707 é um exemplo de que as relações imperiais anteriores eram uma área fértil para uma

administravam sua própria "polícia interna", algumas delas sob alvará de funcionamento, todos pelos governos nos quais haviam assembleias de representantes. Eles cobravam impostos para propósitos locais e contribuíam voluntariamente, de maneira saudável ou desorganizada, e, em suma, as mil e uma coisas às vezes sob pressão dos representantes da prerrogativa real, que diziam respeito à vida cotidiana do colono. Qualquer um que esteja familiarizado com o sistema constitucional americano verá imediatamente que, em um grau muito acentuado, temos aqui a distribuição de poderes característica do federalismo americano. De fato, se somarmos aos poderes característicos do federalismo americano e se adicionarmos aos poderes da autoridade central no antigo império o poder único de obter dinheiro por impostos diretos ou indiretos imediatamente dos colonos para fins imperiais, teremos quase exatamente o esquema de distribuição de nosso próprio sistema constitucional. (Tradução livre do autor deste artigo)

⁸ MCLAUGHLIN, Andrew C. The background of American federalism. Reprinted from **The American Political Science Review**, vol. XII, n. 2, may, 1918. p. 217. Em Língua Portuguesa: "Se alguém quiser criticar desfavoravelmente alguns detalhes do esquema de império que acabou de ser esboçado, ele ainda dificilmente negará que a Grã-Bretanha tivesse um império federal em funcionamento em meados do século XVIII. Se a Grã-Bretanha, em 1760, tivesse estendido a mão e dissesse: "esta é a lei do império", então o sistema seria formado. Se a Grã-Bretanha, por uma constituição formal, pudesse ter formulado o império que ela possuía, se a ordem imperial pudesse ter sido congelada, petrificada, da forma que o tempo havia feito para ela, o império britânico teria sido legalmente um império federal". (Tradução livre do Autor deste Artigo)

⁹ BURGESS, Michael. **Comparative federalism**. Theory and practice. New York: Routledge, 2006. p.51. Em Língua Portuguesa: "A ideia de um discurso federal britânico durante essa era histórica parece inicialmente paradoxal, dada a natureza do relacionamento anglo-americano. A relação constitucional e política entre o país mãe e suas colônias americanas era inequivocamente uma das super ordenadas e subordinadas. Mas os britânicos não foram avessos à experimentação e aos ajustes constitucionais e políticos quando se considerou necessário manter a ordem, a estabilidade e a integridade do Estado". (Tradução livre do autor deste artigo)

variedade de novas e diferentes relações políticas. A ironia é que essas formas evolutivas de autonomia colonial acabaram falhando em impedir a ruptura de 1776 e a subsequente perda de colônias americanas, uma desídia imperial que a maioria dos estadistas britânicos nunca deixaram de se arrepender.¹⁰

A ideia do Federalismo surgiu na Inglaterra de forma intermitente em uma série de projetos federalistas, das quais a mais persistente foi a representação colonial no Parlamento. Além disso, na medida que o império evoluía nos séculos XVIII e XIX, o desenvolvimento da autonomia colonial local às vezes era interpretado como semelhante a alguma forma de relacionamento federal. A relação do império com as Colônias era uma arena fértil para muitas ideias políticas de cunho federalistas.¹¹

Burgess arremata sua ideia afirmando:

What is abundantly clear from this brief survey of British and American federal ideas and experiences is that the origins of American constitutional history and the federal stretch back almost two centuries to the first settled colonies in the early seventeenth century. The research demonstrates that the only way to arrive at a proper appreciation of the American federal political tradition is to investigate what occurred much earlier than the late eighteenth century.¹²

Gerston escreveu que o Federalismo Americano nasceu do produto da deterioração da relação entre as Colônias e a Inglaterra¹³, enquanto Schwartz contemporiza a afirmação acima dizendo que o governo na maioria dos países europeus se caracteriza por uma forma unitária e que o conceito de Federalismo “...que impregnou a filosofia governamental dos elaboradores da Constituição Americana, é um conceito que foi quase estranho aos sistemas constitucionais europeus”.¹⁴

¹⁰ BURGESS, Michael. **Comparative federalism**. Theory and practice. New York: Routledge, 2006. p. 51.

¹¹ BURGESS, Michael. **Comparative federalism**. Theory and practice. New York: Routledge, 2006. p. 52.

¹² BURGESS, Michael. **Comparative federalism**. Theory and practice. New York: Routledge, 2006. p. 53.

¹³ GERSTON, Larry N. **American federalism**. A concise introduction. Armonk: M.E. Sharpe, 2007.

¹⁴ SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo Norte-Americano atual**. Trad. Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 10.

Por sua parte, Lacroix afirma que o Federalismo Americano é um princípio fundamental da sua política e que se desenvolveu de forma autônoma e independente da Europa colonizadora.¹⁵

O Federalismo, de acordo com muitos relatos, surgiu como um subproduto das discussões entre os homens que se sentaram Convenção da Filadélfia durante o verão de 1787. Junto com o *Judicial Review*, o Federalismo é frequentemente considerado como uma das contribuições americanas para a Ciência da Política.¹⁶

As origens de ambos os conceitos são tipicamente atribuídas à redação e ratificação da Constituição americana, apesar da falta de qualquer referência explícita a qualquer conceito no próprio documento. Nessa visão, um conjunto de ideias sobre o governo que mais tarde foi chamado de Federalismo, começou a se unir na Convenção, acionada pelas exigências de uma confederação desgastante e sem efetividade, e pela força combinada de cinquenta e cinco mentes criativas.¹⁷

O Federalismo aparece como uma criação modelada de novo, misturada a uma mistura de necessidade (a existência dos estados) e teoria (a crença de que uma república não poderia ser facilmente mantida em um grande território). O produto desses imperativos não era simplesmente uma doutrina constitucional, mas uma filosofia inteira de governo. Além de fornecer a teoria da autoridade que sustentava toda a estrutura da nova república, o Federalismo tomou forma concreta nas disposições particulares do documento que estabeleceu essa república.¹⁸

¹⁵ LACROIX, ALISON L. **The ideological origins of American federalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 6.

¹⁶ LACROIX, ALISON L. **The ideological origins of American federalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

¹⁷ LACROIX, ALISON L. **The Ideological origins of American federalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

¹⁸Para Lacroix: "Federalism, according to many accounts, emerged as a by-product of this foundational conversation among the men who sat in the Pennsylvania State House during the summer of 1787. Along with judicial review, federalism is frequently regarded as one of the signal American contributions to the science of politics. Both concept's origins are typically traced to the drafting and ratification of the Constitution, despite the lack of any explicit reference to either concept in the document itself. On this view, a set of ideas about government that was later called federalism began to coalesce at the convention, conjured into action by the exigencies of a fraying confederation and the combined force of fifty-five creative minds. Federalism appears as a new-modeled creation cobbled together out of a mix of necessity (the existence of the states) and theory (the belief that a republic could not easily be maintained across a large territory). The product of these imperatives was not simply a constitutional doctrine but rather an entire philosophy of government. In addition to providing the theory of authority that undergirded the whole structure of the new republic, federalism took concrete form in the particular provisions of the document that established that republic." In LACROIX, ALISON L. **The ideological origins of American federalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p.154. (parênteses conforme o original)

Para Greene, tanto a Declaração e Resolução do Primeiro Congresso Continental em 1774 e a Federal Convenção de 1787, giraram em torno da busca de alguma maneira de atender à necessidade da autoridade central sem destruir a soberania dos estados individuais, herdando os Estados Unidos a organização imperial do império britânico.¹⁹

Tocqueville em seus escritos entrega o seu entendimento de que a América desenvolveu seu próprio sistema ao afirmar que "...à época de seu nascimento, todas as colônias inglesas tinham entre si um grande ar de família. Todas, desde o seu princípio, pareciam destinadas a oferecer o desenvolvimento da liberdade, não a liberdade aristocrática de sua pátria-mãe, mas a liberdade burguesa e democrática da qual a história do mundo ainda não apresentava um modelo completo".²⁰

Mais adiante, na mesma obra, completa o Autor francês:

A América é o único lugar onde se pode assistir aos desenvolvimentos naturais e tranquilos de uma sociedade e onde foi possível precisar a influência exercida pelo ponto de partida sobre o futuro dos estados. À época em que os povos europeus desceram nas margens no Novo Mundo, os traços de seu caráter nacional já estavam bem definidos cada um tinha uma fisionomia distinta e, como já haviam chegado ao grau de civilização que leva os homens ao estudo de si mesmos, eles nos transmitiram o panorama fiel de suas opiniões, de seus costumes e de suas leis.²¹

Tocqueville examinou a complexa interação de liberdade, igualdade e democracia quando de sua imersão na Sociedade americana iniciada em 1830 e escreveu que a ideia de Federalismo não poderia ser desassociada da busca pela democracia que as colônias americanas buscavam mesmo antes da sua independência.²²

Isso certamente leva à necessidade de reavaliar a importância do período de 1781 a 1789 na história americana, não se podendo considerar que os Artigos da Confederação foram o resultado de um plano abstrato sem experiência histórica que

¹⁹ GREENE, Jack P. **The constitutional origins of the American revolution**. New York: Cambridge University Press, 2011. p.2.

²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Título original: *De la démocratie en Amérique*. Tradução De Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: Vide Editorial, 2019. p. 41.

²¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Título original: *De la démocratie en Amérique*. Tradução De Pablo Costa e Hugo Medeiros. Campinas: Vide Editorial, 2019. p. 41.

²² TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Título original: *De la démocratie en Amérique*. Campinas. Tradução De Pablo Costa e Hugo Medeiros: Vide Editorial, 2019.p. 41.

lhe deu suporte. Pelo contrário, estava enraizada na evolução do que Lutz²³ chamou de "protoconstituições coloniais", que eram "essencialmente uma interação entre os problemas decorrentes do meio ambiente nos quais os americanos se encontravam e as ideias europeias que eram seletivamente apropriadas para ajudar a resolver esses problemas.

Essa conclusão é corroborada por McCoy e Baker²⁴, que também reconheceram que as principais fontes de Federalismo na América eram a teologia federal, a filosofia política federal e a prática federal em instituições sociais trazidas por grupos vindos da Europa para estabelecer colônias e se desenvolveram em maneiras distintas, inovando na formatação de uma forma de Estado.

3 A CONSTITUIÇÃO AMERICANA E A DEFINIÇÃO DO FEDERALISMO COMO COMPONENTE CENTRAL

O debate intelectual sobre o Federalismo moderno e seu significado remonta ao final do século XVIII. As circunstâncias peculiares que cercaram a mudança da confederação para a federação nos Estados Unidos da América entre os anos 1781 e 1789 moldaram a natureza deste debate de uma maneira que teve consequências de longo alcance para a compreensão de uma das mais importantes inovações históricas no governo e na política modernos.

Nas palavras de Ketcham:

For anyone interested in political thought in action. The United States, during de 1770s and 1780s is perhaps the most exciting period in the country's history. The discussion of political ideas that accompanied the American Revolution was seminal to the effort in 1787-1788 to draft and ratify a new constitution for the United States.²⁵

²³ LUTZ, Donald S. **The origins of American constitutionalism**. Louisiana: Louisiana State University Press, 1988.

²⁴ McCoy, Charles S.; BAKER, J. Wayne. **Fountainhead of federalism**. Heirich Bullinger and the covenantal tradition. Louisiana: Westminster/John Knox Press, 1991.

²⁵ KETCHAM, Ralph. **The anti-federalist papers and the constitutional convention debates**. New York: New American Library, 2003. p. ix. Em Língua Portuguesa: "Para qualquer pessoa interessada em pensamento político em ação, os Estados Unidos, durante as décadas de 1770 e 1780, tenha talvez o período mais emocionante da história do país. A discussão de ideias políticas que acompanharam a Revolução Americana foi fundamental para o esforço de 1787-1788 de redigir e ratificar uma nova constituição para os Estados Unidos". (Tradução livre do autor deste artigo)

O modelo federal americano estabelecido com a Constituição, foi baseado em um conjunto de princípios fundamentais que serviram de base para muitos outros países, influenciaram pensadores e filósofos, o que ajudou a desencadear um debate duradouro sobre o que significava ser "federal".²⁶

O Federalismo é um sistema de poder compartilhado entre dois ou mais governos com autoridade sobre as mesmas pessoas e área geográfica. Os sistemas de governo unitários, de longe a forma mais comum em todo o mundo, têm apenas uma fonte de poder, o governo central ou nacional. Embora a democracia possa florescer nos dois sistemas, as diferenças entre os dois tipos de governo são reais e significativas.²⁷

Para Roche III, no contexto dos Estados Unidos da América:

Federalism refers to the division of authority and function between and among the national government and various state governments. But it has come to possess a wider meaning in American political history. The idea of constitutional limitations of power, of both horizontal and vertical divisions of power, of the representative nature of republican institutions, and of a national government strong enough to perform certain necessary tasks and yet not so strong as to become a threat to liberty, is perhaps better epitomized in its unique American historical setting by the word federalism than by any other single term.²⁸

Por seu turno, Gerston, acerca do Federalismo Americano, escreveu que "...refers to the multifaceted political power relationships between governments within the same geographical setting."^{29 30}

²⁶ LUTZ, Donald S. **The origins of American constitutionalism**. Louisiana: Louisiana State University Press, 1988.

²⁷ BERTHIER, Rene. **Do federalismo**. Título original: *Du fédéralisme*. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Intermezzo Editorial, 2016.

²⁸ ROCHE III, GEORGE C. **American federalism**. New York: The Foundation for Economic Education, 1967. p. 6. Em Língua Portuguesa: "Federalismo refere-se à divisão de autoridade e função entre e entre o governo nacional e vários governos estaduais. Mas passou a possuir um significado mais amplo na história política americana. A ideia de limitações constitucionais de poder, de divisões de poder horizontais e verticais, da natureza representativa das instituições republicanas e de um governo nacional forte o suficiente para executar certas tarefas necessárias e, no entanto, não tão forte que se torne uma ameaça à liberdade, talvez seja melhor sintetizado em seu cenário histórico americano único pela palavra federalismo do que por qualquer outro termo único". (Tradução livre do autor deste artigo)

²⁹ GERSTON, Larry. **American federalism**: a concise introduction. Armonk: M.E. Sharpe, 2007. p. 5.

³⁰ Para Gerston, "The application of modern federalism has evolved to the extent that voluntary associations have been replaced by governments units. Thus, today federalism frames the ways that various governments simultaneously influence, depend upon, and push away from each other. The use of power is the most important aspect of government, particularly for democracies, because that affect people, values, and resources. Representative governments award, deprive, and rearrange our lives with our consent, even though we may no always agree with what they do or how things turn out.

O Federalismo é a característica central do sistema político dos Estados Unidos da América. A ideia da união federal como uma parceria é um aspecto fundamental deste modelo. Essa ideia de parceria foi muito além do simples sentido de um relacionamento entre os governos federal e estaduais, tornando-se o princípio norteador na maioria dos relacionamentos políticos que unem instituições, grupos e indivíduos na ordem política americana.³¹

A união federal americana não deve ser confundida com um sistema político descentralizado, na medida em que os limites constitucionais são impostos para que o governo nacional possa se concentrar em funções bem definidas no texto constitucional. No sistema americano não existe um governo central com autoridade absoluta sobre os estados, mas existe um governo nacional forte, que juntamente com governos estaduais também fortes, compartilham autoridade e poder.³²

Elazar ressalta ainda sobre o sistema federal americano “...is at the same time a single system and a system of the systems...”.³³

A União dos estados na Federação americana sob a égide de um texto Constitucional aceito por todos diferiu do modelo de Confederação, pois no modelo confederativo os estados poderiam se desligar a qualquer tempo.

A Constituição dos Estados Unidos da América acabou por contribuir de forma decisiva para as mudanças sofridas pelo Sistema Jurídico americano, o afastando ainda mais do modelo tradicional inglês, em razão de que o Federalismo norte-americano decorreu de sua história e das características sociais e econômicas de cada uma das treze Colônias.

O Federalismo dos Estados Unidos, instituído pela sua Constituição, constituiu os fundamentos do seu Sistema Jurídico, isto porque, mesmo com a desistência pelas Colônias (Estados a partir da Constituição) de parte de sua soberania ao aderirem ao Pacto Federativo, cada Estado teve a faculdade de

Federalism, then, is a organizational mechanism through which governments manage power.” *In* GERSTON, Larry. **American federalism: a concise introduction**. Armonk: M.E. Sharpe, 2007. p. 5.

³¹ ELAZAR, Daniel J. **American federalism**. A view from the States. 2. ed. New York: Harper & Row, 1972.

³² ELAZAR, Daniel J. **American federalism**. A view from the States. 2. ed. New York: Harper & Row, 1972.

³³ ELAZAR, Daniel J. **American federalism**. A view from the States. 2. ed. New York: Harper & Row, 1972. p. 3.

elaborar seu próprio direito como melhor lhe aprouvesse, sujeito apenas às restrições constitucionais.

Todos os estados existentes foram levados para o novo regime constitucional, com seus nomes, suas fronteiras e seus governos inalterados e com funções ainda mais extensas.³⁴

Esta era uma grande preocupação na Convenção da Filadélfia, qual seja, a de que o Governo Federal não tivesse poderes opressores em relação aos Estados-Membros, exigindo grande trabalho por parte dos *Founding Fathers*.³⁵

Assim, em seu artigo primeiro, Seção 8, a Constituição dos Estados Unidos da América estabeleceu:

Article One. Section 8. The Congress shall have power to [...] regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes; [...]³⁶

A leitura do texto constitucional norte-americano demonstra que o sistema constitucional tem como fundamento a divisão de poderes entre o governo central e os estados-membros. Esta divisão é forte no princípio de que o governo federal é um governo de poderes enumerados, limitado à autoridade delegada a ele na Constituição, enquanto os estados-membros são governos de poderes residuais.

Para deixar mais claro ainda que os poderes do governo federal eram limitados aos enumerados na Constituição, sobreveio em 1791 a Décima Emenda, que estabeleceu que:

X. The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or the people.³⁷

³⁴ SCHAWARTZ, Bernard. **O federalismo Norte-Americano atual**. Título Original: *American federalism: a contemporary view*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

³⁵ Madison, no artigo nº 45 dos Federalistas, escreveu: “Os poderes delegados ao governo federal pela Constituição proposta são poucos e definidos. Aqueles que pertencem aos governos estaduais são numerosos e indefinidos. O primeiro será exercido principalmente em objetos externos, como guerra, paz, negociação e comércio exterior, com o qual o poder de taxaçoão estará, na maior parte, conectado. Os poderes reservados aos Estados se estenderão a todos os objetos, nos cursos de assuntos ordinários, que dizem respeito à vida, liberdades e propriedades das pessoas; e à ordem interna, melhoria e prosperidade do estado”. Disponível em: https://avalonlaw.yale.edu/18th_century/fed45.asp Acesso em: 28 mai. 20. (Tradução livre do autor deste artigo)

³⁶ NATIONAL ARCHIVES. **The Constitution of United States**. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution>. Acesso em: 28 mai. 2020.

³⁷ NATIONAL ARCHIVES. **The Constitution of United States**. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution>. Acesso em: 28 mai. 2020.

Em relação à Décima Emenda, e, ratificando sua intenção, Forte e Spalding escrevem:

The Tenth Amendment express the principle that undergirds the entire plano f original Constitution: the national government possesses only those poers delegated to it, and leaves to the several States a residuary and inviolable sovereignty over all other objects. The Framers of the Tenth Amendment had two purposes in m ind when they draft it. The first was a necessary rule of construction. The second was to reaffirm the nature of the federal system.³⁸

Porém, adverte Schwartz que:

[...] a autoridade federal na Constituição americana é limitada aquela *expressamente* concedida naquele instrumento. Embora o Governo Federal seja um governo de poderes enumerados, sua autoridade não está descrita nos mínimos detalhes, e ele é reconhecido como possuindo não simplesmente aqueles poderes a ele dados específica ou expressamente, mas também aqueles necessários e apropriados para o efetivo exercício de tais poderes expressos.³⁹

Coube então, mesmo com a ratificação da Décima Emenda, que buscou definir a limitação dos poderes entre o Governo Federal e os Estados-Membros, trabalho árduo para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América a fim de buscar as definições do papel constitucional, tão importantes para a consolidação do Federalismo formatado naquele país.

4 A LEITURA JUDICIAL DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA PARA A CONSOLIDAÇÃO DO MODELO FEDERALISTA

Em 1803 a Suprema Corte julgou o caso *Marbury v. Madison* que instituiu as raízes do controle de constitucionalidade, deixando clara a sua competência na guarda do texto constitucional.

³⁸ FORTE, David F.; SPALDING, Matthew. **The heritage guide to the constitution**. 2. ed. Washington: Regnery Publishing, 2014. p.479.

³⁹ SCHAWARTZ, Bernard. **O federalismo Norte-Americano atual**. Título Original: *American federalism: a contemporary view*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 14. Em Língua Portuguesa: “A Décima Emenda expressa o princípio que sustenta todo o plano da Constituição original: o governo nacional possui apenas aqueles que lhe foram delegados e deixa aos vários Estados uma soberania residuária e inviolável sobre todos os outros objetos. Os autores da Décima Emenda tinham dois propósitos em mente quando a redigiram. A primeira era uma regra necessária de construção. O segundo foi reafirmar a natureza do sistema federal”. (Tradução livre do autor deste artigo)

Seguindo este caminho jurisprudencial, a Suprema Corte foi protagonista na participação da efetiva consolidação do modelo Federalista. Um dos julgamentos mais citados na doutrina americana neste sentido é a do caso *McCulloch v. Maryland* (1819), onde fora discutido naquela Corte a constitucionalidade da criação de um banco nacional, por parte do Governo Federal.

A criação do primeiro banco nacional em 1791 gerou discussões no meio político, Madison, por exemplo, entendia que o Governo Federal não tinha atribuição constitucional para a criação do banco, nem que a sua criação fosse essencial para o país. Por outro lado, Hamilton entendia que a criação seria uma das atribuições do Governo Federal com fundamento na tese dos poderes implícitos, tendo em vista que o banco teria papel essencial para que o governo exercesse suas funções. O primeiro banco nacional se manteve até 1811, quando a sua renovação fora negada pelo congresso.⁴⁰

Então, em 1816 o Congresso autorizou a criação do segundo banco dos Estados Unidos, que, desta vez também criou agências em diversos Estados-Membros. Os Estados, por sua vez, reagiram a este movimento do Governo Federal, alguns proibindo a abertura das agências, outros impondo tributos. O Estado de Maryland estabeleceu a tributação das notas emitidas pelo banco, estabelecendo ainda uma multa de US\$ 100 (cem dólares) por cada nota emitida sem o recolhimento do imposto. Um funcionário do banco nacional da agência em Maryland (James W. McCulloch) recusou-se a recolher os tributos, o que levou o Estado a buscar no Poder Judiciário a cobrança forçada dos tributos.⁴¹

O Estado de Maryland teve sucesso nas instâncias inferiores e o processo chegou para ser apreciado pela Suprema Corte, que tinha como seu *Chief Justice*, Jonh Marshall. O embate levado para a Suprema Corte foi em relação a supremacia do Governo Federal em relação aos Estados-Membros, se a Constituição americana

⁴⁰ CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247 Acesso em: 28 mai. 20.

⁴¹ US SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland (1819)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso em: 28 mai. 20.

concedeu ao Congresso o poder de criar um banco federal e se os Estados-Membros poderiam instituir tributos sobre estes bancos.⁴²

A Suprema Corte reverteu as decisões dos tribunais, e por unanimidade decidiu que a instituição do banco nacional era um poder implícito na Constituição dos Estados Unidos da América, sob a chamada “Cláusula da Necessidade e Adequação” (*Necessary and Proper Clause*), que garantia ao Congresso a autoridade de criar todas as leis que pudessem ser necessárias e apropriadas à execução das políticas do Governo Federal. Segundo a decisão, o Governo Federal tem o direito de criar o banco nacional e os Estados-Membros não tem o poder de tributação sobre o mesmo.

Nas palavras de Marshall, responsável por redigir a decisão da Corte:

O Congresso está autorizado a aprovar todas as leis necessárias e adequadas para a execução dos poderes que lhe foram conferidos. Essas palavras necessária e adequada, em tal instrumento, devem provavelmente ser consideradas como sinônimas. Necessariamente, poderes devem aqui significar os poderes que forem adequados e se ajustem ao objeto; como sendo o melhor e mais útil em relação ao fim proposto. Se não fosse assim, e se o congresso não pudesse utilizar outros meios que não os que fossem absolutamente indispensáveis para a existência de um poder maior, o governo dificilmente existiria; pelo menos, seria totalmente inadequado aos propósitos da sua formação.⁴³

Afirmou ainda o então Presidente da Suprema Corte, John Marshall, que na carta constitucional americana não estava expressamente autorizado a criação de um banco por parte do Governo Federal, porém, a Constituição conferia as competências de instituir e coletar tributos, emprestar dinheiro, regular comércio, declarar e conduzir guerras e organizar e sustentar o exército e a marinha. A Constituição, segundo Marshall, traz diretrizes gerais e os objetivos principais, não sendo uma lei codificada com normas pormenorizadas, detalhadas e prolixas, ao contrário, seria um texto normativo de conteúdo mais aberto.⁴⁴

Segundo Schwartz, comentando a decisão da Suprema Corte:

⁴² US SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland (1819)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso em: 28 mai. 20.

⁴³ US SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland (1819)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso em: 28 mai. 20. (Tradução livre do autor deste artigo)

⁴⁴ US SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland (1819)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso em: 28 mai. 20. (Tradução livre do autor deste artigo)

A doutrina dos poderes implícitos assim enunciada por John Marshall foi da maior importância para o funcionamento efetivo do incipiente Governo Federal. Sob delegações de autoridade tão pouco detalhadas quanto aquelas contidas na Constituição americana, o funcionamento efetivo do Governo de Washington seria tornado mais difícil se seus poderes fossem limitados à crua linguagem das concessões constitucionais. A doutrina dos poderes implícitos permitiu que o Governo lidasse com matérias não mencionadas especificamente na Constituição, ao possibilitar-lhe que exercesse não somente a autoridade expressamente conferida, mas também todos os poderes necessários e apropriados para o exercício de tal autoridade expressa.⁴⁵

No mesmo Norte, Coenen escreve:

[...] *McCulloch* remains perhaps the greatest of our constitutional cases. The decision embodied styles of analyses centered on text, history, structure and a democracy-correcting judicial role that would pervade constitutional decision making throughout American history. Of no less importance, *McCulloch* launched the two great themes that have echoed through the Court's efforts to mark the proper balance of state and federal power under Commerce Clause. First, the ruling left no doubt that federal lawmaking authority, though limited in some nebulous way, was expansive and largely beyond the power of the judiciary to constrain. Second, *McCulloch* recognized the possibility of implying from the "web" and "texture" of the Constitution judicially enforceable constraints on both state and federal power.⁴⁶

As decisões da Suprema Corte continuaram no decorrer do tempo reconhecendo poucos limites no escopo dos poderes do congresso americano, podendo ser citados também como importantes, os casos *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942) e, mais recentemente *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005) e *Shelby Cnty v. Holder*, 570 U.S (2013).

⁴⁵ SCHAWARTZ, Bernard. **O federalismo Norte-Americano atual**. Título Original: *American federalism: a contemporary view*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 15.

⁴⁶ COENEN, Dan T. **The Constitutional law**. The commerce clause. New York: Foundation Press, 2004. p. 23. Em língua Portuguesa: "McCulloch continua sendo talvez o maior dos nossos casos constitucionais. A decisão incorporou estilos de análise centrados no texto, história, estrutura e um papel judicial de correção da democracia que permeia a tomada de decisões constitucionais ao longo da história americana. Não menos importante, McCulloch lançou os dois grandes temas que ecoaram nos esforços da Corte para marcar o equilíbrio adequado entre poder estadual e federal sob a Cláusula de Comércio. Primeiro, a decisão não deixou dúvidas de que a autoridade legislativa federal, embora limitada de alguma maneira nebulosa, era expansiva e estava além do poder do poder judiciário de restringir. Segundo, McCulloch reconheceu a possibilidade de implicar a partir da "rede" e "textura" das restrições impostas judicialmente pela Constituição aos poderes estatais e federais." (Tradução livre do autor deste artigo)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Federalismo norte-americano expôs, desde a sua concretização com a constituição, elementos muito claros: a união de estados autônomos para fins comuns; a divisão do Poder Legislativo entre a União (Governo Federal) e os Estados-Membros e o aparelhamento de cada Estado-Membro com o completo mecanismo de imposição da lei (Poder Legislativo), assim como o Poder Executivo e o Poder Judiciário e, a supremacia do Governo Federal, dentro do definido na Constituição.

A divisão de poderes entre o Governo Federal e os Estados-Membros garante a um e a outro, plena soberania no domínio apropriado a cada um, ao passo que o exercício dos poderes federais não deve invadir a área reservada aos poderes dos Estados-Membros.

Pelo sistema federalista americano o poder governamental é dividido, pois cada Estado-Membro possui um completo aparato de governo, porém, dentro desta coexistência, a supremacia do Governo Federal garante o seu funcionamento sem a intervenção dos Estados-Membros. Os Estados-Membros somente tem a liberdade de atuar livremente em campos fora daqueles nos quais o Governo Federal possa atuar. A ação estadual não pode se mostrar incompatível com qualquer exercício legítimo do Governo Federal, sob pena de ter sua validade questionada na Suprema Corte.

Este modelo de Federação ecoou pelo mundo, balizando o modelo adotado por diversos países, incluindo o Brasil, onde já se tratava de federação desta a constituição do Império.⁴⁷ A federação brasileiro originou-se das ideias promulgadas na Carta Constitucional americana que estabeleceu este modelo de organização para o estado, quando a Constituição de 1891 declara o Brasil como um Estado Federalista, apesar de ainda manter a maioria absoluta das decisões concentradas no Governo Federal.

O legado da história constitucional americana é extenso, o seu texto interpretativo permite ao operado do Direito aplicá-la ao caso concreto e promover a

⁴⁷ TORRES, João Camillo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1961.

sua leitura de forma adequada, dinâmica e moderna. A Constituição garante a organização do Estado e a manutenção da Federação, forte e unida.

REFERÊNCIAS

BERTHIER, Rene. **Do federalismo**. Título original: *Du fédéralisme*. Tradução de Plínio Augusto Coelho. São Paulo: Intermezzo Editorial, 2016.

BURGESS, Michael. **Comparative federalism**. Theory and practice. New York: Routledge, 2006.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247.

COENEN, Dan T. **The constitutional law**. The commerce clause. New York: Foundation Press, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado federal**. São Paulo: Editora Ática, 1986.

ELAZAR, Daniel J. **American federalism**. A view from the States. 2. ed. New York: Harper & Row, 1972.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

FALLON, Richard H. Jr. **Law and legitimacy in the Supreme Court**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2018.

FORTE, David F.; SPALDING, Matthew. **The heritage guide to the constitution**. 2. ed. Washington: Regnery Publishing, 2014.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A history of American law**. 3. ed. New York: Touchstone, 2001.

GERSTON, Larry N. **American federalism**. A concise introduction. Armonk: M.E. Sharpe, 2007.

MCLAUGHLIN, Andrew C. The background of American federalism. Reprinted from **The American Political Science Review**, vol. XII, n. 2, may., 1918.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 14. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Emis, 2018.

ROCHE III, GEORGE C. **American federalism**. New York: The Foundation for Economic Education, 1967.

SCHAWARTZ, Bernard. **O federalismo Norte-Americano atual**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 15. Título original: *American federalism: a contemporary view*.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **A formação do federalismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1961.

THE CONSTITUTION of the United States (1787), Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution>.

US SUPREME COURT. **McCulloch v. Maryland (1819)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/>. Acesso em: 28 mai. 20.

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª
REGIÃO NO TOCANTE À UTILIZAÇÃO DAS CÉLULAS-TRONCO COMO
ALTERNATIVA NO TRATAMENTO DE DOENÇAS**

***ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REGIONAL COURT
OF THE 4th REGION AS TO THE USE OF STEM CELLS AS AN ALTERNATIVE
IN THE TREATMENT OF DISEASES***

Ana Cristina Corrêa Melo¹

Fernanda Ambros²

Resumo: O presente trabalho tem como objeto analisar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no tocante à utilização das células-tronco como alternativa no tratamento de doenças. Para alcançar tanto foi utilizado o método de abordagem dedutivo, com a consulta de dados gerais e, também, a análise de julgados do TRF4. Na captação dos dados, buscou-se, no sítio do TRF4, os acórdãos proferidos sobre o tema entre 01/01/2017 a 01/01/2020, com as seguintes palavras-chave “tratamento”, “médico”, “células-tronco” e “eficácia”. Para se chegar ao objetivo do trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica. Neste trabalho, foram realizados alguns apontamentos sobre as células-tronco, suas especificidades e características, bem como, acerca dos avanços alcançados na área da medicina com a utilização da terapia celular no Brasil. Em seguida, discorreu-se sobre a escassa legislação que trata sobre a pesquisa com células-tronco no Brasil, bem como sobre o biodireito e a bioética. Por fim, analisou-se os julgados do TRF4 que trataram sobre o uso das células-tronco, e a possibilidade da sua aplicação para fins terapêuticos. Foi verificado ao final que o TRF4 não reconhece a possibilidade de compelir o Estado a proceder o custeio dos tratamentos com células-tronco cujas pesquisas estejam em fase experimental. Diante disso, percebe-se que a ausência de regulamentação em relação às pesquisas tem o condão de ceifar o direito dos enfermos ao acesso a tais experimentos, tirando a esperança de cura de diversas patologias. É possível concluir que há uma necessidade urgente e iminente na adoção de políticas públicas garantindo o reconhecimento da utilização das células-tronco para fins terapêuticos, devolvendo aos doentes a possibilidade de viverem com dignidade.

Palavras-chave: Células-tronco. Tratamento de patologias. Regulamentação

¹ Mestre em direito internacional privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG), com reconhecimento pela Universidade de São Paulo – USP (BRA). Especialista em Relações Internacionais. Advogada, membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Professora titular das disciplinas de direito constitucional I, direito processual civil IV, direito processual civil V e TCC II na FUCAP Univinte. E-mail: accorreamelo@gmail.com.

² Mestranda em direito pela UNESC. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Estácio de Sá e em Direito e Processo Penal pela Uniasselvi. Bacharel em direito. Servidora da Justiça Federal. Professora assistente de direito processual civil I e direito civil IV na FUCAP Univinte. E-mail: fnd@jfsc.jus.br.

das pesquisas. Aplicação clínica. Terapia celular.

Abstract: *This work aims to analyze the jurisprudence of the Federal Regional Court of the 4th Region regarding the use of stem cells as an alternative in the treatment of diseases. To achieve this goal, the deductive approach method was used, with the consultation of general data and also the analysis of the TRF4 judges, to trace some notes on the use of stem cells for therapeutic purposes. With regard to jurisprudence, in the collection of data, we sought, on the TRF4 website, the judgments issued on the subject between 01/01/2017 to 01/01/2020, with the following keywords “treatment”, “medical”, “stem cells” and “efficacy”. In addition, to achieve the objective of the work, the bibliographic research technique was used, through legal interpretation based on the analysis of the doctrine, jurisprudence and current legislation. In this work, some notes were made about stem cells, their specificities and characteristics, as well as about the advances achieved in the field of medicine with the use of cell therapy in Brazil. Then, it was discussed the scarce legislation that deals with stem cell research in Brazil, as well as about bio-law and bioethics. Finally, the TRF4 judgments who dealt with the use of stem cells and the possibility of their application for therapeutic purposes were analyzed. It was verified at the end that TRF4 does not recognize the possibility of compelling the State to pay for treatments with stem cells whose research is in an experimental phase. Given this, it is clear that the lack of regulation in relation to research has the power to reap patients' right to access such experiments, taking away the hope of curing various pathologies. It is possible to conclude that there is an urgent and imminent need in the adoption of public policies guaranteeing the recognition of the use of stem cells for therapeutic purposes, returning to the patients the possibility of living with dignity.*

Keywords: *Stem cells. Treatment of pathologies. Regulation of research. Clinical application. Cell therapy.*

1 INTRODUÇÃO

As pesquisas com células-tronco são a esperança de cura de diversas doenças e para muitos enfermos. São inúmeros os estudos na área da terapia celular com células-tronco no Brasil e em muitos casos os avanços das pesquisas são significativos, assim como os resultados no tratamento de diversas patologias.

No entanto, existem muitos obstáculos para o reconhecimento e a utilização desses tratamentos. Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro, até o momento, não possui regulamentação específica no tocante à pesquisa e aplicação da terapia celular com células-tronco para fins terapêuticos, o que dificulta a sua utilização.

Diante disso, inúmeras ações tramitam no Poder Judiciário brasileiro, com a finalidade de ver reconhecido o direito dos requerentes ao tratamento com células-tronco, adultas ou embrionárias. Especificamente no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, algumas ações foram intentadas com este objetivo.

Outrossim, em que pese o tema seja bastante importante sob o ponto de vista das políticas públicas de saúde, dos avanços tecnológicos e da medicina, a utilização e garantia do tratamento celular com células-tronco ainda sofre resistência pelo Poder Judiciário.

Neste diapasão, o tema central da presente pesquisa é analisar a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no tocante à utilização das células-tronco como alternativa no tratamento de doenças.

Para tanto o artigo está dividido em quatro itens. Após a introdução, o segundo item tem por objetivo tratar sobre o conceito, classificação, origem e demais apontamentos sobre as células-tronco. Além disso, referido item abordará, de forma breve, os avanços das pesquisas com células-tronco na área médica no Brasil.

No terceiro item serão traçados alguns apontamentos sobre a bioética e biodireito, bases da edição da Lei de Biossegurança, a qual trata brevemente sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias. Ainda nesse tópico, será abordada a questão referente à ausência de legislação específica sobre as pesquisas com células-tronco no Brasil. E por fim, proceder-se-á a análise dos julgados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a fim de compreender o posicionamento dos desembargadores em relação à utilização das células-tronco para fins terapêuticos.

A presente pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a importância da regulamentação e liberação para o uso da terapia celular com células-tronco.

O método de abordagem utilizado será, predominantemente, o método dedutivo, partido de dados gerais, adentrando na análise dos dispositivos vinculados ao estudo com células-tronco. Além disso, para a análise jurisprudencial, na captação dos dados, será consultado o sítio do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com o objetivo de buscar nos acórdãos proferidos entre 01/01/2017 a 01/01/2020, decisões que versem sobre o deferimento do tratamento com células-tronco. As palavras-chave utilizadas na busca correspondem às “tratamento”, “médico”, “células-tronco” e “eficácia”.

Para se chegar ao objetivo deste trabalho utilizou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de interpretação jurídica pautado na análise da doutrina, jurisprudência e na legislação vigente.

O artigo visa tratar sobre as pesquisas com células-tronco no Brasil e os obstáculos jurídicos enfrentados por aqueles que vêm nesses estudos a esperança da cura de várias doenças.

2 PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO E OS AVANÇOS NOS TRATAMENTOS MÉDICOS EFICAZES NO PAÍS

As pesquisas na área da terapia celular no Brasil, com a utilização das células-tronco, têm promovido diversos avanços na cura de doenças. Tais inovações são bastante promissoras principalmente no tratamento de doenças cardíacas. Mas tratar sobre os principais avanços da terapia celular na área da medicina, torna-se necessário, primeiramente, conceituar e classificar as células-tronco.

2.1 CÉLULAS-TRONCO, A ESPERANÇA NA CURA DE DOENÇAS

As células-tronco são consideradas importantíssimas para o desenvolvimento de tratamentos eficazes contra diversas doenças. As primeiras pesquisas desenvolvidas com células-tronco foram realizadas no início da década de 1960, no Canadá, pelos pesquisadores James Till e Ernest McCulloch. O trabalho desenvolvido por ambos se tornou a base para o transplante de medula óssea. Em 1980, biólogos isolaram células embrionárias de camundongos, tornando possível que tais células se transformassem em outros tipos de tecidos do organismo. Mas somente em 1998, cientistas isolaram a primeira célula-tronco humana, e o feito foi realizado por James Thomson, nos Estados Unidos. Desde então, os estudos com células-tronco ganharam importância e foram intensificados³.

As células-tronco possuem tal denominação por se tratarem de células diferenciadas, capazes de autorrenovação - que se traduz pela possibilidade que elas têm de gerar novas células-tronco iguais a si - e de se transformarem em várias outras células formando diferentes tipos de tecidos no organismo humano⁴.

“As células-tronco mantêm a habilidade de se dividir enquanto também geram

³ MENCK, Carlos F. M.; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p.433.

⁴ MENCK, Carlos F. M.; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

uma progênie capaz de se diferenciar. As diferenças entre os vários tipos de células-tronco são baseadas no seu potencial de derivação de destino celular”. O autor destaca que diante da possibilidade das células-tronco se diferenciarem e da sua capacidade de proliferação, estas possuem um “grande potencial para transformar a

Sobre as características das células tronco:

As células-tronco embrionárias são assim denominadas porque derivam de estágios iniciais do desenvolvimento embrionário, e não por serem originadas de um feto. (...) são consideradas pluripotentes, pois conseguem se diferenciar nos diversos tecidos. (...) Tanto um feto quanto um organismo adulto não têm células-tronco embrionárias, mas células-tronco adultas em diversos tecidos. (...) Enquanto as células-tronco embrionárias conseguem se diferenciar em tipos diferentes de tecidos, as adultas só produzem células diferenciadas em seu tecido de origem.⁵

Além disso, as células-tronco podem ser obtidas artificialmente, em laboratório, e são chamadas de células-tronco pluripotentes induzidas. Trata-se de uma reprogramação genética do retorno de uma célula já diferenciada a uma forma mais plástica e potente batizada de iPSC⁶⁷.

As células-tronco embrionárias, mais puras na concepção dos cientistas⁸, são obtidas a partir do blastocisto⁹. Já as células-tronco adultas são encontradas, principalmente, na medula óssea e no sangue do cordão umbilical, mas todos os

⁵ MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p.433-435.

⁶ IPSC significa *Induced pluripotent stem cells*. O estudo vinculado à reprogramação celular foi premiado com o Prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina de 2012 (MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 436).

⁷ MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 435.

⁸ As células-tronco embrionárias são consideradas puras, pelo fato do seu estágio de desenvolvimento. Tendo em vista que derivam de uma etapa inicial do desenvolvimento embrionário, essas células não possuem o contato com o meio, ou seja, não sofrem com a poluição e demais agentes capazes de promover qualquer alteração em sua composição (GILBERT, Scott F. **Biologia do desenvolvimento**. Porto Alegre: ArtMed, 2019.; MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 433 - 435.; YARAK, Samira; OKAMOTO, Oswaldo Keith. Células-tronco derivadas de tecido adiposo humano: desafios atuais e perspectivas clínicas. **An. Bras. Dermatol.**, Rio de Janeiro, v. 85, n. 5, p. 647 - 656, out., 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962010000500008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 fev. 2020).

⁹ Após a formação do zigoto, que se dá a partir da fusão entre o espermatozoide e o óvulo, inicia-se a fase de multiplicação e divisão dessas células, o que ocorre a cada 10 ou 20 horas. Neste estágio inicial, surge o blastocisto que nada mais é do que esta estrutura correspondente a um emaranhado de células, o qual, posteriormente, irá se grudar na parede uterina, num processo chamado de nidação (MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p.433.)

órgãos humanos possuem células-tronco que ajudam a renovar as células ao longo da vida¹⁰.

O tratamento com a utilização das células-tronco é chamado de terapia celular. As pesquisas com células-tronco visam desenvolver novos tratamentos para cura de doenças, principalmente as degenerativas. É nesses estudos em que se identificam: como funciona o processo de desenvolvimento celular; como crescem as células-tronco do organismo humano; e como se mantêm ao longo da vida. Também por meio dessas pesquisas na área médica se busca verificar como as células-tronco se comportam quando ministradas diante de determinada doença¹¹¹²¹³.

A terapia celular permanece em evidência mundial pelo fato de que esta estratégia se propõe a estabelecer condições de melhora ou manutenção da qualidade de vida de indivíduos acometidos por patologias que ainda não têm uma condição de tratamento adequada, que são extremamente debilitantes e que constituem as principais causas de morbimortalidade no mundo, tais como doenças cardíacas, diabetes melito, câncer, doenças neurológicas, todas com características, em geral, degenerativas.¹⁴

Com efeito, a terapia celular objetiva trocar células doentes por células novas e saudáveis e o objetivo de estudar as células-tronco é justamente promover esta troca em benefício da saúde. A partir desses estudos, espera-se desenvolver um tratamento eficaz para pacientes acometidos de doenças autoimunes, degenerativas, entre outras. As células-tronco são, portanto, a esperança de muitos enfermos na cura de doenças¹⁵.

¹⁰ YARAK, Samira; OKAMOTO, Oswaldo Keith. Células-tronco derivadas de tecido adiposo humano: desafios atuais e perspectivas clínicas. **An. Bras. Dermatol.**, Rio de Janeiro, v. 85, n. 5, p. 647 - 656, out., 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0365-05962010000500008&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹¹ GILBERT, Scott F. **Biologia do desenvolvimento**. Porto Alegre: ArtMed, 2019.

¹² MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

¹³ YARAK, Samira; OKAMOTO, Oswaldo Keith. Células-tronco derivadas de tecido adiposo humano: desafios atuais e perspectivas clínicas. **An. Bras. Dermatol.**, Rio de Janeiro, v. 85, n. 5, p. 647 - 656, out., 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962010000500008&Ing=en&nrm=iso. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁴ LIMA, Ricardo; SOARES, Milena; SANTOS, Ricardo. Terapia celular na doença de Chagas. **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São Paulo, v. 31, supl. 1, p. 87 - 92, 2009. p. 88. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/6173/1/Lima%2c%20Ricardo%20S%20Cell%20therapy...pdf>. Acesso em: dez. 2019.

¹⁵ Diante da esperança nas terapias celulares, Borojevic (2004, p. 37) explana: “No objetivo e desejo de diminuir o sofrimento e, quando possível, afastar a morte, a medicina descobre novas propostas de procedimentos terapêuticos em momentos inovadores da evolução das ciências. Quanta esperança para os que necessitam curar a doença, diminuir a dor, voltar a uma vida normal! Quanta

Traçados alguns apontamentos sobre as características e fontes das células-tronco e abordada a sua importância para a ciência, para esta pesquisa, é necessário avançar e discorrer sobre alguns avanços da terapia celular com células-tronco na área médica no Brasil.

2.2 TERAPIA CELULAR COM CÉLULAS-TRONCO NO BRASIL, AVANÇOS NA ÁREA DA MEDICINA

No Brasil, a pesquisa com células-tronco iniciou-se em 2001, principalmente na área da medicina regenerativa, utilizando-se deste tipo de terapia celular como mecanismo para reparação de órgãos ou tecidos lesionados. O estudo com células-tronco no país, desde 2004, possui apoio do Ministério da Saúde. O objetivo é fomentar o desenvolvimento de processos biotecnológicos de aplicação na área da saúde¹⁶.

A partir de 2002, as pesquisas com células-tronco no Brasil aumentaram consideravelmente, o que é possível observar diante do crescimento de publicações científicas sobre o tema.

Em 2004, o Ministério da Saúde possibilitou o desenvolvimento dos estudos na área da terapia celular em cardiopatias. Tal incentivo ocorreu, principalmente, devido ao impacto epidemiológico das doenças cardiovasculares no Brasil¹⁷. As pesquisas já estão na etapa clínica¹⁸ das investigações e os resultados são

esperança para os que desejam ultrapassar os limites do tempo, do envelhecimento e da perda de qualidade da vida, da morte física inexorável! As terapias celulares estão na moda. Elas prometem, pelo menos parcialmente, propor soluções para esses desafios” (BOROJEVIC, Radovan. Terapias celulares: promessas e realidades. **Ciência Hoje**. Rio de Janeiro, v. 35, n. 206, p. 37 - 39, 2004. p. 37. Disponível em: <http://cienciahoje.org.br/edicao/206/>. Acesso em: 15 dez. 2019).

¹⁶ ZORZANELLI, Rafaela Teixeira *et al.* Pesquisa com células-tronco no Brasil: a produção de um novo campo científico. **Hist. cienc. Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 29 - 144, jan., 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702017000100129&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 dez. 2019.

¹⁷ SCHETTERT, Isolmar. Ensaio clínico no Brasil para doenças cardíacas utilizando células-tronco. **Ciência e Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 15 - 17, 2008. Disponível em: https://repositorio.usp.br/bitstream/handle/BDPI/12256/art_SCHETTERT_Ensaio_clinico_no_Brasil_para_doencas_cardiacas_2008.pdf?sequence=1. Acesso em: 05 dez. 2019.

¹⁸ A pesquisa com células-tronco baseia-se em três etapas: básica, pré-clínica e clínica. Sobre cada uma dessas etapas, Zorzanelli *et al.* (2017, p. 131) ensinam que: “As pesquisas com células-tronco dividem-se em três níveis sucessivos: básica, pré-clínica e clínica. A pesquisa básica consiste na identificação das células, seus mecanismos e potenciais. A fase pré-clínica envolve testes de potencialidade e segurança em animais. Na etapa clínica são realizados testes de segurança e compatibilidade em humanos.” Com efeito, para que seja desenvolvida uma nova terapia celular com células-tronco, efetiva e segura, é necessário, primeiramente, fazer testes *in vitro* (em placas de

promissores, principalmente a partir do uso das células-tronco obtidas da medula óssea. Dessa forma, é possível dizer que esta é a área de maior avanço nas pesquisas de desenvolvimento da terapia celular com células-tronco¹⁹.

No entanto, a utilização das células-tronco como alternativa no tratamento de doenças, não se limita às doenças cardíacas, porquanto, as células-tronco podem auxiliar no tratamento de diversas patologias como câncer, mal de *Parkinson*, *Alzheimer*, diabetes melito, doenças oftalmológicas, degenerativas, pulmonares, entre outras²⁰. Todavia, os estudos no Brasil relacionados à terapia celular com células-tronco para tratamento dessas doenças encontra-se nas etapas básica e pré-clínica do estudo, ou seja, limitam-se aos testes em laboratório ou em animais. Poucas pesquisas são seguras o bastante para darem azo ao início da fase clínica dos testes.

Em relação às doenças oftalmológicas combatidas pelas células-tronco, Siqueira afirma que para o tratamento dos enfermos são utilizadas células-tronco adultas, capazes de recuperar parcialmente a função dos órgãos responsáveis pela visão. Já existem estudos que indicam, inclusive uma recuperação do epitélio da córnea²¹.

Ainda, no que se refere à diabetes, o Brasil é o primeiro país em utilizar células-tronco em humanos diabéticos como forma de tratamento da patologia. As pesquisas pretendem promover uma alteração no sistema imunológico dos pacientes doentes para que o organismo deixe de continuar o processo de agressão ao pâncreas. A partir desse momento, são utilizadas células-tronco hematopoiéticas

laboratório) e depois testar o tratamento em animais com doenças ou lesões semelhantes às dos humanos. Esses são estudos pré-clínicos, que devem ser revistos e testados várias vezes para somente após serem testados em seres-humanos, a partir de uma permissão que é concedida pelo comitê de ética em pesquisa e pela comissão nacional de ética em pesquisa pela Anvisa. A aplicação do estudo como tratamento somente é realizada após o conhecimento dos efeitos colaterais da terapia, bem como da eficácia do tratamento.

¹⁹ LIMA, Ricardo; SOARES, Milena; SANTOS, Ricardo. Terapia celular na doença de Chagas. **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São Paulo, v. 31, supl. 1, p. 87 - 92, 2009. p. 88. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/6173/1/Lima%2c%20Ricardo%20S%20Cell%20therapy....pdf>. Acesso em: dez. 2019.

²⁰ ZORZANELLI, Rafaela Teixeira *et al.* Pesquisa com células-tronco no Brasil: a produção de um novo campo científico. **Hist. cienc. Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 29 - 144, jan., 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702017000100129&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 dez. 2019.

²¹ SIQUEIRA, Rubens C. O uso de células-tronco na oftalmologia. **Rev. bras. oftalmol.**, Rio de Janeiro, v. 68, n. 2, p. 71 - 72, abr., 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo .php?script=sci_arttext&pid=S0034-72802009000200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.

para a regeneração do sistema imune. Neste estudo, também há resultados positivos no sentido de livrar os pacientes do uso da insulina²².

Em contrapartida, as células-tronco hematopoiéticas, produzidas na medula óssea, e utilizadas para tratamento de doenças como leucemia, possuem resultados conhecidamente promissores, e são utilizadas há muitos anos²³. Pessoas que sofrem de problemas sanguíneos e do sistema imunológico têm respondido favoravelmente aos transplantes de células-tronco sanguíneas.

Enfim, são inúmeros os trabalhos que tratam sobre a utilização das células-tronco para o tratamento de diferentes patologias no Brasil. Diante disso, é possível vislumbrar, desde já a importância deste estudo para a saúde dos brasileiros. Em que pese o fato de que a maioria das pesquisas se encontra na fase pré-clínica, ou seja, não estão sendo testadas, no momento, em humanos, existem vários dados que atentam para um avanço dos trabalhos com resultados realmente positivos e inovadores.

Outrossim, no que tange à fonte e origem das células-tronco mais utilizadas no Brasil, destaca-se a utilização das células da medula óssea e também às retiradas do cordão umbilical²⁴.

As células-tronco removidas do cordão umbilical são muito importantes para o tratamento de diversas doenças. São células-tronco adultas, mas muito melhores que outras encontradas no organismo, pois ainda não estão traumatizadas, são “puras”, imaturas, pouco estimuladas ou contaminadas²⁵.

O sangue do cordão umbilical é muito valioso e isso porque na hora do nascimento, as células-tronco que dão origem ao sangue ainda não migraram completamente para a medula óssea do bebê, e por isso, ficam retidas no cordão.

²² COURI, Carlos Eduardo Barra. Células-tronco e diabetes. **Sociedade Brasileira de Diabetes**. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.diabetes.org.br/publico/colunas/31-dr-carlos-couri/171-celulas-tronco-e-diabetes>. Acesso em: fev. 2020.

²³ PEREIRA, Lígia V. Terapias com células-tronco: promessa ou realidade. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 308, p. 34 - 38, 2013. Disponível em: https://ccb.med.br/uploads/arquivos/celulas_tronco308.pdf. Acesso em: 05 dez. 2019.

²⁴ CASTRO JÚNIOR, Cláudio Galvão de; GREGIANIN, Lauro José; BRUNETTO, Algemir Lunardi. Transplante de medula óssea e transplante de sangue de cordão umbilical em pediatria. **J. Pediatr.**, Porto Alegre, v. 77, n. 5, p. 345 - 360, out., 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572001000500004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁵ CARLO, Ricardo Junqueira Del; MONTEIRO, Betânia Souza; ARGÔLO NETO, Napoleão Martins. Avanços no estudo de células-tronco no Brasil e suas implicações. **Revista Ceres**. Viçosa, Minas Gerais, v. 56, n. 4, 2009. Disponível em: <http://www.ceres.ufv.br/ojs/index.php/ceres/article/view/3452>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Esse material pode ser coletado na hora do parto.

As células-tronco do sangue do cordão umbilical possuem aplicação clínica que é feita através de transplante, parecido com transfusão sanguínea. O procedimento é próximo ao do transplante de medula óssea, porém, a compatibilidade entre doador e receptor não precisa ser total. Essas células são usadas há anos para tratamento de leucemias e imunodeficiências e atualmente, existem pesquisas a respeito de sua eficiência contra diabetes, paralisias e outras doenças²⁶.

Existem diversas empresas que efetuam a coleta e armazenamento de células do cordão umbilical e da placenta. O material também pode ser doado a um banco público de armazenamento. Todos esses estabelecimentos equiparam-se aos bancos de medula óssea ou de sangue e havendo compatibilidade, qualquer pessoa pode se beneficiar²⁷.

Os avanços em relação à coleta, armazenamento e utilização dessas células geram alguns questionamentos²⁸ a serem dirimidos no futuro, inclusive, pelos Poderes Legislativo e Judiciário. No entanto, é importante vislumbrar o avanço tecnológico vinculado à extração, criação artificial e armazenamento dessas células e posterior aplicação terapêutica.

Após uma breve análise dos avanços da medicina brasileira no desenvolvimento da terapia celular a partir do uso das células-tronco como opção de tratamento para diversas doenças, é importante discorrer sobre as disposições legais referentes à pesquisa e utilização terapêutica das descobertas, bem como analisar de que maneira o Tribunal Regional Federal da 4ª Região posiciona-se no tocante à submissão de novos pacientes a este tipo de tratamento.

²⁶ CASTRO JÚNIOR, Cláudio Galvão de; GREGIANIN, Lauro José; BRUNETTO, Algemir Lunardi. Transplante de medula óssea e transplante de sangue de cordão umbilical em pediatria. **J. Pediatr.**, Porto Alegre, v. 77, n. 5, p. 345 - 360, out., 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572001000500004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.

²⁷ CARLO, Ricardo Junqueira Del; MONTEIRO, Betânia Souza; ARGÔLO NETO, Napoleão Martins. Avanços no estudo de células-tronco no Brasil e suas implicações. **Revista Ceres**. Viçosa, Minas Gerais, v. 56, n. 4, 2009. Disponível em: <http://www.ceres.ufv.br/ojs/index.php/ceres/article/view/3452>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²⁸ Alguns questionamentos que podem ser apontados desde já são: quanto tempo as células-tronco podem ser armazenadas? Como se deu a coleta e a transferência para armazenamento? Contaminação, quem responde por ela? Prejuízos eventuais diante de uma contaminação? A ausência de pagamento da mensalidade pelo armazenamento em bancos públicos acarreta qual consequência? Etc. Em relação a todos estes questionamentos, ainda não é possível encontrar as respostas no ordenamento jurídico brasileiro, o qual não tem acompanhado nem os avanços das pesquisas, nem as implicações referentes à utilização das células-tronco.

3 UTILIZAÇÃO DAS CÉLULAS-TRONCO PARA TRATAMENTO MÉDICO À LUZ DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

A terapia celular existe e encontram-se vários estudos no Brasil, cujo objeto é a utilização das células-tronco para o tratamento de diversas patologias. No entanto, a legislação brasileira é bastante escassa no que se refere à regulamentação das pesquisas e o avanço clínico destas a partir de resultados promissores de testes em laboratório e em animais. Neste trabalho, torna-se necessário verificar, portanto, as nuances relacionadas à legalização da terapia celular e de que maneira o Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrenta os pedidos terapêuticos com o manuseio das células-tronco.

3.1 CÉLULAS-TRONCO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O estudo com células-tronco, especialmente no que tange às células-tronco embrionárias, iniciou-se no Brasil no início do século 21, quando começaram as discussões sobre o tema²⁹.

Diante da inexistência de uma regra específica devidamente positivada sobre a manipulação das células-tronco, viu-se a necessidade de avaliar os limites da pesquisa, identificando sua adequação ética e metodológica. Dessa forma, ampliou-se a discussão ética vinculada aos estudos com células-tronco e essa pautou-se nos preceitos da bioética³⁰.

Com efeito, pode-se afirmar que a ética sempre se preocupou com o termo vida. E no século XX, alguns autores passaram a questionar o papel do ser humano em relação à vida e à natureza, até que restou a proposta de ampliação dos deveres dos seres humanos para com outros seres vivos e à natureza, dando origem aos estudos da bioética. A expressão bioética surgiu num primeiro momento em 1971, e foi desenvolvida e difundida pelo médico americano V. R. Potter. Segundo o autor, o respeitado médico “defendeu a ideia de que a ciência e a tecnologia estavam

²⁹ VILAR, Marcela. Legislação brasileira dificulta avanço de pesquisas. **Ciência e cultura, agência de notícias em C&T**, Bahia, 2017. Disponível em: <http://www.cienciaecultura.ufba.br/agencia-denoticias/quem-somos/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

³⁰ SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica**: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de biossegurança e no direito comparado. São Paulo: Atlas, 2014.

destruindo as condições de existência da vida, principalmente o meio ambiente e que por conseguinte era necessária uma nova abordagem ética dos problemas relacionados com a vida”³¹. O objetivo de V. R. Potter era, portanto, o de reunir valores e fatos, a ética e a ciência, a ciência e a tecnologia, pensando a vida como um todo.

Num primeiro momento, o termo bioética era utilizado para ampliar a discussão ética sobre o conjunto de todos os seres vivos, e a partir daí, passou-se a se preocupar com questões éticas envolvendo a vida humana e por conta disso, embora se trate de uma área de conhecimento independente, tornou-se importante para a medicina, biologia e também para o direito³².

A bioética abrange uma série de focos de abordagem; trata-se de uma reflexão interdisciplinar, porque envolve várias áreas do saber e compartilhada, pelo fato de utilizar de várias interfaces para promover diálogos enriquecedores sobre o objeto. A bioética busca achar a melhor solução possível para casos reais, garantindo que a ciência transpasse aos limites da ética³³.

Ademais, é possível constatar que, além de ser possível a associação da bioética com a proteção da vida humana, esta também visa proteger a dignidade da pessoa humana³⁴.

Atualmente, a bioética pode ser entendida, então, como uma ciência relacionada à intervenção do homem sobre a vida, apontando os limites e as finalidades desta intervenção³⁵.

Nesse sentido, a bioética:

(...) buscou e segue buscando estabelecer princípios e parâmetros que possam servir como diretrizes para a realização de pesquisas e experimentos e o uso dos seus resultados, às políticas públicas de assistência à saúde, às tomadas de decisão nos casos concretos e a elaboração de normativas nacionais e internacionais sobre temas.³⁶

³¹ DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p.7.

³² DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

³³ GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Revista da AMRIGS**, Porto alegre, v. 53, n. 1, p. 58 - 63, jan./mar., 2009. p.59. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complexamrigs09.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³⁴ SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de biossegurança e no direito comparado**. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁵ LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J. T. (coord.). **Dicionário de bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

³⁶ MOLLER, Letícia Ludwing. **Bioética e Direitos Humanos: delineando um biodireito mínimo universal**.

Logo, é possível afirmar que a bioética estabelece uma espécie de freio ao estudo científico puro, inclusive no que se refere à terapia celular com utilização das células-tronco.

Outrossim, a bioética é pautada em alguns princípios para buscar a adequação das ações vinculadas à vida humana. O primeiro deles é o respeito à autonomia (“respeite a autonomia das pessoas”)³⁷, que tem relação com a capacidade do ser agir livremente, a qual se traduz pela intenção da pessoa em querer fazer algo, bem como pelo conhecimento das consequências de suas ações e por fim pelo fato de não ser impedido de agir. O segundo princípio da bioética é o da não-maleficência, que significa para a ética médica “não cause dano”. O terceiro princípio é o da beneficência, que tem relação com o fazer o bem aos outros, agir em prol, em benefício das pessoas. E por fim, o quarto princípio, tem relação com a justiça. O objetivo é observar a igualdade material, tratando os iguais de forma igualitária e os desiguais diferentemente, assim como adotar a justiça equitativa, com a distribuição dos bens de acordo com as necessidades³⁸.

Observa-se que a bioética busca nortear as pesquisas relacionadas à vida humana. Todavia, o direito, por sua vez, não pode ficar à margem dos problemas observados e os questionamentos que envolvem esses estudos com os seres humanos. Sendo assim, o direito trouxe para sua área a responsabilidade de regulamentar as práticas e experimentos, a fim de garantir o mínimo de segurança jurídica.

Ao estudo e normatização de questões referentes à bioética, deu-se o nome de biodireito. “Pode-se dizer, em um primeiro momento, que o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina”³⁹.

Nesse cenário, as pesquisas na área da biotecnologia - que abarcam os

Revista Filosofazer, Passo Fundo, n. 30, p. 91 - 109, jan/jun., 2007. p.93. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/leticia.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

³⁷ Princípio da bioética influenciado por Immanuel Kant (1724-1804) (DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. p. 9).

³⁸ DALL’AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

³⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 209 - 216, 2000. p. 4. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276. Acesso em: 20 fev. 2020.

estudos sobre terapia celular -, as quais foram objeto, por muito tempo, das discussões bioéticas, com base no biodireito, passaram a ser regulamentadas no Brasil a partir da publicação da Lei n. 11.105/2005, denominada de Lei de Biossegurança, que versa sobre a ética nas pesquisas e protege humanos, animais e vegetais⁴⁰.

O artigo 5º de referida norma trata, brevemente, sobre o estudo com células-tronco embrionárias no Brasil, e assim dispõe:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – Sejam embriões inviáveis; ou

II – Sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.⁴¹

No entanto, é um desafio legislar nesse contexto de novas descobertas e diante de casos reais, que vão acontecendo a todo instante. Torna-se necessário que as decisões sejam então tomadas por meio de valores e princípios genéricos,

⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

⁴¹ BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

pautados em preceitos éticos. É importante que essas normativas se pautem em um biodireito mínimo universal, vinculado à ideia dos direitos humanos, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana e a proteção de valores fundamentais correspondentes a toda humanidade.

Uma regulamentação importante nesse sentido e no estudo com células-tronco é a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO de caráter Universal, cujos princípios gerais⁴² norteiam os aspectos principais que devem ser observados e respeitados durante a pesquisa.

Entretanto, apesar das diretrizes internacionais pontuarem de forma protetiva sobre diversos elementos, o estudo com células-tronco, principalmente embrionárias, gerou grande repercussão e polêmica em todo o mundo. Na verdade, as discussões sobre as pesquisas não se limitaram ao âmbito jurídico, mas se estenderam ao campo da religião e da ética. A principal causa dessas discussões é a questão da utilização, estudo e manuseio das células-tronco embrionárias.

No Brasil, as discussões iniciaram-se a partir da publicação da Lei de Biossegurança, que tornou possível a utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisas na área da terapia celular. Considerando que muitos cientistas e religiosos eram contrários ao artigo 5º da Lei n. 11.105/2005, principalmente por conta da celeuma envolvendo o que se entende por “início da vida”, foi intentada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 no Supremo Tribunal Federal.

A ação foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República à época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, sob fundamento de que o artigo 5º, da Lei de Biossegurança, contraria a inviolabilidade do direito à vida, pois o embrião (cujas células são objeto de estudo) é vida humana e que ela nasce a partir do momento da concepção⁴³.

⁴² A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO dispõem que os seguintes princípios devem ser respeitados na aplicação dos conhecimentos científicos, na prática da medicina, e na realização de novas pesquisas: dignidade humana e direitos humanos, análise dos efeitos benéficos e nocivos, autonomia e responsabilidade individual na tomada de decisões, consentimento com o tratamento, proteção às pessoas que são incapazes de exprimir seu consentimento, respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal, respeito à vida privada e confidencialidade, igualdade, justiça e equidade na forma de tratamento, não discriminação e não estigmatização, solidariedade e cooperação internacional entre os seres humanos, responsabilidade social e promoção da saúde, partilha dos benefícios, proteção às gerações futuras, ao meio-ambiente, da biosfera e da biodiversidade (UNESCO. **Declaração universal sobre bioética e Direitos Humanos**. Portugal, 2006. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020).

⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Brito. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 23 out. 2019.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal teve de se posicionar sobre o tema. Os ministros consideraram a demanda improcedente; reconheceram, desse modo, a constitucionalidade do dispositivo atacado. O ministro relator, Carlos Ayres Brito, com base nos preceitos da bioética e do biodireito, defendeu o uso das células-tronco embrionárias na cura de doenças e sustentou a tese de que não há que se falar em direito à vida do embrião, posto que, para que se tenha vida humana é preciso que o embrião seja implantado no útero de um ser-humano⁴⁴.

Além disso, ressaltou que o embrião se diferencia da pessoa natural por não possuir cérebro. Referido ministro destacou, ainda, o direito à vida e a proteção dela pelo Estado, e com base nisso, a liberação os estudos que possuem a potencialidade de curar diversas doenças⁴⁵.

Seguiram esse posicionamento as ministras Ellen Gracie – a qual destacou que o embrião sequer equipara-se ao nascituro - e Carmem Lucia, a qual apontou pela contribuição da pesquisa com células-tronco embrionárias para dignificar a vida humana das pessoas doentes⁴⁶.

Dos votos é possível extrair os seguintes posicionamentos:

A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. Antes, valoriza-a. O grão tem de morrer para germinar (Carmem Lúcia). Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa (Ellen Gracie). Para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Tem que haver a participação ativa da futura mãe. O zigoto é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado (Carlos Ayres Brito).⁴⁷

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Brito. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Brito. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Brito. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Brito. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 23 out. 2019.

Após a prolação da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, houveram diversos avanços nas pesquisas referentes à terapia celular, especialmente na área da medicina. No entanto, a legislação não acompanhou tal progresso. Com efeito, o Poder Legislativo brasileiro, até o presente momento, não editou norma específica, a fim de regulamentar a utilização e pesquisa com células-tronco. O que existe é a Resolução 466/12 do Conselho Nacional de Saúde, responsável apenas por exigir a aprovação dos trabalhos pelos Comitês de Ética em Pesquisa.

Por conta disso, inúmeros são os obstáculos para a utilização das células-tronco, embrionárias ou adultas, para fins terapêuticos. Assim, inúmeras ações são ajuizadas no Poder Judiciário, com a finalidade de garantir o tratamento com células-tronco ao litigante enfermo. Algumas dessas demandas foram apreciadas pelo Tribunal Federal da 4ª Região e serão objeto do estudo no próximo tópico.

3.2 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO NO QUE TANGE À TERAPIA CELULAR COM CÉLULAS-TRONCO

Com o reconhecimento da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança pelo Supremo Tribunal Federal, houve um aumento dos trabalhos com células-tronco no país. Da mesma forma, pôde-se observar o avanço biotecnológico das pesquisas em outros países do globo. E diante da esperança de cura de diversas doenças com a utilização das células-tronco, alguns enfermos buscam o Poder Judiciário para garantirem o acesso às terapias celulares disponíveis no Brasil e no mundo, mesmo àquelas ainda em fase experimental.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já foi provocado em duas ocasiões bastante peculiares e especiais, para decidir acerca do direito de duas pessoas no tratamento celular com células-tronco objeto de pesquisa fora do Brasil. Os processos de n. 5002504-84.2016.4.04.7209 e 5000490-30.2016.4.04.7209 foram ajuizados inicialmente na 1ª Vara Federal de Jaraguá do Sul. As autoras de cada uma das demandas são irmãs e possuem a mesma patologia neurológica, são portadoras da doença Machado-Joseph ou ataxia espinocerebelar – doença hereditária que causa degeneração do sistema nervoso, cuja mortalidade é

extremamente alta⁴⁸.

O objeto das ações era idêntico; ambas buscavam a condenação da União Federal no custeio do tratamento de sua saúde com células-tronco em Bangkok na Tailândia, tendo em vista que lá, as pesquisas encontravam-se em um estado avançado e os resultados eram bastante promissores⁴⁹.

Existe a esperança de que as células-tronco, removidas do sague do cordão umbilical, possibilitem a regressão dos sintomas da doença de Machado-Joseph. E com base no direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, as autoras requereram a procedência dos pedidos possibilitando a realização do tratamento com células-tronco. Na fundamentação, apontaram a obrigação do SUS em custear o tratamento e também que a terapia no exterior não se encontra na fase experimental, tendo em vista que inúmeros pacientes já se beneficiaram da nova terapia^{50 51}.

Em primeira instância ambos os pedidos foram julgados improcedentes. Irresignadas, as autoras interpuseram recurso de apelação em cada uma das ações. Os processos foram encaminhados ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região que procedeu à análise dos pedidos e das alegações feitas nos autos.

No processo de n. 5002504-84.2016.4.04.7209, o Desembargador Fernando Quadros da Silva (relator) reconheceu tratar-se de um direito à saúde. No entanto, questionou, com base no constatado pelo perito judicial nomeado para atuar no feito, a eficácia do tratamento pretendido. Inicialmente apontou o fato de que, até aquele

⁴⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_eor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁴⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵⁰ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 5000490-30.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da decisão: 01/02/2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8763467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

momento, a terapia realizada na Tailândia tratava-se meramente de um experimento, sem a existência de pesquisas a nível nacional e mundial sobre o tema, sendo impossível observar os riscos do tratamento.⁵²

Na demanda acima citada, a autora informou nos autos que já havia sido submetida ao tratamento com células-tronco na Tailândia e que a sua melhora era considerável, de modo que a continuidade do tratamento traria ganhos inexplicáveis a sua qualidade de vida. Em que pesem essas alegações, o Desembargador relator deixou claro que embora tenha sido comprovado no feito as melhoras da paciente, a utilização da terapia celular ainda é experimental e existem dúvidas acerca da extensão da sua eficácia:

(...) mesmo que sensível à grave a situação enfrentada pela parte autora e aos laudos apresentados que apontam os possíveis ganhos terapêuticos obtidos com o tratamento, é fato notório que a utilização de células-tronco para tratamento de patologias ainda é experimental e incipiente, havendo fundadas dúvidas a respeito da extensão de sua eficácia.⁵³

Sendo assim, os desembargadores negaram provimento à apelação interposta nos autos de n. 5002504-84.2016.4.04.7209:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO COM CÉLULAS-TRONCO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA PARA O CASO CONCRETO. 1. É fato notório que a utilização de células-tronco para tratamento de patologias ainda é experimental e incipiente, havendo fundadas dúvidas a respeito da extensão de sua eficácia. 2. Não tendo sido comprovada a eficácia e a adequação do tratamento médico pleiteado, não há como impor ao Poder Público sua prestação.⁵⁴

⁵² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

Outrossim, nos autos da apelação de n. 5000490-30.2016.4.04.7209 a relatora Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha em seu voto apontou a importância de considerar a escassez dos recursos destinados ao SUS no momento da análise do pedido de custeio de novas terapias:

(...) considerando a notória escassez dos recursos destinados ao SUS, não se pode deixar de pesar as consequências do deferimento judicial de drogas ou tratamentos estranhos aos administrativamente disponibilizados. Deferir, sem qualquer planejamento, benefícios para alguns, ainda que necessários, pode causar danos para muitos, consagrando-se, sem dúvida, injustiça. Sequer pode-se considerar o Judiciário como uma via que possibilite a um paciente burlar o fornecimento administrativo de medicamentos, garantindo seu tratamento sem sopesar a existência de outros cidadãos nas mesmas ou em piores circunstâncias.⁵⁵

Ademais, a relatora destacou que em alguns momentos é possível a interferência do Poder Judiciário para compelir o Estado no fornecimento do tratamento ou medicamento pretendido:

Não se pode ignorar, contudo, que, em algumas situações, por razões específicas do organismo de determinadas pessoas - resistência ao fármaco, efeitos colaterais deste, conjugação de problemas de saúde etc., as políticas públicas oferecidas podem não lhes ser adequadas ou eficazes. Nesses casos pontuais, restando suficientemente comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente, é possível ao Judiciário ou à própria Administração determinar prestação diversa da usualmente custeada pelo SUS.⁵⁶

Entretanto, a Desembargadora Vivian afirmou que na ausência de tratamento alternativo ofertado para o tratamento de determinada patologia, deve-se verificar se o existente é meramente experimental, novo e não testado pelo Sistema e nesse caso destacou que os tratamentos experimentais são pesquisas clínicas somente, não podendo o Estado ser compelido a financiar determinada terapia que sequer fora

⁵⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 5000490-30.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da decisão: 01/02/2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8763467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWVpY28gY2VsdWxhcYB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 5000490-30.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da decisão: 01/02/2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8763467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWVpY28gY2VsdWxhcYB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

aprovada ou avaliada⁵⁷.

E com base na assertiva de que a utilização das células-tronco para tratamento de doenças ainda é algo experimental, a Desembargadora votou por negar provimento à apelação, voto que foi seguido pelos demais por unanimidade.

Do julgado extrai-se:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO COM CÉLULAS-TRONCO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA PARA O CASO CONCRETO. - O direito fundamental à saúde é assegurado nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal e compreende a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea d, da Lei n.º 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde. - É fato notório que a utilização de células-tronco para tratamento de patologias ainda é experimental e incipiente, havendo fundadas dúvidas a respeito da extensão de sua eficácia. - Não tendo sido comprovada a eficácia e a adequação do tratamento médico pleiteado, não há como impor ao Poder Público sua prestação.⁵⁸

Da análise das decisões supracitadas, é possível verificar que, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconhece o direito constitucional à saúde e à dignidade, bem como a possibilidade da utilização das células-tronco para fins de pesquisa (algo já pacificado inclusive no que toca às células-tronco embrionárias, consoante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3510), todavia, não considera plausível compelir o Estado a custear tratamentos baseados em estudos com células-tronco considerados experimentais, tendo em vista a inobservância dos protocolos e políticas públicas de saúde, tornando questionável a eficácia e segurança dos tratamentos.

Percebe-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que a regularidade e eficácia comprovada dos tratamentos com células-tronco é condição indispensável para o reconhecimento do direito dos enfermos a este tipo de terapia.

⁵⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 5000490-30.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da decisão: 01/02/2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8763467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁵⁸ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 5000490-30.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da decisão: 01/02/2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8763467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcyB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, destaca-se a importância das células-tronco para fins terapêuticos, bem como das pesquisas com sua utilização, que geram esperança aos enfermos que aguardam o tratamento adequado para suas patologias.

A importância das células-tronco na cura de doenças é algo que não é passível de discussão, mas, em que pese os avanços científicos na área sejam notórios, o Poder Judiciário impede o alcance a estes tratamentos sob o argumento da ausência de comprovação da sua eficácia.

É possível observar que, embora todos os avanços e tentativas em desenvolver novos tratamentos com base na terapia celular com células-tronco com a finalidade de curar diversas patologias, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em especial, nega a possibilidade de compelir o Estado em promover o custeio destes tratamentos por considerá-los meramente experimentais.

Acontece que muitos estudos, conforme observado nesta pesquisa, encontram-se em fase de testes, sobretudo no Brasil. Desse modo, a ausência de mecanismos legais, leis e regulamentos, tratando especificamente sobre as pesquisas com células-tronco e a utilização do tratamento no Brasil, contribui para a insegurança dos doentes que buscam a cura de doenças a partir da terapia celular.

Neste diapasão, a reflexão no tocante a utilização das células-tronco para fins terapêuticos, mesmo cujos estudos encontram-se em fase experimental, é de extrema importância, pois trata-se de uma questão de saúde e de promoção da dignidade da pessoa. Torna-se importante, então a promoção de uma política pública e da modificação do posicionamento dos tribunais brasileiros no sentido de reconhecer a pesquisa e seus resultados como mecanismo suficiente para garantir a efetivação da terapia celular.

A vida e viver com dignidade, com qualidade, superam a inexistência de regulamentação sobre determinado estudo. Havendo resultado positivo das pesquisas, conceder a esperança da concretização de uma vida digna a uma pessoa doente é uma questão de humanidade.

REFERÊNCIAS

- BARBOZA, Heloisa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista Bioética**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 209 -216, 2000. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276. Acesso em: 20 fev. 2020.
- BOROJEVIC, Radovan. Terapias celulares: promessas e realidades. **Ciência Hoje**. Rio de Janeiro, v. 35, n. 206, p. 37 - 39, 2004. Disponível em: <http://cienciahoje.org.br/edicao/206/>. Acesso em: 15 dez. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato_2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 23 out. 2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3510**, Distrito Federal. Relator Min. Ayres Brito. Data da decisão: 29/05/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 23 out. 2019.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 5000490-30.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relatora Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da decisão: 01/02/2017a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8763467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcYB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível n. 2504-84.2016.4.04.7209**. Rio Grande do Sul. Relator Fernando Quadros da Silva. Data da decisão: 01/08/2017b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9006467&termosPesquisados=dHJhdGFtZW50byBtZWRpY28gY2VsdWxhcYB0cm9uY28gZWZpY2FjaWE=. Acesso em: 20 fev. 2020.
- CARLO, Ricardo Junqueira Del; MONTEIRO, Betânia Souza; ARGÔLO NETO, Napoleão Martins. Avanços no estudo de células-tronco no Brasil e suas implicações. **Revista Ceres**. Viçosa, Minas Gerais, v. 56, n. 4, 2009. Disponível em: <http://www.ceres.ufv.br/ojs/index.php/ceres/article/view/3452>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- CASTRO JÚNIOR, Cláudio Galvão de; GREGIANIN, Lauro José; BRUNETTO, Algemir Lunardi. Transplante de medula óssea e transplante de sangue de cordão umbilical em pediatria. **J. Pediatr.**, Porto Alegre, v. 77, n. 5, p. 345 - 360, out., 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0021-75572001000500004&lng=em&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.
- COURI, Carlos Eduardo Barra. Células-tronco e diabetes. **Sociedade Brasileira de Diabetes**. São Paulo, [2013?]. Disponível em: <https://www.diabetes.org>.

br/publico/colunas/31-dr-carlos-couri/171-celulas-tronco-e-diabetes. Acesso em: fev. 2020.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

GILBERT, Scott F. **Biologia do desenvolvimento**. Porto Alegre: ArtMed, 2019.

GOLDIM, José Roberto. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, v. 53, n. 1, p. 58 - 63, jan./mar., 2009. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/complexamrigs09.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

LEONE, S.; PRIVITERA, S.; CUNHA, J. T. (coord.). **Dicionário de bioética**. Aparecida: Editorial Perpétuo Socorro/Santuário, 2001.

LIMA, Ricardo; SOARES, Milena; SANTOS, Ricardo. Terapia celular na doença de Chagas. **Revista Brasileira de Hematologia e Hemoterapia**, São Paulo, v. 31, supl. 1, p. 87 - 92, 2009. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/iciict/6173/1/Lima%2c%20Ricardo%20S%20Cell%20therapy....pdf>. Acesso em: dez. 2019.

MENCK, Carlos F. M; SLUYS, Marie-Anne Van. **Genética molecular básica: dos genes aos genomas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

MOLLER, Letícia Ludwing. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Revista Filosofazer**, Passo Fundo, n. 30, p. 91 - 109, jan/jun., 2007. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/leticia.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

PEREIRA, Lígia V. Terapias com células-tronco: promessa ou realidade. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 308, p. 34 - 38, 2013. Disponível em: https://ccb.med.br/uploads/arquivos/celulas_tronco308.pdf. Acesso em: 05 dez. 2019.

REHEN, S.; PAULSEN, B. **Células-tronco. O que são? Para que servem?** Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2007.

SCHETTERT, Isolmar. Ensaio clínico no Brasil para doenças cardíacas utilizando células-tronco. **Ciência e Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 15-17, 2008. Disponível em: https://repositorio.usp.br/bitstream/handle/BDPI/12256/art_SCHETTERT_Ensaio_clinico_no_Brasil_para_doencas_cardiacas_2008.pdf?sequence=1. Acesso em: 05 dez. 2019.

SCHLINK, Bernhard. **Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de biossegurança e no direito comparado**. São Paulo: Atlas, 2014.

SIQUEIRA, Rubens C. O uso de células-tronco na oftalmologia. **Rev. Bras. Oftalmol.**, Rio de Janeiro, v. 68, n. 2, p. 71-72, abr., 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-728020090

00200001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 fev. 2020.

UNESCO. **Declaração universal sobre bioética e direitos humanos**. Portugal, 2006. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

VILAR, Marcela. Legislação brasileira dificulta avanço de pesquisas. **Ciência e Cultura, Agência de Notícias em C&T**, Bahia, 2017. Disponível em: <http://www.cienciaecultura.ufba.br/agenciadenoticias/quem-somos/>. Acesso em: 05 fev. 2020.

YARAK, Samira; OKAMOTO, Oswaldo Keith. Células-tronco derivadas de tecido adiposo humano: desafios atuais e perspectivas clínicas. **An. Bras. Dermatol.**, Rio de Janeiro, v. 85, n. 5, p. 647 - 656, out., 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962010000500008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 fev. 2020.

ZORZANELLI, Rafaela Teixeira *et al.* Pesquisa com células-tronco no Brasil: a produção de um novo campo científico. **Hist. Cienc. Saúde**, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 29 - 144, jan., 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702017000100129&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 dez. 2019.

**O CRIME NA HISTÓRIA DO DIREITO:
UMA INVESTIGAÇÃO CRONOLÓGICA¹**

**CRIME IN THE LAW HISTORY:
A CHRONOLOGICAL INVESTIGATION**

Artur Mazzucco Fabro²

Fernando Vechi³

Resumo: Este trabalho apresenta, de forma breve e objetiva, uma história do desenvolvimento conceitual do “crime” através de três momentos históricos cruciais da civilização humana: Antiguidade, Idade Média e Modernidade. Os tópicos estão organizados de forma a proporcionarem, junto da análise principal sobre o crime, uma perspectiva ampla da história do direito nas sociedades escolhidas, incluindo aspectos sociais, políticos e econômicos que ajudaram a moldar nossa atual legislação criminal no Ocidente. Concluimos que a História do Direito, enquanto disciplina presente nos cursos de Direito, possui um espaço necessário de interdisciplinaridade que aperfeiçoa a formação do bacharel em Direito e sua futura atuação perante a sociedade.

Palavras-chave: Crime. História do Direito. Legislação criminal.

Abstract: *This paper presents, in a brief and objective way, a history of the conceptual development of “crime” through three crucial historical moments of human civilization: Antiquity, Middle Age and Modernity. The topics are organized in order to provide, along with the main analysis on crime, a broad perspective of the history of law in the chosen societies, including social, political and economic aspects that helped to shape our current criminal legislation in the West. We conclude that the History of Law, as a discipline present in Law courses, has a necessary space for interdisciplinarity that improves the formation of the Bachelor in Law and its future performance before society.*

Key-words: Crime. History of law. Criminal legislation.

¹ O presente capítulo realiza uma breve revisão conceitual e histórica de alguns significados que o fenômeno do “crime” assume nos principais períodos da história do Ocidente (Antiguidade, Idade Média e Modernidade). O objetivo é, de acordo com a análise de algumas ações consideradas criminosas em diversas legislações da história, fornecer uma visão panorâmica sobre a história do Direito. Será privilegiado o “material histórico” relativo ao desenvolvimento do Direito em algumas das civilizações mais notáveis que já existiram, propiciando ao leitor um entendimento amplo dos principais aspectos da “realidade jurídica” e social que tais civilizações possuíam. Obviamente, há uma larga quantidade de exemplos históricos que poderiam ser utilizados, por isso fizemos uma seleção levando em conta as escolhas realizadas por alguns dos mais importantes “manuais” de História do Direito disponíveis em língua portuguesa.

² Doutorando do programa de pós-graduação stricto sensu em sociologia e ciência política da UFSC (capes 5). Professor titular da disciplina de História do Direito na FUCAP. E-mail: arturfabro@gmail.com

³ Doutorando do programa de pós-graduação stricto sensu em ciências criminais da PUC-RS (capes 5). Professor das disciplinas de Criminologia, Direito Penal V e Antropologia Jurídica na UNEMAT.

1 INTRODUÇÃO

O crime pode ser analisado pelas mais diversas óticas das ciências humanas e ciências sociais aplicadas⁴, consistindo em um fenômeno social que começa a ser categoricamente organizado e analisado a partir do momento que as primeiras regras com valor legal, ou seja, obrigatórias de serem seguidas e passíveis de uma punição quando transgredidas, surgem em meio às civilizações humanas. Assim, o crime é visto como um tipo de conduta reprovável, perante o conjunto de leis e normas, praticado por um autor, que sofrerá alguma punição com o sentido de reparar o dano causado a outrem ou mesmo a um grupo de indivíduos.

Etimologicamente, a palavra “crime” deriva do grego antigo *krima* – possuindo o sentido de responsabilidade do autor um escopo mais amplo, voltado à uma ofensa ao público -, que por sua vez foi latinizada para *crimem*, algo como “ofensa” ou “acusação”, sem possuir, contudo, sua primeira classificação nestas duas importantes comunidades políticas da Antiguidade⁵. Outras sociedades mais longevas que gregos e romanos já haviam desenvolvido uma definição mais ou menos homogênea para o que consideravam o crime em si, elencando, em espécies de códigos - como os babilônicos e seu *Código de Hammurabi* - os tipos de crimes e suas respectivas punições. A relação entre o crime e a punição se mostra como um traço marcante na totalidade dos documentos com valor legal presentes nos povos da Antiguidade, que consistirão, para o presente estudo sobre alguns significados que possui o fenômeno do crime na história do Direito, após os chamados “povos ágrafos”⁶, em babilônicos, hebreus, gregos e romanos.

A escolha por tratar destas quatro sociedades leva em conta tanto sua relevância para a história do Direito quanto a qualidade e veracidade das

⁴ Considerando aqui a distinção utilizada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), onde o Direito é definido como uma “ciência social aplicada” e outros saberes, como Sociologia e Ciência Política, “ciências humanas”.

⁵ A Antiguidade refere-se, cronologicamente, ao ano 4.000 a.C. até a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C.

⁶ “As origens do Direito situam-se na formação das sociedades e isso remonta a épocas muito anteriores à escrita, e o que se mostra mais interessante neste estudo especificamente é que, dependendo do povo de que tratamos, essa “época” ainda é hoje. Povos sem escrita ou ágrafos (a= negação + grafos= escrita) não têm um tempo determinado. Podem ser os homens da caverna de 3.000 a.C. ou os índios brasileiros até a chegada de Cabral, ou até mesmo as tribos da floresta Amazônica que ainda hoje não entraram em contato com o homem branco.”. CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.16.

informações disponíveis sobre sua realidade jurídica, isto é, sobre os produtos de seus pensamentos sobre o Direito. Logo após o fim da Antiguidade, historicamente marcado pela queda definitiva do Império Romano do Ocidente em 476 d.C., as sociedades europeias entram na chamada Idade Média, momento histórico marcado por transformações agudas nas relações sociais, econômicas e políticas das inúmeras formas de governo existentes na Europa, sendo a monarquia a mais comum delas, baseando sua economia na relação “Feudo-vassalica”⁷. A Idade Média também é reconhecida como o período de tempo onde a Igreja Católica mais acumulou poder na história, relacionando-se de maneira intrínseca com a grande maioria dos reis e governantes dos territórios. Essa influência da religião afetou diretamente o Direito, inaugurando o que ficou denominado de “Direito Canônico”, ou aquele Direito com fonte nas Sagradas Escrituras.

Para a compreensão do significado de crime na Idade Média utilizaremos, além do “Direito Canônico”, referente ao catolicismo, também daquele Direito criado pelo islamismo, chamado de “Direito Muçulmano”. Com a análise desses dois “Direitos religiosos” será possível criarmos uma noção de “avanço” em relação ao legado⁸ dos povos Antigos. Os povos germânicos que acabaram por dominar grande parte da Europa após a queda de Roma também terão seu espaço no trabalho, já que estes contribuíram igualmente com a “incrementação” do “Direito Romano-germânico”.

A datação do fim da Idade Média é discutida até os dias de hoje entre os historiadores, utilizaremos, somente como uma das referências possíveis, para manter a função didática que este trabalho se propõe, em considerar um período do Renascimento Italiano, denominado *Cinquecento*, que tem seu início mais ou menos em 1500, como a transição da Idade Média para a Modernidade. Além do Renascimento, movimento intelectual que objetivava uma espécie de “retorno” ao

⁷ “Este é um contrato pessoal entre um homem que será o Vassalo e outro homem que será o senhor, por isso através dos rituais, ambos, em público fazem promessas recíprocas dentro de um cerimonial. Essas cerimônias tinham o nome de Investidura, Fé e Homenagem.” CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.128.

⁸ “Outrossim, o estudo da destacada influência das leis canônicas se justifica, entre outras coisas, por ser um direito historicamente importante, a remontar à Idade Média (ainda que bem vivo hodiernamente), e pelo inegável lastro deixado na trajetória dos direitos de diversos países da Europa Ocidental e América Latina, entre os quais está o Direito brasileiro. Vale dizer que diversas são as ramificações do Direito canônico, como o Direito matrimonial, o Direito processual, o Direito patrimonial, e algumas outras bem específicas, das quais o Direito sacramental logo se evidencia.” PALMA, Rodrigo. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.118.

pensamento de autores Antigos - o Direito também fazendo parte desta reflexão -, o Iluminismo e a Revolução Francesa podem ser tomados como acontecimentos fundamentais para a transição de uma concepção de mundo mais voltada ao homem e ao método científico, em contraposição aos costumes e ditames da religião, sendo que tais inovações modificariam substancialmente o estudo e desenvolvimento do pensamento jurídico na Europa e nos Estados Unidos da América.

A Revolução Francesa deu origem a um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os grandes códigos da época napoleônica cristalizaram o sistema individualista durante cem anos. Mas, desde o fim do séc. XIX, a liberdade individual conhece restrições cada vez maiores, impostas pelo Estado para realizar, num grau mais ou menos avançado, segundo os países, a igualdade económica e social entre os indivíduos.⁹

Desta forma, o terceiro e último período da história do Direito trabalhado por nós será a Modernidade, época qualificada como aquela onde as duas grandes famílias do Direito – “Romano-germânica e Anglo-saxã” – se tornam predominantes entre os Estados ocidentais, adquirindo em cada um deles uma feitura particular. O entendimento legal e social da conduta criminosa também é alterado na Modernidade – bem como toda a estruturação das sociedades - obtendo suas punições e tipificações um aspecto muito mais “científico” e voltado a uma “recuperação” do criminoso para sua reinserção social, excluindo-se, em grande parte dos Estados, a pena de morte e outros métodos considerados somente punitivistas.

2 O CRIME NAS SOCIEDADES ANTIGAS (± 4.000 a.C. a 476 d.C.): BABILÔNICOS, HEBREUS, GREGOS E ROMANOS

Iniciaremos nossa investigação sobre os significados do crime na história do Direito com uma civilização que ocupou um território denominado Babilônia (que contemporaneamente localiza-se onde hoje é o Iraque), mais ou menos a partir de 1894 a.C., “O xeque desse grupo arcadiano, Sumuabum (1894-1881 a.C.), começou

⁹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 413.

a expansão territorial da babilônia, mas foi seu sucessor, Sumula'el (1880-1845 a.C.), que, com vitórias sucessivas sobre os vizinhos, consolidou a independência da cidade.”¹⁰ Somente quase um século após o nascimento da cidade é que o mais famoso (pelo menos para o Direito)¹¹ de seus filhos ascende ao trono, o rei Hammurabi, responsável pela confecção do conhecido *Código de Hammurabi*, um dos primeiros compilado de leis que sobreviveram ao tempo, representado exemplarmente pelo *Princípio da Pena* ou *Lei do Talião*.

Este princípio possui uma ligação estreita com a concepção de crime sustentada pelo povo babilônico, pois exprimia “[...] uma ideia que indica que a pena para o delito é equivalente ao dano causado neste. Assim sendo, ninguém sofre “pena de talião”, mas, baseado nesse princípio, sofre como pena o mesmo sofrimento que impôs ao cometer o crime.”¹² Portanto, tal *ideia* acabava por criar raízes em todo o Código, concentrando-se naqueles crimes que causam algum dano físico ao outro, como no exemplo de um *awilum*¹³ que “destruísse” o olho de outro teria o seu olho também destruído¹⁴.

Outra propriedade distintiva do *Código de Hammurabi* estava na parte dedicada ao “processo legal”¹⁵, ou, pelo menos, em uma noção inicial de que o julgamento deve seguir algum rito processual que tenha início, meio e fim. Há também, como em praticamente todos os Códigos Antigos, uma mistura entre “sagrado” e “profano”, isto é, entre o mundo “terreno” e o mundo “divino”, indicando que as “fontes” do Direito dos babilônicos eram diversas, além, claro, dos próprios costumes e tradições, que muitas vezes eram transmitidos de forma oral pelos clãs familiares. O crime, na Babilônica de Hammurabi, era visto como praticamente

¹⁰ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p.21.

¹¹ Nabucodonosor é um outro rei babilônico que fora eternizado na Bíblia cristã, como parte da história contada sobre os Hebreus.

¹² CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 25.

¹³ A sociedade babilônica de Hammurabi era dividida em três “classes”, os *awilum* (homens livres), os *muskênum* (espécie de funcionários do rei) e os escravos.

¹⁴ “Se um *awilum* destruiu o olho de um outro *awilum*, destruirão seu olho”. BOUZON, Emanuel *apud* CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 26.

¹⁵ “O juiz leigo não poderia, contudo, alterar seu julgamento após o encerramento do processo: “Se um juiz fez um julgamento, tomou uma decisão, fez exarar um documento selado e depois alterou o seu julgamento: comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento que fez; ele pagará, então, doze vezes a quantia reclamada nesse processo e, na assembleia, fá-lo-ão levantaram-se do seu trono de juiz. Ele não voltará a sentar-se com os juizes em um processo.” CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 31 - 32.

qualquer ato que violasse as normas do Código, obtendo o homem alguma vantagem em relação às mulheres¹⁶.

Avançando com nossa proposta, o povo hebreu, monoteísta (acreditavam somente em um Deus, o cristão), manifestou que a religião deveria necessariamente incidir sobre o Direito – assim como sobre todos os âmbitos da vida -, atitude que proverá uma nova significação ao crime, trazendo uma carga forte de moralidade religiosa, melhor dizendo, o criminoso seria punido duplamente, tanto sofreria um castigo “real” quanto seria condenado moralmente pela comunidade. O “Direito Hebraico”, dessa forma, formaliza uma relação obrigatória entre a lei e a religião, não sendo possível distinguir onde se inicia uma e termina a outra, materializando-se na *Torá*, compilado dos cinco primeiros livros da Bíblia cristã: Gênesis, Exôdo, Levítico, Número e Deuteronômio. “Em toda a *Torá* encontramos leis, entretanto, há no último livro uma reunião maior de leis, repetindo inclusive alguns preceitos vistos nos outros livros, mesmo porque é esta a intenção do Deuteronômio, que significa “segunda lei”.¹⁷

O livro de Deuteronômio teria sido escrito por Moisés, o principal profeta dos hebreus, e tem como base os Dez Mandamentos, segundo a Bíblia ofertados por Deus a Moisés no Monte Sinai, expressando a preferência da divindade pelo povo Hebreu, apontando-os como “os escolhidos”. Moisés então seria creditado como o criador das “Leis Mosaicas”, ou Leis de Moisés, uma mescla entre os mandamentos morais da religião e outras influências advindas de povos que tiveram contato com os hebreus, atestando a importância desse profeta para a história desse povo (e do judaísmo como um todo). A história nos conta que o livro de Deuteronômio teria sido produzido por volta do século XIII a.C., e em 568 a.C. um evento marcante ocorre com os hebreus: a conquista de seu território por Nabucodonosor, então rei da Babilônia, acontecimento que força uma parte dos hebreus a serem mantidos em cativeiro como escravos.

Esse cativeiro foi o ponto de partida para a formação de um direito hebraico novo, oral, visto que, ao entrarem em contato com diversas culturas

¹⁶ Por exemplo no parágrafo que trata do “adulterio”: “Se a esposa de um avilum for surpreendida dormindo com um outro homem, eles os amarrarão e os lançarão n’água. Se o esposo deixar viver sua esposa, o rei também deixará viver seu servo”. BOUZON, Emanuel *apud* CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29.

¹⁷ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 37.

diferentes e fortes (notadamente persas, gregos e romanos), os hebreus sentiram a necessidade de afirmar sua cultura, ao mesmo tempo que procuraram adaptá-la dentro dos parâmetros das influências que estavam recebendo. Esse processo, iniciado na Babilônia, somente terminaria 900 anos mais tarde.¹⁸

Seguindo a citação acima, a situação de dominação sofrida pelos hebreus foi a responsável pelo desenvolvimento de outro tipo de Direito Hebraico, com origem oral, que seria codificado séculos depois e chamado de *Michná*. A *Torá*, a *Michná* e as *Guemaras* (interpretações do texto presente na *Michná*) formam o que hoje em dia é conhecido como *Talmud*, que se apresenta como o “verdadeiro” corpo da Legislação Hebraica. Como pecado e crime se confundem para os hebreus, observamos que, em algumas partes do Deuteronômio, há penas para violações específicas do meio religioso, como a “adoração a outros deuses”, admitindo esta a punição com a morte. Também está nesse livro a primeira descrição da *Pena de Talião*, aplicada de forma mais “amena” que em outros povos, por conta de outros princípios presentes entre os hebreus, como a “individualidade das Penas”: “Os pais não serão mortos no lugar dos filhos, nem os filhos em lugar dos pais. Cada um será executado por seu próprio crime.”¹⁹

Outra descrição de crime bastante comentada está no “Homicídio” e “Homicídio Involuntário”. A grande inovação está na espécie de tipificação do homicídio, podendo ele ser - utilizando de uma nomenclatura moderna - culposo ou doloso, isto é, diferenciava-se com fundamento na intenção do autor²⁰, entretanto, caso fosse comprovada a intenção, o autor deveria ser morto, seguindo a *Lei do Talião*.

Prosseguiremos, após os relatos sobre os hebreus, com o povo grego, notadamente os habitantes de Atenas e Esparta, as duas “cidades-estados” mais importantes da Antiguidade grega. Podemos identificar em dois grandes

¹⁸ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 38.

¹⁹ DEUTERONÔMIO *apud* CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 41.

²⁰ “Este é o caso do homicida que poderá se refugiar lá para se manter vivo: aquele que matar seu próximo involuntariamente, sem tê-lo odiado antes (por exemplo: alguém vai com seu próximo cortar lenha; impelindo com força o machado para cortar a árvore, o ferro escapa do cabo, atinge o companheiro o mata): ele poderá então se refugiar numa daquelas cidades, ficando com a vida salva; para que o vingador do sangue, enfurecido, não persiga o homicida e o alcance, porque o caminho é longo – tirando-lhe a vida sem motivo suficiente, pois antes não era inimigo do outro.” DEUTERONÔMIO *apud* CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 42.

legisladores, com ares míticos, como os responsáveis pelas leis nas duas comunidades: Sólon (Atenas) e Licurgo (Esparta). Em Esparta, fundada no século IX a.C., existiam três “camadas sociais”: Espartíatas (guerreiros), Periecos (homens com alguma condição material, mas sem direitos políticos) e os Hilotas (escravos); este grupo convivia em uma organização política extremamente militarizada, sendo uma das principais qualidades que distinguia os espartanos dos outros povos gregos. Pouca coisa escrita sobrou²¹ sobre a legislação de Esparta, o que possuímos são relatos fornecidos por outros autores sobre as leis de Licurgo, onde podemos notar que o significado de “crime”, pelo menos para os espartanos, era algo pouco relevante ou mesmo tão plural que eles não o classificavam.

A grande curiosidade consiste no fato de que os espartanos comportavam-se de maneira ambígua com relação ao furto e ao roubo. Já se sabe, inclusive, que em alguns momentos, os guerreiros eram instados a cometer os tais delitos como parte do cumprimento de um programa que orientava sua rígida educação militarista. As maiores vítimas dessas cruéis manobras eram os próprios hilotas, dos quais falamos anteriormente.²²

Em Atenas (na época de Sólon, a partir de 594 a.C.), a dificuldade de encontrarmos materiais é um pouco menor, podemos contar com os relatos de grandes filósofos que viveram na cidade, como Platão e Aristóteles, e também historiadores, como Hérodoto, Políbio e Plutarco, no entanto, uma produção textual mais específica da legislação dos atenienses ainda permanece bastante nebulosa²³. O que sabemos é que existiam dois “órgãos de jurisdição” na cidade: “Há duas espécies de órgãos de jurisdição em Atenas. Para os casos de crimes públicos, o julgamento é feito por grandes tribunais de dezenas ou centenas de

²¹ “A maior dificuldade para o estudo do direito na Grécia Antiga reside na exiguidade de fontes disponíveis. Cumpre ressaltar que nem sempre se tornou possível ao especialista encontrar codificações ou excertos legislativos nos sítios arqueológicos pesquisados que fossem úteis à consolidação de uma leitura sistêmica, como foram aqueles de Gortina ou Atenas, que permitiram que se chegasse a conclusões mais ou menos satisfatórias do ponto de vista legal.” PALMA, Rodrigo. O Direito espartano. **Concilium – Revista eletrônica de Direito da UNIEURO**. n. 2, v. 1, 2006. p. 6.

²² PALMA, Rodrigo. O Direito espartano. **Concilium – Revista eletrônica de Direito da UNIEURO**. n. 2, v. 1, 2006. p. 12.

²³ “O direito das cidades gregas não parece ter sido formulado nem sob a forma de textos legislativos, nem sob a de comentários de juristas; o direito derivaria mais duma noção mais ou menos vaga de justiça que estaria difusa na consciência coletiva.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 75.

membros. [...] Quando o julgamento se fazia para casos menos importantes por um magistrado ou juiz singular [...].”²⁴

Sólon foi importante porque sua legislação “atualiza” diversos aspectos deficitários das leis atenienses desde Drácon, outro relevante legislador, que se mostravam demasiadamente rígidas, punindo grande parte dos crimes com a morte, sem nenhum tipo de possibilidade de contestação. Por conseguinte, Sólon suprimiu a escravidão por dívidas, as propriedades dos clãs familiares e tornou mais “democrático” o acesso dos que não faziam parte da aristocracia ateniense às instituições da democracia. No tocante ao crime, Sólon reformou o “direito penal” grego, aplicando, ao invés da pena capital para todo e qualquer crime, o princípio da *Lei do Talião*:

Aquilo que hoje é para nós crime (de ação pública) dependia de ação privada. Os crimes públicos eram denunciáveis por qualquer um, já que inexistia órgão público de acusação. Imaginava-se que a democracia dependia de que todos e qualquer um se sentissem atingidos por ações delituosas de qualquer cidadão e tomasse o interesse de denunciar o caso no tribunal. [...] As penas eram em geral: castigos, multas, feridas, mutilações, morte e exílio. A pena de morte, como descreve Gernet (1982), era aplicada com variadas formas, dependendo do delito.²⁵

O pensamento sobre o Direito ganha contornos mais sofisticados com os gregos, mas sua grande contribuição está menos no “produto” prático de seu Direito, as legislações escritas, e mais em sua fundamentação filosófica para conceitos como os de justiça, igualdade e liberdade. A “separação” entre o sagrado e profano também é notada como tendo seu nascimento com os atenienses, assim como uma maior noção de individualização em relação ao “processo penal” que acometeria o criminoso.

A última grande civilização que trataremos na “parte Antiga” do capítulo será a de Roma. A história dos romanos, segundo nos conta o historiador Tito Lívio em sua obra *História de Roma* (1989), inicia em 753 a.C., com Rômulo matando seu irmão Remo e fundando a cidade na Península Itálica, em conjunto com outros povos que viviam aos arredores da região do Lácio. Roma foi uma grande potência militar, econômica, social e política do seu tempo, sendo amplamente considerada como

²⁴ LOPES, José. **O Direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Atlas, 2008. p. 23.

²⁵ LOPES, José. **O Direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 25-26.

uma das civilizações mais destacadas da história da humanidade, deixando um legado para o Direito que vai muito além do foco deste capítulo.

Para organizarmos melhor o estudo do crime na Roma Antiga (levando em conta seus quase doze séculos de existência), vamos utilizar e uma periodização que divide a história do Direito romano em três períodos: arcaico, clássico e pós-clássico. “Podemos identificar três períodos ou fases de evolução do Direito Romano. Essas fases são distintas entre si, e cada uma tem características próprias. Essa divisão, de certa forma didática, ajuda-nos a compreender panoramicamente o Direito Romano.”²⁶

O período arcaico (VIII a.C a II a.C) tem como característica o formalismo, a rigidez e a ritualidade, compreendendo duas formas de governo diferentes que assumiu Roma, primeiro a monarquia e em seguida a república, visto que foi por conta da criação da *Lei das XII Tábuas*²⁷, em 451 e 450 a.C., que o Direito romano assume uma condição de codificação, ou seja, as leis são talhadas – baseadas no costume e regras religiosas - literalmente em doze tábuas e expostas para o que todos possam ter conhecimento de sua validade. A *Lei das XII Tábuas* inicia um entendimento de “[...] vivência legislativa, com a conseqüente limitação da vingança privada, pelo talião e pela composição.”²⁸ O “Direito Penal” romano ainda “dividia” espaço com a divisão que era feita entre “Direito Público” e “Direito Privado”, logrando o delito o “[...] não cumprimento de um preceito legal, sendo a pena o mal imposto por esse comportamento. Com a pena, apagava-se o crime e restaurava-se a ordem pública”²⁹. Vejamos, por exemplo, o que diziam as *Tábuas* sobre as penas aos crimes de furto e parricídio:

*Na Tábua Segunda, por exemplo, "Se o furto ocorre durante o dia e o ladrão é flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se é escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia". Na Tábua Sétima, pode-se ler: "Se alguém matou o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça, e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio".*³⁰

²⁶ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010. p. 90.

²⁷ “Certo é que a lei propriamente foi perdida provavelmente no incêndio durante a invasão gaulesa de 390 a.C. Dela resultam apenas as menções que os juristas fizeram e daí o esforço dos eruditos, a partir destas notícias fragmentárias, de tentar reconstruí-la.” LOPES, José. **O Direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 32.

²⁸ PRADO, Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

²⁹ PRADO, Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.

³⁰ XAVIER, Renata. Evolução histórica do Direito Romano. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2782, 12 fev. 2011. p. 3.

O período clássico (II a.C a III d.C) é considerado o auge do desenvolvimento do Direito Romano. Em variadas frentes o Direito é transformado, sempre levando em conta a grande importância política e social que o agora Império Romano havia alcançado em um cenário de guerras e conquistas por toda a Europa e Mediterrâneo. O “Processo Penal” evoluiu consideravelmente, sendo que a figura dos *magistrados* encarregados da jurisdição ganhou notoriedade também como fonte do Direito³¹.

Posteriormente, na época do Império (27a.C. até 284 d.C.), tem-se uma nova espécie de delito - os *crimina extraordinaria*-, fundada nas ordenações imperiais, nas decisões do Senado ou na prática da interpretação jurídica, que resulta na aplicação de uma pena individualizada pelo arbítrio judicial à relevância do caso concreto³²

Os delitos cometidos pelos cidadãos romanos eram punidos pelo Estado, quando este fosse um “crime público”, e tinham garantido a punição pelo Estado quando fosse um “crime privado”; juntando a isso a cada vez maior laicidade – separação da religião e do Estado – e individualidade, o Direito Romano do período clássico está simbolizado pela quantidade de fontes que foram sendo assentadas, consistindo na convivência de quatro “tipos de Direito”: *Ius Civile* (Direito Civil), *Ius Gentium* (Direito das Gentes), *Ius Honorarium* (Direito dos Pretores) e *Ius Extraordinarium* (Direito do Imperador).

O último período que vamos analisar é o pós-clássico (III d.C a VI d.C.), amplamente dominado pela autoridade dos Imperadores, como também pela elaboração de Códigos mais amplos e sistemáticos, “[...] o Direito vulgarizou-se e sentiu-se a necessidade de fixar-se definitivamente as regras por meio de uma codificação que, a princípio, era muito mal vista pelos romanos.”³³ A mais famosa dessas codificações deste período é a Codificação Justinianeia, ou *Corpus Iuris Civilis*³⁴, compilação de todo o Direito romano conhecido da época, feito a mando do

³¹ “Os magistrados encarregados da jurisdição – pretores, edis, curuis, governadores de províncias – tinham-se habituado, quando da sua entrada em funções, a proclamar a forma pela qual contavam exercer essas funções, nomeadamente em que casos eles organizariam um processo, atribuindo uma ação ao queixoso. [...] Os éditos dos pretores foram uma das fontes mais originais do direito durante o último século da época republicana; uma fonte especificamente romana, de resto, porque não a encontramos em qualquer dos outros sistemas jurídicos.” GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. pp. 89-90.

³² PRADO, Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 77.

³³ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 91.

³⁴ “O *Corpus Iuris Civilis* é composto por quatro obras: o *Codex*, o *Digesto* (chamado também de *Pandectas*), as *Institutas* e as *Novelas*. O *Codex* foi completado em 529 e reúne a coleção completa

Imperador Justiniano I, líder do Império Romano do Oriente, quando já não havia mais a parte Ocidental do Império, dominada pelos povos germânicos.

Em relação ao crime, algumas inovações, como a *causalidade* e a *imputabilidade*, seriam inclusive legadas pelos Estados modernos e utilizadas em nossos Códigos contemporâneos. A causalidade seria “[...] o nexu subjetivo que liga o delito ao seu autor e manifesta-se de duas formas: dolo ou culpa.”³⁵ Essa percepção de causalidade já estava presente, de certa forma, desde os hebreus, todavia, os romanos adicionaram alguns elementos que poderiam agravar mais ainda um delito provocado intencionalmente:

Além de um delito poder ser doloso, intencional, os romanos indicavam que poderia ainda ser pior, poderia se cometer um delito com *fraus*, que significa falta consciente de respeito à lei. Essa graduação do delito, baseado na intenção, pode ser vista no Digesto, que indica: “O divino Adriano decidiu em um *rescriptum* que aquele que matou um homem, se não o fez com intenção de matar, pode ser absolvido. E aquele que não matou um homem, mas feriu, com intenção de matar, deve ser condenado como homicida; e segundo os casos deve ser determinado isto: se tomou a espada na mão e nele golpeou, incontestavelmente o fez com intenção de matar; mas se em uma rixa feriu com uma chave ou marmita, embora tenha golpeado com instrumento de ferro, não o fez, contudo, com a intenção de matar. Deduz-se que deve ser mitigada a pena daquele que, numa rixa, cometeu um homicídio mais por causalidade que por vontade.

Já a imputabilidade configura-se como a capacidade do indivíduo de agir com discernimento, diferenciando aqueles que cometeriam o crime estando conscientes da conduta criminosa e os “incapazes”, “A ignorância da lei não gerava imputabilidade, mas a ignorância do fato, sim. Por exemplo, uma mulher que se casasse novamente crendo que o marido anterior estivesse morto, e este não estivesse não poderia ser acusada de adultério.”³⁶ Além desses dois entendimentos, existiam outros como da *retroatividade da lei penal* e a *codelinquência*, o primeiro relacionado a possibilidade de se punir crimes sendo a lei posterior ao ato criminoso e o último ligado a cooperação entre duas ou mais pessoas para o cometimento de algum delito.

das Constituições Imperiais (veremos seu significado a seguir), o *Digesto* (de 530) é a seleção das obras dos Jurisconsultos, as *Institutas* são um manual de Direito para estudantes e as *Novelas* são a publicação das leis do próprio Justiniano.” CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 92.

³⁵ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 118.

³⁶ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119.

Vejam algumas outras descrições e punições de crimes presentes no Código Justiniano:

Roubo: pela definição do jurisconsulto Paulo “*Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat*” – Ladrão é aquele que se apropria dolosamente da coisa alheia.¹⁷³ Para a pena seguia-se a mesma tendência de cobrar do ladrão, a título de pena, uma multa cujo montante poderia ser até o quádruplo do valor da coisa roubada.³⁷

Dolo: o pretor Aquílio Galo introduziu essa inovação no Direito Romano. O dolo é apontado como sendo todo comportamento desonesto com a finalidade de induzir um indivíduo a erro. A parte lesada poderia entrar com uma *actio dolo* contra o ofensor para obter ressarcimento do dano sofrido. O dolo era considerado um delito bastante grave: “*Dolus omnimodo puniatur*” – O dolo deve ser punido por todos os meios.³⁸

Coação: é o ato de um indivíduo compelir outro a práticas de atos jurídicos mediante violência. Esta pode ser física (também chamada absoluta) ou moral (chamada compulsiva). O ofendido teria, como ação penal, uma *actio quod metus causa* contra o autor da violência.³⁹

3 O CRIME NA IDADE MÉDIA (476 a 1453)

A Idade Média refere-se, como já comentado, a um período histórico da Europa onde ocorre a queda de um grande império – Império Romano - e o surgimento de múltiplos territórios dominados pelos povos germânicos invasores. Outra menção que precisa ser feita é à Igreja Católica Apostólica Romana, que “sobrevive” ao fim de Roma e interfere com vigor nas relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas dos novos reinos que estavam surgindo. Como o Direito romano ainda permanecia com força nos novos domínios dos povos bárbaros, iniciou-se uma mistura entre o Direito consuetudinário dos germânicos e o Direito Romano, dando origem ao que futuramente seria denominado de “Direito romano-germânico”, ou *civil law*, uma das duas famílias de Direito que se tornara padrão no Ocidente Contemporâneo.

A maior parte das tribos germânicas, mesmo escrevendo suas leis, não vai procurar impô-las aos romanos; o burgúndio será julgado segundo a tradição burgúndia; o visigodo, segundo sua legislação; o romano pela *Lex Romana* e assim por diante. Isso é chamado “Personalidade das Leis” –

³⁷ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 120.

³⁸ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 121.

³⁹ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 121.

cada qual leva consigo, para onde quer que vá ou qualquer que seja o soberano, o estatuto jurídico de sua tribo de origem⁴⁰

Os povos germânicos - dentre eles vândalos, visigodos, ostrogodos, burgúndios e francos – possuíam muitas particularidades relativas ao Direito, sendo que cada um adaptou mais ou menos de uma forma diferente a relação entre os seus costumes e os costumes dos romanos derrotados. Talvez a sociedade que mais floresceu e que merece uma revisão mais detida é a dos francos. “Eles habitavam, até o século V, às margens do rio Reno (atualmente território da França), quando então começaram a ocupar a Gália pelo Norte, na condição de aliados dos romanos.”⁴¹ A dinastia Carolíngia foi o período de maior “produção de Direito” do povo Franco, identificando nas *capitulares*⁴² sua jurisdição relativa às partes “administrativas” da vida em sociedade.

Os francos desenvolveram uma “política criminal” consciente, voltada a repressão à conduta criminosa, não mais somente dedicada aos meios de se punirem os infratores, que no início da conquista germânica ainda era compreendida na “vingança de sangue”, portanto igualmente alterando um aspecto do desenvolvimento do “Direito penal” que anteriormente estava isolado na propagação dos costumes de forma oral, lançando bases mais “objetivas”.

A composição judicial distinguia três espécies principais: a) Wergeld - composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) Busse - soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança; e c) Friedgeld ou Fredus - pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. A composição, determinada por um processo histórico de mutação, deu origem à multa, que passou a integrar o sistema de penas, e à indenização civil de caráter jurídico-privado.⁴³

Ultrapassada a análise sobre os francos, o outro tipo de Direito que nos interessa na Idade Média é o Direito Canônico, simbolizado pela instituição religiosa

⁴⁰ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 134.

⁴¹ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 136.

⁴² “As capitulares tinham, geralmente, caráter administrativo. Existiam dois tipos de capitulares, as Capitulares eclesiásticas (organização da Igreja e de Instituições eclesiásticas) e as Capitulares Laicas. Dentre estas últimas, havia as *Capitularia Legibus Addenda* (eram textos a serem aplicados nas mesmas condições das *leges* ou leis), as *Capitularia Missorum* (que continham instruções destinadas aos funcionários reais ou imperiais quando em viagens a serviço) e as *Capitularia Per se Scribenda* (que continham disposições de caráter administrativo ao lado de medidas administrativas). CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 137.

⁴³ PRADO, Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

da Igreja Católica. A primeira “vantagem” deste Direito é sua condição de ser, desde o início, escrito, já que suas fontes elementarmente advinham da Bíblia, o *Ius Divinum*. A segunda “vantagem” está na universalidade da Igreja, uma instituição que alcançou grande parte dos territórios europeus durante o medievo, aumentando vertiginosamente sua influência no campo religioso. Assim, “No período Carolíngio, em virtude de uma crescente confusão entre o temporal e o espiritual, a Igreja acabou sendo a única a julgar quaisquer assuntos relativos aos sacramentos, incluídos aí as questões relativas ao casamento, a legitimidade dos filhos, divórcio, rapto [...]”⁴⁴

No momento que estamos detalhando a jurisprudência da Igreja Católica, sugere-se incluir um outro componente significativo para o entendimento das relações socioeconômicas entre senhores e vassallos: o feudalismo. O “sistema econômico” que vigorava na maioria dos lugares era o de uma relação entre aquele que detinha as terras, o senhor, e os súditos que usufruíam delas pagando um certo preço, os vassallos.

O próprio feudalismo baseia-se em uma questão de direito, em um contrato, pois a concessão de um feudo era feita através de um pelo qual o senhor e o vassalo contraíam obrigações recíprocas. Para contratar, eram necessários alguns ritos e formalidades que deveriam ser cumpridos por ambos os lados.⁴⁵

O feudalismo enfraqueceria o poder real dos reis, que eram aliados da Igreja, porém, “[...] a jurisdição eclesiástica aumentava seu poder jurisdicional, mesmo relativamente a leigos.” Do século X em diante os “tribunais eclesiásticos” faziam parte da realidade de muitos reinos, inclusive sendo o Direito Canônico estudado em uma nova instituição social que também nasce na Idade Média, a Universidade. O crime era classificado em quatro tipos:

[...] a) *delicta ecclesiastica* - ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos e punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* - lesionavam apenas a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e punidos com penas comuns, eventualmente sofrendo punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; e c) *delicta mixta* - violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que

⁴⁴ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138.

⁴⁵ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 127.

primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativae*.⁴⁶

Nesta época, as punições assumiam uma forma extremamente relacionada com o misticismo da religião, “No período medieval, pelo menos até o século XIII, utilizavam-se as provas de ferro em brasa ou de água fervente que se cria que o inocente não se feriria.”⁴⁷ Outros exemplos que poderíamos citar eram os “ordálios bilaterais”, duelos entre dois inimigos para a resolução de algum conflito, e a “prova do cadáver”, “[...] que consistia em fazer o acusado tocar o defunto sem que este sangrasse.”⁴⁸ Estas práticas sobreviveram por um longo período na Europa, culminando em uma relevância conquistada pela Igreja Católica que avançaria bastante nas esferas pública e privada da vida. Por fim, o adjetivo que muitos historiadores que estudaram a Idade Média utilizam para retratar a época é o de “obscurantismo”, com o sentido de que foi um período onde a razão - entendida enquanto uma maneira racional de se compreender o mundo - não obteve espaço contra o poderio da Igreja e da religião, acabando por atingir também o Direito.

Essa brutalidade do processo e das penas pode ser entendida através de vários fatores que são, para nós, hoje, ainda um tanto incomodamente próximos. As penas eram formas de vingança e não formas de inserir o indivíduo novamente na sociedade. Os crimes eram tão comuns quanto a morte em batalhas “justas”. Ou não havia o Estado para proteger o cidadão, ou este não tinha meios para fazê-lo. Por fim, a pobreza e a ignorância eram tamanhas que não era possível à população entender outros meios de processo e de pena.⁴⁹

O outro Direito religioso típico da Idade Média foi o “Direito Muçulmano”, ou “Direito Islâmico”, que tinha suas fontes não na Bíblia cristã, mas sim no Alcorão⁵⁰, e seu profeta não é Moisés, e sim Maomé (Mohamad). Adiciona-se a fonte do Alcorão mais três: a *Suna*, espécie de compilado de “ações de destaque” de Maomé; o *Idjmâ*, espécie de contrato unânime entre a comunidade e o *Qiyâs*, “[...] que é o

⁴⁶ PRADO, Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 82.

⁴⁷ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 139.

⁴⁸ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 139.

⁴⁹ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 147.

⁵⁰ “O Alcorão, o livro sagrado dos Muçulmanos, é tratado por eles como sendo de autoria divina, pois Mohamad teria ouvido do anjo Gabriel as palavras de Alah e transmitido para os Crentes.” CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 155.

raciocínio por analogia.”⁵¹ Os muçulmanos utilizavam dessas fontes para dar conteúdo a *Sharí’a*, seu vocabulário para “Lei”.

Então, além do livro sagrado, a opinião dos doutores em (certa) unanimidade – chamado *Idjmâ’* – também é considerada na formação da *Sharí’a* – palavra árabe para lei. Se esse acordo é alcançado, não mais caberá contestação, porque segundo um *hadîth* de Mohamad: “A minha comunidade nunca chegará a acordo sobre um erro”. Portanto, o *Idjmâ’* é considerado como a interpretação infalível e definitiva do Alcorão e da *Suna*. Essa doutrina foi construída entre os séculos VIII e IX (do ano 100 ao ano 300 da Hégira no calendário muçulmano).⁵²

Se considerarmos o Alcorão como a principal fonte do Direito Muçulmano, veremos que existem tratativas sobre a justiça, equidade e, novamente, a aplicação da *Pena de Talião* para punição daqueles que cometessem crimes. Um exemplo famoso das proibições previstas pela *Sharí’a* é para quem consome bebidas alcoólicas: “Interrogar-te-ão sobre o vinho e os jogos de azar. Responde: ‘Neles, há culpa grave e alguma utilidade para os homens.’”⁵³ A pena para o homicídio recai novamente sobre a *Pena de Talião*, contudo, há a possibilidade de perdão, em troca de uma indenização ao parente da vítima.

Dito isto, o Direito Muçulmano se assemelha, tanto na origem das fontes quanto nas punições aos crimes, ao Direito Canônico, mas logicamente reservando suas peculiaridades, que em outros aspectos são variadas. A moral sexual, por exemplo, é muito mais rígida para os muçulmanos, assim como as mulheres são tratadas simplesmente como subordinadas aos homens, sofrendo uma série de constrangimentos que as impossibilita de usufruir satisfatoriamente da justiça e equidade previstas no Alcorão.

4 O CRIME NA MODERNIDADE (1456 até hoje)

Para entender o conceito de crime na modernidade, é preciso, primeiro, compreender do que se trata a Modernidade. A modernidade se dá a partir de um conjunto de ideias que circularam na Europa a partir de um movimento denominado

⁵¹ CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 154.

⁵² CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 154.

⁵³ ALCORÃO *apud* CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 160.

de Iluminismo – isto é, um conjunto de mudanças culturais e espirituais que envolveu a denominada classe burguesa (comerciantes, banqueiros, profissionais liberais) e que transformou a forma de pensar da época. Essa mudança foi influenciada por pensadores, sendo um dos principais René Descartes, na sua obra Discurso, onde o autor traça um dualismo entre objetividade e subjetividade, razão e emoção, o pensamento moderno foi estruturado sobre premissas que buscavam a totalidade e a universalidade. O sujeito cartesiano é colocado como eixo central do pensamento filosófico ocidental – *cogito, ergo sum*.

A razão se torna princípio ontológico e metodológico por excelência. A constituição da racionalidade pretendia separar, de forma definitiva, a teologia (a laicidade), daquilo que seriam os princípios universais da conduta humana. O que caracteriza fundamentalmente a teoria de Descartes, não é o objeto em si, mas o próprio método elaborado. A possibilidade de construir uma ciência desvinculada da natureza e do mundo platônico. O iluminismo estendido possibilitou pensar em uma Europa do progresso e da razão.

Se há duas palavras que definem a ideia de crime nesse período são moderação e limites⁵⁴. Ambas estão relacionadas ao já mencionado modo de produção feudal, sistema que, em matéria de punição, se caracterizava pelos excessos de pena e de dor, inamovibilidade de classes sociais, centralização na figura do senhor feudal. O princípio da legalidade (limitador ao poder) surge como o grande canalizador da ideia que se tem de crime: crime é o que está na Lei. É neste momento que Cesare Beccaria escreve sua famosa obra “Dos Delitos e das Penas”. Pela razão universal, todos os indivíduos são iguais e, por serem assim, o crime é cometido pelo livre agir do indivíduo. “Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade”⁵⁵

Mas, a classe burguesa ao proteger seus ideais, continuou a reprimir uma grande massa de ilegalidades que aconteciam nas grandes cidades. Ao engendrar

⁵⁴ ANITUA, Gabriel. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2008. p. 128.

⁵⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**: introdução a sociologia do Direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 33.

novas relações sociais, novos conflitos e novas necessidades de ordem, a acumulação de capital nas mãos da burguesia vão produzir entre os séculos XIV e XVII, a repressão à vadiagem, as leis de expropriação de terras comuns, as primeiras *leis de pobres*, como a de 1601, na Inglaterra, que levou cerca de 72.000 ladrões para fora nas mãos do rei Henrique VIII⁵⁶. A classe burguesa – da qual Beccaria faz parte – ascendeu estabelecendo o contratualismo de Locke e Rousseau como base ideológica. A partir disso, o castigo vai ser racionalizado e o objetivo não é vingar, nem punir menos, mas punir melhor – por meio das prisões. Praticar um crime é violar uma Lei, conforme a própria definição dada por Francesco Carrara acerca da definição do crime:

Carrara vai trabalhar com a ideia de que o delito não é um ente de fato, mas um ente jurídico, caracterizado pela “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”. Talvez a ideia mais importante, que viria a ser desconstruída pelo positivismo, fosse aquela em que a definição do delito seria o limite e o fundamento para o legislador⁵⁷.

A ideologia liberal burguesa nascente deste período, muda a forma de castigo, criando a prisão para manter a ordem social e desestimulando as influências que criavam o delito na comunidade. Neste período vão acontecer as grandes revoluções burguesas, tal como a Revolução Francesa. Os princípios revolucionários Iluministas – liberdade, igualdade e fraternidade – seriam transportados, além dos seus limites, nas revoluções periféricas como a do Haiti. Não se pode deixar de mencionar nesse período da modernidade, o intenso comércio de escravos que acontecia no Atlântico. Falar em modernidade, sem tocar no projeto de colonização racista que acontecia nos países abaixo do sul global, como diria Achille Mbembe⁵⁸, é não entender a principal força propulsora do progresso e expansionismo europeu.

No final no século XIX, com a onda cientificista, a ciência do crime (criminologia) nasce como ciência e propõe dentre suas reflexões a ordem e o progresso alicerçada em valores conservadores. Os negros eram biologicamente

⁵⁶ BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, v. 2, 2011. p. 35.

⁵⁷ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, v. 2, 2011. p. 39.

⁵⁸ ACHILLE, Mbembe. **A Crítica da razão negra**. Portugal: Antígona, 2014.

inferiores e o delinquente era assim porque pertencia a uma linhagem humana distinta e inferior, ou seja, relacionava-se crime à raça. O médico alienista italiano Cesare Lombroso escreveu *O homem delinquente* (1876) obra que dá o marco da tal ciência do crime e que, ao contrário do que fazia a Escola Clássica, desvia o objeto de estudo do delito para o delinquente. Afirma-se que o comportamento do gênero humano era determinado pelos caracteres físicos, explica-se, pela fisionomia do indivíduo.

Os saberes positivistas se disseminaram para o novo mundo, inclusive para países como o Brasil, a Argentina e o México. Dentre os seguidores de Lombroso, destaca-se no caso brasileiro, o médico legista Nina Rodrigues (1862-1903) “que proporia uma avaliação antropométrica e psiquiátrica de todos os acusados de delito para determinar, cientificamente, o melhor tratamento penal que conviria aplicar”⁵⁹. É encontrado nas obras de Raimundo Nina Rodrigues um profundo racismo contra os negros recém-libertados, acreditando que estes teriam uma insuperável incapacidade mental de adaptarem-se em sociedade e, dessa forma, o castigo corporal seria a única forma de os manter sob controle, não colocando em perigo o desenvolvimento social do país.

Quando a filosofia liberal começa a ser questionada pelo positivismo jurídico dos recentes estados-nações que se fortaleceram com suas políticas imperialistas e colonizadoras, o direito penal vai se tornando cada vez mais autoritário a ponto de permitir que o cientificismo seja usado para concretizar políticas eugenistas, no marco teórico do darwinismo social, de eliminação em massa de grupos étnicos. O crime é visto como uma ação natural das raças degeneradas. E suas práticas e costumes são criminalizados. No Código Penal Brasileiro de 1890 se definia como crime as práticas culturais africanas que eram praticadas no território, como por exemplo, a capoeira:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou inculcando temor de algum mal:
Pena - de prisão cellullar por dous a seis mezes⁶⁰

⁵⁹ ANITUA, Gabriel. Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2008. p. 353.

⁶⁰ BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código penal. Rio de Janeiro: 1890.

No Brasil predominava uma heterogeneidade entre a população, principalmente com a mistura de raças e culturas, tornando a identificação dos indivíduos incuráveis como alvos fáceis das agências estatais de punição. Duarte⁶¹ debruça-se sobre a criminologia e o racismo em sua dissertação de mestrado e retrata os discursos criminológicos no Brasil (de Nina Rodrigues, Tobias Barreto e Clóvis Bevilacqua), os quais estavam alinhados às concepções positivistas e eugenistas de ordem burguesa, estabelecendo determinismos biológicos capazes de aprofundar abissalmente as diferenças sociais entre brancos e não-brancos. Para o autor, a elite escravista branca responsabilizava penalmente as raças inferiores libertas por todos os problemas (aumento da criminalidade, aparecimento das drogas), garantindo, assim, através da desigualdade na aplicação do direito, a superioridade racial (dos brancos) e de seus interesses.

Essas são duas grandes concepções relacionadas a ideia de crime na modernidade. Por óbvio que não são as únicas, mas dão a entender grandes movimentos europeus que foram trazidos para países como o Brasil. A concepção iluminista do crime, como livre escolha violadora de um ente jurídico, contrariando uma conduta ontologicamente – um ente de fato. E a concepção positivista que trata o crime como algo naturalmente vinculado às determinações biologicistas. A genealogia de tais ideias apesar de estar há séculos de distâncias do nosso tempo presente, ainda circulam nos pensamentos e no senso comum quando se fala sobre crime, criminoso e punição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este capítulo se propôs a fazer uma análise das concepções sobre o crime ao longo dos períodos históricos tradicionais conhecidos. A ideia de crime, portanto, ainda está ligada a todas as concepções passadas e ao tecido social econômico, político, cultural vigente no tempo e no espaço. Para se entender que crime é um conceito criado e não algo natural, fruto de uma política adotada por um determinado Estado que está em sintonia com as ideias que circulam pela população, é de

⁶¹ DUARTE, Evandro. **Criminologia e racismo**: uma introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. 1988. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 1988.

extrema relevância que se percorra todos os caminhos históricos que foram abordados aqui.

Os textos legais colocados em evidência demonstram que houve, de fato, um desenvolvimento do Direito distinto entre as diversas sociedades analisadas, dependendo muito da época histórica em que elas se encontravam, assim como de seus ideais de sociedade e justiça, pelo menos desse último, já que o crime normalmente ganhava uma classificação de acordo com a “qualidade” da justiça que sua punição acarretaria. O *Princípio da Pena* ou *Lei do Talião* talvez seja um marcador comum até a Modernidade, período histórico onde desenvolve-se uma ciência criminal com mais interesses “positivados” do que religiosos, alterando-se novamente os objetivos tanto de legisladores como de magistrados.

Por conseguinte, o século XXI mostra-se como um momento da história do Direito no qual temos uma pluralidade de correntes de pensamento sobre este campo de estudos, que amplia, e muito, nossas concepções sobre o homem, a sociedade, o contrato social entre cidadão e Estado, enfim, os próprios fenômenos sociais que oferecerão a base para a criação das leis e suporte para o Poder Judiciário. Ao mesmo passo, independente do Estado que se fala, outros problemas surgem desafiando a lógica das Constituições, forçando o Direito a lidar com situações cada vez mais inéditas, entrando nesta órbita a própria definição de crime e de criminoso.

O capítulo se encerra com uma citação do professor José Reinaldo de Lima Lopes, exaustivamente utilizado neste capítulo:

A história do direito volta a ter um lugar nos cursos jurídicos depois de várias décadas de abandono. A razão de ser deste interesse renovado creio que vem da situação de mudanças sociais pelas quais passa a nossa sociedade neste início de século. E, “em tempos de crise, uma sociedade volta seu olhar para o seu próprio passado e ali procura por algum sinal”. Este pensamento de Octavio Paz é significativo de várias possibilidades com as quais lançamos nosso olhar sobre o passado: para buscar restauração, ou para buscar o futuro mesmo.⁶²

REFERÊNCIAS

ACHILLE, Mbembe. **A Crítica da razão negra**. Portugal: Antígona, 2014.

⁶² LOPES, José. **O Direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

ANITUA, Gabriel. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal: introdução a sociologia do Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, v. 2, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código penal. Rio de Janeiro: 1890.

CASTRO, Flávia. **História do Direito geral e do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DUARTE, Evandro. **Criminologia e racismo: uma introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil**. 1988. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 1988.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

LOPES, José. **O Direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2008.

PALMA, Rodrigo. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PALMA, Rodrigo. O Direito espartano. **Concilium – Revista Eletrônica de Direito da UNIEURO**. n.2, v.1, 2006.

PRADO, Luiz. **Curso de Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

XAVIER, Renata. Evolução histórica do Direito romano. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2782, 12 fev. 2011.

UM ESTADO CENTAURO: REFLEXÕES ACERCA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

A CENTAUR STATE: REFLECTIONS ABOUT BRAZILIAN CRIMINAL POLICY

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque¹

Marcelo Nascimento Bessa²

Resumo: A figura do Estado-centauro, idealizada por Löïc Wacquant, define um Estado que possui uma cabeça liberal que paira sobre um corpo autoritário, ou seja, um Estado que se mostra mínimo para a prestação positiva de direitos socioeconômicos e culturais e máximo para o controle penal. A marcante ausência do Estado e de suas políticas públicas garantidoras de direitos básicos, se dá concomitantemente à presença maciça do aparato repressivo e à natural suspensão permanente de direitos fundamentais. O artigo tem como objetivo geral investigar o fenômeno da redemocratização no Brasil, mais especificamente quanto ao não cumprimento das promessas da Constituição Federal de 1988 no que tange às questões artinentes ao sistema penal promocional e a sua relação com a figura do Estado Centauro de Wacquant.. Para tanto, faz-se necessário pesquisar acerca da redemocratização inacabada no Brasil, o papel da mídia na produção de subjetividades, a construção da figura do inimigo social na lógica do Estado penal. O método empregado é indutivo. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, que se desenvolve a partir de fontes primárias e secundárias, ou seja, a partir da Constituição Federal Brasileira de 1988 e normas esparsas do ordenamento jurídico brasileiro, bem como da literatura disponível atinente à questão.

Palavras-chave: Política criminal. Estado penal. Gestão penal da pobreza. Criminologia.

Abstract: *The figure of the centaur state, idealized by Löïc Wacquant, defines a state that has a liberal head that hovers over an authoritarian body, that is, a state that shows itself to be minimal for the positive provision of socioeconomic and cultural rights and maximum for control penal. The marked absence of the State and its public policies that guarantee basic rights occurs simultaneously with the massive presence of the repressive apparatus and the natural permanent suspension of fundamental rights. The article has the general objective of investigating the phenomenon of*

¹ Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado. Especialista em Direito Empresarial. Graduada em Direito na Unisul. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, com taxa prosc/CNPq. Vinculada ao grupo de pesquisas Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano – Unesc. Professora titular da disciplina de Direito Processual Penal I na FUCAP Univinte. E-mail: camilanandi_@hotmail.com.

² Delegado de Polícia Federal, formado no curso de Direito pelo CEULJI/ULBRA em Ji-Paraná/RO, mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, Especialização em Ciências Criminais pela UNAMA/LFG. Professor assistente da disciplina de Direito Penal III na FUCAP Univinte. E-mail: marcelobessa26@gmail.com.

redemocratization in Brazil, more specifically regarding non-fulfillment of the promises of the Federal Constitution of 1988 with respect to issues related to the penal promotional system and its relationship with the figure of the Wacquant Centaur State. For that, it is necessary to research about the unfinished democratization in Brazil, the role of the media in the production of subjectivities, the construction of the figure of the social enemy in the logic of the penal State. The method employed is inductive. The research technique used is bibliographic, which is developed from primary and secondary sources, that is, from the 1988 Brazilian Federal Constitution and sparse norms of the Brazilian legal system, as well as the available literature related to the issue.

Keywords: Criminal policy. Penal state. Penal poverty management. Criminology.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva a análise de como o Estado brasileiro se vale do sistema punitivo penal para exercer seu controle social com mais intensidade sobre as classes desprivilegiadas. Nesse contexto emerge a figura do Estado-centauro idealizada por Lïc Wacquant³, realiza uma comparação com a figura mítica, e serve para designar o Estado que possui uma cabeça liberal e corpo autoritário. Consubstancia-se na ideia de um Estado mínimo para a prestação de direitos socioeconômicos e culturais, e de um Estado máximo no manejo do seu controle penal e de poder punitivo contra os menos favorecidos.

A realização da presente pesquisa teve como objetivo geral analisar o fenômeno da redemocratização no Brasil, mais especificamente quanto ao não cumprimentos das promessas da Constituição Federal de 1988 no que tange às barbáries do sistema penal promocional⁴, visto que na atualidade aqueles que são desprovidos de proteção social serão recepcionados pela prisão. Opera-se assim um verdadeiro estado de exceção permanente, no qual se algumas garantias constitucionais são suspensas e não se aplicam as classes tidas como subalternas, eleitas como verdadeiros inimigos pelo direito penal.

A hipótese que permeia o presente artigo é a de que em razão da impotência do Estado na prestação positiva de direitos socioeconômicos e culturais, e da

³ WACQUANT, Lïc. **Punir os pobres: a nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: REVAN, 2003. p. 20-21.

⁴ Ocorre quando o Estado utiliza o direito penal para atingir suas finalidades políticas. Desse modo, o direito penal deixa de ser utilizado pelo legislador como forma de controle social subsidiário, violando o princípio da intervenção mínima.

criminalidade daí decorrente, há a vulgarização do sistema criminal, que se vale de um direito penal promocional e com inimigo previamente determinado. Assim, o estado brasileiro, que está inserido na lógica neoliberal, vale-se do sistema penal para o controle social de classes seletivizadas visando suprir sua omissão e deficiências para a resolução de problemas de cunho socioeconômico.

2 PROCESSO DEMOCRÁTICO INACABADO

No Brasil, o inacabado processo de transição para a democracia permitiu a subsistência de resquícios autoritários nos mais diversos segmentos sociais, especial e notadamente na segurança pública. Para O'Donnell e Pinheiro⁵, grande parte dos países latino-americanos não consolidaram os mecanismos e sistemas inerentes ao Estado de Direito.

Sob esses pressupostos se verifica que a cidadania no Brasil foi exercida como sendo uma concessão do Estado a pequenos contingentes, fruto de tensionamentos. Uma cidadania a conta-gotas, regulada por um Estado autoritário, tendo os indivíduos incorporados à força de trabalho como principal referência.

Em sentido semelhante, afirma-se a democracia disjuntiva, que é o fenômeno sociopolítico que o Brasil experimenta nesse processo de redemocratização⁶. Assim, paralelo aos avanços dos direitos fundamentais no plano formal, eclode a violência institucionalizada nos aparelhos repressivos do Estado e o desrespeito aos direitos civis.

Fauzi Choukr⁷ afirma que não houve grandes modificações, após o período ditatorial, na organização, essência e funcionamento das instituições de segurança pública, tecendo críticas à Constituição Federal de 1988, a qual manteve em seu texto praticamente o aparelhamento policial até então existentes. Sob forte influência do período que a precedeu, a constituinte consentiu com a militarização das polícias

⁵ O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). Democracia, violência e injustiça: o não Estado de Direito na América Latina. *In*: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Pinheiros, ano 3, 4. ed., p. 94 - 113, mar./abr., 2009. p. 98.

⁶ CALDEIRA, Teresa. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2000. p. 54 - 55.

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Polícia e Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 115-156.

e corpos de bombeiros dos estados-membros, definindo-as como forças auxiliares do exército. A implementação de princípios inerentes a uma democracia de fato restou intimidada frente à existência de um braço armado cuja mentalidade se situa na ideia de Lei, Ordem e de combate ao inimigo. E esse inimigo é, no caso, seus próprios cidadãos.

A política da Lei e Ordem preconiza e impõe a manutenção da ordem à cidadãos que possivelmente poderiam ameaçá-la, valendo-se do uso da força para seu resguardo, não sendo raros os excessos praticados.

No recente e deficiente Estado Democrático de Direito o inimigo é substituído pelo traficante e pelo perpetrador dos delitos patrimoniais, no contexto da sua obra tosca da criminalidade⁸. A pobreza se torna ameaça e, nos dizeres de Loic Wacquant⁹, não mais precisa ser associada a comportamentos criminosos, pois passa a ser, ela própria, crime. Dessa forma, “a manutenção da ordem pública de classe e da ordem pública se confundem”. Coloca-se em prática a “política criminal com derramamento de sangue”, como designa Nilo Batista¹⁰.

3 A MÍDIA E A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADES

Incumbe à mídia a infame tarefa de produzir as subjetividades que incutem as ideologias convenientes a determinadas classes. Um instrumento extremamente eficaz para incrustar no imaginário social a criminalização da pobreza, a demonização das classes subalternas e a necessidade de um Estado policial. Sem um trabalho preliminar das forças produtivas e das forças de consumo, sem um trabalho de todos os meios de semiotização econômica, comercial e industrial; as relações sociais locais não poderão ser controladas¹¹.

⁸ O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe, à medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e mostra as obras toscas como os únicos delitos (BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito penal brasileiro**. v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 48).

⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

¹⁰ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 129-46, out./dez., 1997.

¹¹ GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica: cartografias do desejo**. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 31.

A produção dessas subjetividades revela-se como ardilosa estratégia para que uma conveniente ideologia seja sub-repticiamente imposta e passivamente aceita no seio da sociedade. Os meios de comunicação, entusiastas da ideologia do Estado punitivo, envergam o baluarte da violência institucionalizada e justificam a truculência estatal em prol da segurança e da ordem. Este rigor punitivo do Estado é, na verdade, proporcionalmente inverso à sua atuação social. A mesma mão invisível que serve às diretrizes neoliberais, veste pesada luva de ferro para exercer sua atividade punitiva.

A mídia se apoia na disseminação da insegurança e serve de maneira prestimosa à lógica penal seletiva das massas indesejáveis, legitimando esse poder interventivo. Batista¹² acentua que, o movimento "Lei e Ordem" se encaixa perfeitamente a este cenário: elege-se "o inimigo" e inicia-se uma varredura randômica dos indesejáveis incertos de aparência certa, patrocinada pela mídia e levada a efeito pela mão pesada do Estado penal. Sob os auspícios da "segurança" a política criminal se volve voraz contra os "consumidores falhos" ou aqueles "cujos meios não estão à altura dos desejos"¹³.

A mídia, portanto, encarrega-se da tarefa de propalar as subjetividades que legitimam as políticas criminais de extermínio imprescindíveis à segurança das classes merecedoras e adaptadas à lógica consumista. Esses estratos privilegiados da sociedade beneficiam-se do círculo midiático para reclamar por um Estado mais atuante no campo penal, para suplantar sua omissão no plano social.

Eugênio Raul Zaffaroni, com a sua peculiar precisão, atesta que quanto mais cruel possa ser a criminalidade veiculada, tão melhor será para instigar a indignação moral, bastando que os meios de comunicação de massa deem exacerbada publicidade a casos de violência para que, imediatamente, as demandas de papéis vinculados ao estereótipo assumam conteúdos de maior crueldade e, em consequência, os que assumem o papel correspondente ao estereótipo ajustem a sua conduta a estes papéis¹⁴. Aqui cabe referenciar a expressão cunhada nos EUA, na década de 90, denominando de "superpredadores" os criminosos violentos,

¹² BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 51.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 57.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul *apud* BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 57.

constantemente enfocados pela mídia em programas televisivos sensacionalistas que apresentavam fileiras de indivíduos negros algemados, pertencente aos guetos das grandes cidades os quais eram sistematicamente abordados e presos pela polícia com base em leis de “guerra às drogas” engendradas sob o argumento da lei e ordem, valendo-se do medo estrategicamente disseminado.

A exaltação da violência e a banalização do horror é constantemente fomentada e difundida pela veiculação de programas e notícias que acentuam a demonização dos indesejáveis e reafirmam a seletividade penal. Opta-se pelo etiquetamento – *labeling approach* - de sujeitos específicos, fazendo do crime um atributo ontológico do ser, é dizer, dos seres apartados da sociedade de consumo.

4 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO

A sensação constante de insegurança, o medo, e a perda de qualidade de vida, junto ao alarmante aumento da criminalidade, reforça o clamor pelo endurecimento das leis penais e pela crítica aos avanços democráticos. O poder público é induzido a voltar-se contra delinquentes “incertos” e suspeitos “certos”. Se, objetivamente, não se alcança a resolução da mazela que é a criminalidade, isto é o que menos importa, pois o senso popular se regozija com a morte dos incertos delinquentes e dos suspeitos certos¹⁵.

Em linha de princípio o Estado Policial pode dirigir seu aparato persecutório repressivo contra qualquer um que represente ameaça ou ofensa à ordem social juridicamente protegida. No entanto, à luz do direito penal do inimigo, os indivíduos-objeto da criminalização – primária e secundária – recebem um *status* diferenciado, por pertencerem a um corpo social eleito e declarado "inimigo público", sob inteira influência do regime socioeconômico vigente.

O conceito atual de “inimigo” é em grande medida atribuído à Carl Schmitt, em torno da distinção entre "nós" e "eles", o nacional e o estrangeiro. Günther Jakobs, introduziu o conceito de inimigo no centro gravitacional da Criminologia e propôs a dissociação subjetiva no direito penal: para as pessoas comuns, criminosos eventuais, aplica-se o direito penal do cidadão, com os direitos e garantias a ele inerentes; para o inimigo, excluem-se ou mitigam-se as garantias decorrentes da

¹⁵ SILVA, Jorge da. **Criminologia crítica**: segurança e política. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 304.

dignidade da pessoa humana.

Os meios de comunicação colaboram com escolha, delimitação e popularização da figura do inimigo social, numa verdadeira criminologia midiática. Corroboram a ideia de uma sociedade do espetáculo, com a qual o Poder Público colabora ou é, no mínimo, conivente.

Na ótica do combate ao inimigo público, o processo penal (do espetáculo) infunde-se na guerra, na neutralização do perigo e da domesticação do indivíduo a que se nega o *status* de cidadão e, por conseguinte, não se lhe concedem os direitos e garantias penais e processuais. Excepcionalidade às regras do Estado Democrático de Direito.

A par de disso, vislumbra-se o verdadeiro processo penal do espetáculo, na conceituação de Rubens Casara. Em que os órgãos encarregados da persecução penal são movidos pelo ímpeto de agradar aos anseios populares de punição, em nítido desrespeito aos direitos fundamentais. Vulgarizam-se as prisões cautelares sem qualquer fundamento, conduções coercitivas, buscas e apreensões domiciliares, dentre outras medidas restritivas desarrazoadas.

A expressão inglesa *Lawfare* é oriunda da aglutinação das palavras *law* (direito) e *warfare* (guerra) e exprime a ideia do Direito como arma de guerra. A *lawfare* seria, assim, a instrumentalização dos aparelhos policiais e jurídicos do Estado para empreender estratégias políticas e perseguição de adversários. Um instrumento projetado para destruir o inimigo político com abuso do sistema jurídico e da mídia, fomentando o clamor público. Citam-se, como características dominantes: a) utilização seletiva dos meios jurídicos e a triagem arbitrária dos alvos de perseguição; b) manobras jurídicas com aparência de legalidade; c) judicialização de questões políticas; d) destruição ou desgaste da imagem pública do adversário com acusações levianas; e) utilização de agentes públicos como fontes jornalísticas e que buscam influenciar a opinião pública com fins morais ou políticos; f) difusão do sentimento generalizado de desilusão popular.

Em suma, a *lawfare* se apresenta como meio eficiente e econômico de desacreditar publicamente um adversário político, por meio da manipulação e instrumentalização do direito. Nesse contexto, se origina a promíscua articulação pautada em interesses políticos escusos e a atuação da Polícia, Poder Judiciário e do Ministério Público, capaz de criar um clamor em segmentos da opinião pública. A

vulgarização de medidas cautelares restritivas da liberdade e outros de direitos se presta exatamente para fortalecer a malsinada estratégia.

5 O ESTADO PENAL

Nilo Batista *et al.*¹⁶ diferencia o Estado penal, ou Estado de polícia, do Estado de Direito. No Estado Penal, de cunho paternalista, as decisões do governante, são pautadas em interesses de um grupo ou classe social (que ocupam o poder político decisório) decidindo o que é bom e/ou possível, definindo as leis (inclusive a política criminal). A lei impõe submissão a todos por seu caráter cogente (e presumidamente legítimo), e daí resulta uma “justiça substancialista” (consciência do bem pertencente à classe hegemônica) e um direito transpersonalista. No extremo oposto, há o Estado de Direito, onde o bem comum reflete a decisão da maioria, respeitando-se as minorias, e a submissão à lei significa acatar as regras previamente estabelecidas, o que resultará em uma justiça procedimental e um direito personalista.

No estado penal restringe-se a dignidade da pessoa humana, e todos os seus corolários, como a vida, a liberdade, a saúde, a educação, o trabalho e a moradia, os quais são mitigados e relegados a segundo plano quando confrontados com o direito à segurança. Dito de outro modo, o Estado Penal se contrapõe à normalidade do Estado de Direito. O estado de exceção de fato instalado se estabelece num grau de indeterminação entre democracia e absolutismo¹⁷.

Esse estado de exceção em que vivemos não advém da Constituição formal que, em seu sistema constitucional de crises, prevê as modalidades de estado de exceção, a figura do estado de defesa (art. 136), estado de sítio (art. 137) e a intervenção federal (art. 34), mas sim da constituição biopolítica, expressando os fatores reais de poder, segundo Ferdinand Lassalle.

A polícia foi concebida como instituição que pode se valer da coerção (força potencial) e até da coação (força em exercício), para exercer a imperatividade do Estado com o escopo de propiciar a segurança social. Na sociologia se apresenta

¹⁶ BATISTA, Nilo *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito penal.** v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 90.

¹⁷ PEDRINHA, Roberta Duboc; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. O homo sacer e o estado de exceção: a segurança pública fluminense à luz do pensamento de G. Agamben. *In: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA*, 14, 2009, Rio de Janeiro. **Anais...**, Rio de Janeiro, 2009.

como um dos chamados freios sociais, ao lado de outras como a família, o trabalho e a religião, sempre premindo o indivíduo, ou determinados grupos, com o objetivo de buscar a manutenção do equilíbrio e do controle social¹⁸. Assim a polícia integra um sistema que necessariamente deve ter sua atuação controlada e consolidada por elementos democráticos.

Por sua vez, a criminalização da pobreza se ampara no discurso sedutor do punitivismo e do combate implacável ao inimigo, perspectivas alinhadas ao totalitarismo de estado. Não é de se estranhar que o critério de aferição da eficácia da polícia – ao menos a polícia judiciária - se restringe à quantidade de inquéritos realizados, os indiciamentos dos investigados e sua efetiva condenação judicial.

Travestido de direito penal do fato, com a definição de um tipo penal que descreve a conduta delituosa, paira, de forma insidiosa, um direito penal do autor. Na ausência da antiga contravenção penal de vadiagem, colocam-se à disposição a lei de drogas e os crimes patrimoniais.

6 O ESTADO CENTAURO

Essa gestão penal da miséria, conforme Wacquant, é gerida por um "Estado-centauro". Um Estado cuja cabeça liberal repousa sobre um corpo autoritarista¹⁹. Aqui, remete-se novamente à ideia da mão invisível que atua na proteção social e veste uma luva de ferro para punir.

A ideia de Estado-centauro tem como premissa o papel do estado, que com sua cabeça liberal, abstém-se diante das relações de mercado, sendo leniente com a majoração e perpetuação das desigualdades, ao mesmo tempo em que seu corpo de centauro troca a abstenção pela ação, assim que o mercado considera imperiosa sua intervenção para a manter a ordem social.

A criminalização da pobreza surge quando a sociedade encampa essa ideologia e procura organizar as relações sociais exclusivamente com base nas relações de mercado, encarando-as como se fossem relações próprias de uma

¹⁸ PEDRINHA, Roberta Duboc; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. O homo sacer e o estado de exceção: a segurança pública fluminense à luz do pensamento de G. Agamben. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 14, 2009, Rio de Janeiro. **Anais...**, Rio de Janeiro, 2009. p. 1684.

¹⁹ WACQUANT, Löic. **Punir os pobres**: a nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: REVAN, 2003. p. 20-21.

empresa²⁰, visto que é a economia que afirma o Estado, e o Estado se torna radicalmente econômico²¹. A partir dessa concepção é que a parte robusta do centauro emerge com voracidade para punir os excluídos da lógica consumista. Sob o pálio do *laissez faire laissez passer* da economia de mercado, do outro lado da moeda, o Estado exorbita, em igual medida, sua ausência na promoção de direitos que poderiam minorar as discrepâncias sociais²².

A estratégia conveniente de manipulação e difusão do medo, atribui a ameaça ao *resultado* e não à *causa*, e aqueles considerados consumidores falhos são rotulados (pela mídia) como inimigos, pelo que devem ser implacavelmente combatidos pelo Estado Penal, inclusive sem que lhes sejam assegurados os mais mezinhas direitos e garantias fundamentais. Encobre-se a real origem do perigo, e a exclusão social dos indesejáveis não se faz objeto de preocupação, por ser desconhecida.

A noção de transição do *Estado providência* para o *Estado penitência*, denunciada por Wacquant, resta acobertada pela exposição midiática e, ao tempo em que se esconde essa verdade, legitima-se a truculência estatal sobre os indivíduos selecionados.

Nessas condições arditamente criadas é que o Estado penal se vale da mídia para bradar o encarceramento como via para solucionar – ou esconder – a problemática do crime. Os discursos punitivos, para reorganizar o caos, tem sido uma constante nos meios de comunicação em massa, encontrando na sociedade pós-industrial um caminho inevitável, necessário e natural para o encarceramento dos pobres²³.

A difusão do cenário generalizado de pânico adquire dois contornos: para as classes hegemônicas a ideia de ameaça constante induz ao sentimento por segurança a todo custo, inclusive restrições a direitos fundamentais. O

²⁰ WACQUANT, Lööc. **Punir os pobres**: a nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

²¹ FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²² Essa perspectiva neoliberal tem como base uma política de sociedade, que é regulada com base no mercado e que submete a sociedade a uma dinâmica concorrencial, ou seja, “[...] o que se procura obter não é uma sociedade submetida ao efeito-mercadoria, é uma sociedade submetida à dinâmica concorrencial” (FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008).

²³ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 124.

agigantamento do Estado policial resta quisto, posto que justificado para amenizar o medo. As classes marginalizadas são objeto de controle de modo a impedir que seus indivíduos atentem contra a ordem.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado moderno é paradoxal, no qual convivem instituições liberais e instituições repressivas. Aquelas resguardando direitos fundamentais e estas destinadas a coibir violações à ordem jurídica. O Estado Policial se mostra impávido quando ocorre o desequilíbrio entre a cabeça e o corpo do centauro, entre a finalidade de garantir a estabilidade social e o emprego desarrazoado da coerção e coação, em que a violência se transmuda de exceção para regra.

A pressão que advém da mídia e do ideário popular é a de que a tarefa policial de combater o crime se dá pelo encarceramento e até eliminação dos criminosos, o que finda por ser absorvido pelo próprio sistema político, com a “formulação de políticas de segurança voltadas ao policiamento ostensivo, em que a noção que a polícia ‘controla o público’ se sobrepõe àquela de que a polícia preferencialmente ‘serve’ ao público, esta fundamental na perspectiva de um policiamento democrático”²⁴. Ao invés de se buscar medidas de socialização da emergente pobreza, verificando os mecanismos coletivos que a ela deram causa e a acentuaram, ou em vez de se remediar seus sintomas individuais; a lógica criminal opta pela via do controle penal.

Em contraposição ao Estado Penal temos a promoção, proteção e o fortalecimento dos direitos fundamentais, não só se assegurando os direitos de liberdade, como também os de igualdade, que exigem prestação positiva do Estado na promoção de condições de melhoria da qualidade de vida e redução das desigualdades. Associe-se ainda a efetiva participação popular direta alinhada ao discurso de efetivação e proteção de direitos e garantias fundamentais.

Deve-se compreender que não é o agigantamento do poder do Estado policialesco sobre a sociedade com a adoção de políticas repressivas que conterão

²⁴ REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. O (sub)sistema de segurança pública *In*: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; FREITAS, Fábio F. B. (org.). **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Gajop; Bagaço, 2002. p. 262.

os conflitos. Como leciona Antonio Luiz Paixão²⁵, a “consolidação da democracia implica na redução da criminalização da marginalidade”. A solução recai no repensar as políticas públicas para ampliar e consolidar a participação popular, promovendo qualidade de vida aos cidadãos.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo *et al.* **Direito penal brasileiro: teoria geral do Direito penal.** v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 129-146, out./dez., 1997.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Direito penal brasileiro.** v.1. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- CALDEIRA, Teresa. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo.** São Paulo: Editora 34/Edusp, 2000.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Polícia e Estado de Direito na América Latina: relatório brasileiro. *In:* CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Polícia e Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 115-156.
- FOUCAULT, M. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1977-1978).** São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica: cartografias do desejo.** Petrópolis: Vozes, 1986.
- MONTEIRO NETO, João Araújo; SILVA, Francisca Jordânia Freitas da. A Democratização do sistema de segurança pública. *In:* CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18, 2009, São Paulo. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (org.). Democracia, violência e injustiça: o não Estado de Direito na América Latina. *In:* AZEVEDO, Rodrigo

²⁵ PAIXÃO, Antônio Luiz. Crime, controle social e consolidação da democracia. *In:* REIS, F. W.; O'DONNELL, G. **A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas.** São Paulo: Vértice/Revista dos Tribunais, 1988. p. 179.

Ghiringhelli de. Justiça penal e segurança pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, Pinheiros, ano 3, 4. ed., p. 94-113, mar./abr., 2009.

PAIXÃO, Antonio Luiz. Crime, controle social e consolidação da democracia. *In*: REIS, F. W.; O'DONNELL, G. **A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas**. São Paulo: Vértice/Revista dos Tribunais, 1988. P. 168-199.

PEDRINHA, Roberta Duboc; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. O homo sacer e o estado de exceção: a segurança pública fluminense à luz do pensamento de G. Agamben. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 14, 2009, Rio de Janeiro. **Anais...**, Rio de Janeiro, 2009.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. O (sub)sistema de segurança pública *In*: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; FREITAS, Fábio F. B. (org.). **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Gajop; Bagaço, 2002. P. 259-272.

SILVA, Jorge da. **Criminologia crítica: segurança e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WACQUANT, Lôic. **Punir os pobres: a nova gestão penal da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p. 124.

A CIDADANIA PRECÁRIA DAS TRANSEXUAIS PARA INGRESSO NO MERCADO FORMAL DE TRABALHO

PRECARIOUS CITIZENSHIP OF TRANSEXUALS FOR ENTERING THE FORMAL LABOR MARKET

Carla Vieira Souza¹

Resumo: O presente artigo objetiva discorrer sobre a cidadania, mais especificamente sobre a cidadania moderna, com enfoque na sua precarização quando se refere às pessoas transexuais, especialmente acerca do seu ingresso e permanência no mercado formal de trabalho. Assim, aborda-se sobre a conceituação da transexual, sua identidade de gênero e as discriminações que sofrem concernentes ao Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Cidadania precária. Mercado de trabalho. Transexual.

Abstract: *This article aims to discuss citizenship, more specifically about modern citizenship, with a focus on their precariousness when referring to transsexual people, especially about their entry and permanence in the formal labor market. Thus, it addresses the concept of transsexuals, their gender identity and the discrimination they suffer concerning Labor Law.*

Keywords: *Precarious citizenship. Job market. Shemale.*

1 INTRODUÇÃO

A cidadania prevê diversos direitos como igualdade de tratamento entre as pessoas, direito de liberdade, à vida, direitos coletivos, sociais como o direito ao trabalho, entre outros. Além disso, tais direitos estão consagrados na Constituição Federal de 1988, a fim de positivá-los e concretizá-los.

Ocorre que quando se refere às pessoas transexuais a cidadania não é exercida de forma plena, pois possuem dificuldades de ingressarem e permanecerem no mercado de trabalho formal, devido à discriminação existente contra elas, por não enquadrarem-se ao modelo heteronormativo da sociedade.

As transexuais ultrapassam a imposição binária de gênero, que existe somente homem ou mulher, esta conceituação é uma construção social que visa

¹ Mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Faculdade Damásio). Advogada. Professora titular da disciplina de direito do trabalho I na FUCAP Univinte. Email: carla.vsouza@outlook.com.

impor o heterossexualismo como incontestável, não havendo espaço e aceitação cultural a outras espécies de autodeterminação de gênero.

Assim, o presente artigo objetiva discorrer sobre o conceito de cidadania, especialmente sobre a cidadania moderna existente no atual mundo capitalista, quais são seus direitos e seus desdobramentos. Visa ainda, demonstrar o que é ser uma transexual, sua identidade de gênero e as discriminações existentes, bem como abordar a difícil inserção das transexuais ao mercado de trabalho formal, revelando uma faceta da cidadania precária, deixando este grupo de pessoas à margem da sociedade.

Registre-se, ainda, que o trabalho adota o método indutivo e pesquisa bibliográfica e documental.

2 CIDADANIA

É necessário entendermos o conceito de cidadania para demonstrarmos sua faceta precária destinada às pessoas transexuais. Para Bobbio, o indivíduo possui além de direitos privados, também direitos públicos, sendo que o Estado de Direito é o Estado dos cidadãos.²

Em síntese, a cidadania é dividida em direitos civis e políticos, denominada de direitos de primeira geração e segunda geração, respectivamente. Os primeiros correspondem aos direitos de liberdade, igualdade, propriedade, à vida, entre outros. Já os direitos sociais denominados de segunda geração são o direito ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, etc., ou seja, seriam os direitos a fim de garantir o bem estar social dos indivíduos. Ainda, há os direitos de terceira geração, que denotam direitos da coletividade, específicos dos movimentos sociais, por exemplo, dos direitos das mulheres, crianças, minorias étnicas, jovens, etc.³

Também pode ser classificada como cidadania por três traços principais, sendo o primeiro a inteligibilidade do mundo político pelo cidadão, a empatia para se

² BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro. Editora Campus. 1992.

³ VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro. 8. ed. Record, 2005.

pôr no lugar de outra pessoa para entendê-la como segundo ponto e pôr fim a civilidade que se refere ao reconhecimento interindividual, de caráter “civil”.⁴

A cidadania moderna confere igualdade e acesso ao poder aos cidadãos, sendo considerada como possuidora de proteção transnacional, assim como os direitos humanos.⁵ Ainda, neste sentido a Constituição Federal de 1988 pode ser denominada como a carta da cidadania, sendo que ela positivou diversos direitos e deveres para os cidadãos, para consubstanciar o conceito de cidadania.⁶

Com isso, a cidadania possui vários conceitos dependendo do recorte teórico a ser realizado, contudo, para se alcançar o objetivo deste artigo se abordará a cidadania moderna, pautada no Estado Capitalista em que vivemos.

Assim, o Estado é o detentor do monopólio da violência legítima, dominador da imposição dos deveres e direitos dos cidadãos. Para tanto, ele utiliza recursos de cunho econômico, ideológico, normalizador, entre outros para controle da sociedade, os quais geram uma relação de desigualdade, constituindo a sociedade em estratificações sociais⁷.

De acordo com Andrade:

Portanto, a articulação desigual e contraditória da sociedade em classes sociais, é o grande diferenciador no controle dos recursos de dominação. E “a relação de dominação principal, embora não única, numa sociedade capitalista, é a relação de produção entre capitalista e trabalhador assalariado, mediante a qual é gerado e apropriado o valor do trabalho”.⁸

Esta desigualdade social da cidadania moderna está atrelada intimamente com a globalização. Para muitos, a globalização é vista como algo nocivo devido às consequências negativas para os países pobres que estão em fase de desenvolvimento, a qual deve ser combatida. Ainda, é considerada “como um fenômeno que se contrapõe a solidariedade existente no plano local e nacional”.⁹

O momento em que vivemos deste mundo capitalista ferrenho, atrelado a globalização que se pauta em um mundo focado na era informática, microeletrônica

⁴ VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro. 8. ed. Record, 2005.

⁵ VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro. 8. ed. Record, 2005.

⁶ HERKENHOFF, João Baptista. **A cidadania**. 2. ed. Manaus: Valer, 2001.

⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do Direito aos Direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do Direito aos Direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p.53.

⁹ VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro. 8. ed. Record, 2005.

e de telecomunicações, que dá um novo modo de vida para o indivíduo, que não mais necessita de um território físico. Assim surge a globalização da pobreza e os desempregos, sendo que os seres humanos que vivem a margem da sociedade serão considerados descartáveis.¹⁰

Com isso, é possível vislumbrar que a cidadania não é plena para todos os cidadãos, apesar da Constituição Federal de 1988 prever direitos iguais como: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a igualdade entre homens e mulheres e, a convivência harmônica sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, as disparidades e discriminações existem a determinados grupos de pessoas.

As pessoas possuem diferenças e essas diferenças são utilizadas para discriminar os grupos subalternos, mantendo a maioria nas classes dominantes, por serem considerados culturalmente e moralmente como modelos a serem seguidos.

Assim, as pessoas transexuais sofrem discriminação para ingresso no mercado formal de trabalho, sendo que possuem uma cidadania precária visto que trabalham geralmente na informalidade. O trabalho agrega dignidade ao ser humano atrelado ao fato de que com isso terá uma renda justa para viver a plenitude da cidadania.

Para Campos:

O direito não se refere apenas ao trabalho, pura e simplesmente, mas sim ao trabalho decente, que se caracteriza por ser realizado em condições de liberdade, igualdade e segurança, bem como mediante remuneração capaz de garantir existência digna aos trabalhadores e a suas famílias. Mais uma vez, surge aí o atributo da dignidade, próprio dos direitos humanos e, mais especificamente, do trabalho decente.¹¹

Isto posto, o item seguinte se abordará a faceta discriminatória das transexuais e seu reflexo direto na dignidade da pessoa humana na esfera laboral.

¹⁰ VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro. 8. ed. Record, 2005.

¹¹ CAMPOS, André Gambier. **Direito ao trabalho**: considerações gerais e preliminares. 1587 texto para discussão. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011, p.18.

3 DAS PESSOAS TRANSEXUAIS

Para compreender o conceito de transexual é necessário se aprofundar sobre identidade de gênero, a fim de compreender com profundidade esse grupo de pessoas.

Segundo Butler gênero é uma construção social e não se trata de resultado casual do sexo, tampouco pode ser considerado como binário, sendo designado como feminino ou masculino. Assim, nem sempre corpos masculinos são “homens” e corpos femininos são “mulheres”.

Quando o status construído do gênero é teorizado como radicalmente independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a consequência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.¹²

Esta construção social do sujeito em gênero já inicia desde a fase do ser humano ser uma criança, competindo aos pais a responsabilidade de orientar seus filhos, pautados na anatomia de seu corpo, em se tornarem do gênero masculino ou feminino.¹³

A cultura predominante aduz que é incompreensível haver pessoas que identificam seu gênero ao oposto do decorrente do sexo. Para tanto, essas identidades de gênero opostas são problemas de desenvolvimento ou impossibilidades lógicas, pois são inteligíveis culturalmente na sociedade.¹⁴

Neste sentido, a célebre frase de Simone de Beauvoir: “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”¹⁵ corrobora com a identidade de gênero para explicar as pessoas transexuais. Para Beauvoir o gênero é sempre adquirido através de uma cultura variante, sendo que o sexo é imutável, mas o gênero não, rompendo também com a imposição binária.¹⁶

¹² BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 26.

¹³ BADINTER, E. **XY: sobre a identidade masculina**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

¹⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 26.

¹⁵ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 11.

¹⁶ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

Esta divisão em gênero e sexo masculino e feminino é algo imposto para declarar e afirmar a naturalidade da heterossexualidade, negando as demais afirmações de gêneros existentes. A lésbica se opõe a esta dualidade e não se declara como homem ou mulher, ela não tem sexo, está além destas categorias. Assim, ela pode tornar-se feminina, ser homem ou mulher, devido à constituição cultural do gênero.¹⁷

Para Butler pode existir um terceiro gênero, como as lésbicas, gays, travestis, além também da *performance* de gênero, que se trata da imitação do gênero, como a *drag*. A heterossexualidade não deve ser fixa e imutável, as configurações de gênero e sexo podem se proliferar para tentar combater o chamado “inatural” do gênero não binário¹⁸.

De acordo com Bento:

Esses processos corporais podem ser pensados como metáfora para a construção de identidade. Ser um homem/uma mulher implica um trabalho permanente, uma vez que não existe uma essência interior que é posta a descoberto por meio dos atos. Ao contrário, são esses atos corporais, estéticos e linguísticos, que fazem o gênero.¹⁹

Assim, as transexuais enquadram-se no tema sobre identidade de gênero, sendo consideradas um terceiro gênero, por exemplo, pois não se enquadram como homem ou mulher. Elas nascem com um determinado sexo imposto no nascimento e não se identificam com ele, tampouco com seu corpo, passam a comportar-se e se declararem ao sexo oposto.

Além do mais, não podem ser consideradas como homossexuais, visto que estes se restringem “ao âmbito das relações afetivas e sexuais, ou seja, o indivíduo apenas elege uma pessoa com uma constituição genital semelhante a sua como objeto erótico, não apresentando repúdio pelo seu próprio corpo, nem a pretensão de transformá-lo”.²⁰

¹⁷ WITTIG, Monique. **El pensamiento heterosexual y otros ensayos**. Madrid: Egales, 2006.

¹⁸ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

¹⁹ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p. 25-26.

²⁰ SOUZA, Heloisa Aparecida de. **Os desafios do trabalho na vida cotidiana de mulheres transexuais**. 2012. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Centro de Ciências da Vida, PUC, Campinas, 2012, p. 30.

Não podem ser confundidas também com as travestis, pois apesar de ambas se vestirem como mulheres e manterem relações sexuais com homens, as travestis não abominam seu corpo, ao contrário, elas tem orgulho do seu órgão genital e não cogitam mudança, apenas por determinado lapso de tempo preferem ser outra pessoa.²¹

Para Marinho:

São pessoas em que o sexo biológico não se compatibiliza com o sexo psíquico, fazendo com que busquem constantemente a adequação do seu corpo à mente, na maioria das vezes estas pessoas desejam e buscam realizar a cirurgia de redesignação de sexo por possuírem ojeriza ao seu órgão sexual.²²

Com isso, as transexuais se distinguem dos gays, lésbicas e travestis e as mesmas não apresentam nenhuma patologia biológica, mas possuem convicção absoluta de que não pertencem ao corpo o qual nasceram, sendo que algumas optam por passarem por cirurgia para aderirem ao sexo ao qual almejam, para encontrarem um sentido de identidade.²³

Por fim, se abordará a discriminação para ingresso e permanência no mercado de trabalho formal contra as transexuais, como uma faceta precária da cidadania desse grupo.

4 DISCRIMINAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO FORMAL

As pessoas transexuais sofrem diversas discriminações, sejam pela sociedade, família, amigos e no próprio mercado de trabalho. Por se considerarem e pertencerem ao sexo oposto do designado em seu nascimento e não aceitarem conviver com seu corpo, optam por aderirem ao outro sexo. Alguns realizam a cirurgia de redesignação de sexo e outros não, apenas passam a se vestir e comportar-se como homens ou mulheres.

²¹ SOUZA, Heloisa Aparecida de. **Os desafios do trabalho na vida cotidiana de mulheres transexuais**. 2012. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Centro de Ciências da Vida, Puc, Campinas, 2012.

²² MARINHO, Neumalyne Lacerda Alves Dantas. A exclusão das pessoas trans do mercado de trabalho e a não efetividade do direito fundamental ao trabalho. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v.2, n. 1, jan/jun. 2016, p. 262.

²³ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

As transexuais vivem marginalizadas, pois:

(...) o corpo é um texto socialmente construído, um arquivo vivo na história do processo de (re)produção sexual. Neste processo, certos códigos naturalizam-se, outros, são ofuscados e/ou sistematicamente eliminados, postos às margens do humanamente aceitável, como acontece com as pessoas transexuais.²⁴

Além disso, quando conseguem ingressar formalmente no mercado de trabalho sofrem discriminação no próprio ambiente laboral, por serem considerados anormais, sendo excluídos pelos colegas de trabalho e pela superiores hierárquicas. Ainda, quando conseguem empregos são os de cargo da base e a grande maioria não se sentem realizadas com a função designada.

Para Longaray e Ribeiro:

As transexuais e as travestis são alvos dessa investigação por serem entendidas como corpos abjetos, sendo, para muitos/as, consideradas aberrações, pois desafiam a heteronormatividade, ou seja, são produzidos fora da inteligibilidade social, incoerentemente em relação às normas hegemônicas. Provocam, muitas vezes, repulsa na sociedade.²⁵

Elas sofrem preconceitos por não se adequarem ao padrão comportamental e de gênero que a sociedade impõe. Segundo Ferraz: “Essas pessoas descumprem os códigos sociais ao expressar um gênero sexual que não corresponde ao que seria “próprio” do seu sexo biológico [...]”.²⁶

O trabalho é um meio de inclusão socioeconômica, tanto para o cidadão possuir renda para seu próprio sustento como para estar inserido na sociedade por meio do labor, para satisfação pessoal e profissional. Segundo Cecato, o trabalho representa um bem-estar econômico, que além da satisfação que serve como um instrumento de inserção social.²⁷

²⁴ BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p. 30.

²⁵ LONGARAY, Deise Azevedo; RIBEIRO, Paula Regina Costa. Travestis e transexuais: corpos (trans)formados e produção da feminilidade. **Revista Estudos Feministas**, [s.l.], v. 24, n. 3, dez. 2016, p. 763.

²⁶ FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão. **Manual dos direitos da mulher**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 219.

²⁷ CECATO, Maria Aurea Baroni. **Interfaces do trabalho com o desenvolvimento**: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU Prima Facie, João pessoa, v. 11, n. 20, ano 2011, jan/jun, 2012, p. 23-42.

O labor também concretiza a dignidade do ser humano, direito este consagrado no artigo 6º da Constituição Federal preconiza: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.²⁸

Fonseca assevera que se trata: “de um direito vinculado à vida, pois sem trabalho as pessoas não tem como proporcionar uma vida digna para si e para sua família”.²⁹

De acordo com Delgado:

O trabalho, em especial o regulado (o emprego, em suma), por ser assecuratório de certo patamar de garantias do ser humano, constitui-se no mais importante veículo de afirmação socioeconômica da grande maioria dos indivíduos componentes da sociedade capitalista, sendo desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da democracia na visão social.³⁰

Devido ao preconceito e efetiva discriminação contra as transexuais as mesmas possuem dificuldades imensas de ingressarem no mercado de trabalho formal e lá permanecerem. Os motivos são por não se enquadrarem ao modelo heteronormativo imposto pela sociedade, por vestirem-se ao sexo oposto e aos diversos estereótipos atribuídos à elas.

Ainda, a expulsão de casa, a falta de apoio familiar, a evasão escolar, devido ao preconceito e assédio que essas pessoas sofrem, atrelado à falta de políticas públicas, iniciativa do Estado e das instituições de ensino, também são fatores que contribuem para as dificuldades de inserção no mercado de trabalho formal³¹.

Assim, elas ficam invisíveis para o Estado e a sociedade, à margem, socorrendo-se muitas vezes a trabalhos informais, como por exemplo, a prostituição, que se torna uma fonte de renda para sua subsistência, sendo um trabalho temporário até encontrarem outro.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. de 05 de outubro de 1988.

²⁹ FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental**. São Paulo, LTr, 2014, p. 99.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 21.

³¹ SOUZA, Heloisa Aparecida de. **Os desafios do trabalho na vida cotidiana de mulheres transexuais**. 2012.

As transexuais sofrem com a dificuldade de serem empregadas, mesmo que tenham qualificação, e na maioria dos casos são excluídas das escolas, repudiadas no mercado de trabalho formal e forçadas a viverem à margem da sociedade, geralmente como prostitutas.³²

Em que pese a Constituição Federal ser considerada uma carta de cidadão, prevendo direito de igualdade, da não discriminação entre sexo, da dignidade da pessoa humana, direito social ao trabalho, as transexuais sofrem discriminação e não conseguem exercer sua cidadania de forma plena, pois não conseguem um trabalho formal. Assim, a igualdade material não é alcançada, para proporcionar igualdade de oportunidades as transexuais.

Rocha assevera que:

Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente que ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias e alegrias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual.³³

O mercado de trabalho formal visa exclusivamente o lucro e a produtividade empresarial, não estando preparado para lidar com as diferenças sociais. Ainda, o mercado preza pela competição, individualismo, perseguição, deslealdade, flexibilização, sendo agravados tais adjetivos quando a cidadã não se enquadra nos padrões culturais pré-estabelecidos, ocorrendo, assim, a discriminação por identidade de gênero.³⁴

Ainda, criaram-se vários estereótipos para as transexuais, como por exemplo, ser uma pessoa vadia, desbocada, sexualmente ativa e extravagante. Devido à competitividade mercantil e também a esta falácia, o mercado de trabalho atua no sentido de excluir e discriminar as transexuais, desde o momento do processo de seleção ao ingresso no trabalho tanto quanto sua manutenção no emprego.³⁵

³² BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direitos de para todos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 19.

³⁴ SILVA, Sofia Vilela de Moraes. **Discriminação por identidade de gênero no direito do trabalho**: a desconstrução do dispositivo binário centrado na polaridade homem/mulher para ampliar os cânones da proteção, 2015.

³⁵ SILVA, Sofia Vilela de Moraes. **Discriminação por identidade de gênero no direito do trabalho**: a desconstrução do dispositivo binário centrado na polaridade homem/mulher para ampliar os cânones da proteção, 2015.

Com isso, há muito a ser caminhado para alcançar a igualdade material para tratamento em diversas áreas para as transexuais, especialmente no campo do Direito do Trabalho. Assim, é necessário desenvolver políticas públicas que favoreçam o acesso e permanência no mercado de trabalho, que evitem discriminações, assédios, promovam promoção de cargos, enfim, que visem diminuir a discriminação contra as pessoas transexuais.

Por fim, encerra-se o presente artigo com uma citação de Judith Butler: “Ora, é preciso entender o drama do Simbólico, do desejo, da instituição da diferença sexual, como uma economia significante autônoma que detém o poder de demarcar e excluir o que pode e o que não pode ser pensado nos termos da inteligibilidade cultural”.³⁶

5 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, apesar de existir direitos positivados na Constituição Federal, sobre direito à igualdade, ao trabalho, à vida, à dignidade da pessoa humana, consubstanciado na cidadania, as transexuais não exercem estes direitos de forma plena, sua cidadania é precária, afetando diretamente para entrada no mercado de trabalho formal.

Elas sofrem discriminações, das mais diversas formas, e vivem à margem da sociedade, pois possuem sérias dificuldades de ingressarem no mercado de trabalho formal ou lá permanecerem, devido a discriminação existente contra elas, por não se enquadrarem ao padrão cultural imposto, a heteronormatividade.

O trabalho é um meio de inclusão socioeconômico que traz dignidade para o ser humano, sendo que as transexuais tem este direito tolhido por não se enquadrarem ao padrão de gênero binário, tendo que se socorrerem a trabalhos informais, muitas vezes à prostituição, para manterem sua subsistência.

Esta faceta precária da cidadania para este grupo é uma afronta aos princípios previstos na Constituição, sendo necessária a instituição de políticas públicas para efetivar o direito de igualdade de tratamento para as transexuais, sob pena de incorrerem em um retrocesso social.

³⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 140.

Por fim, a cidadania não é exercida de forma plena por todos os cidadãos, sendo as pessoas transexuais um grupo extremamente atingido e discriminado no atual mundo moderno, pela prevalência da heteronormatividade sobre qualquer outra identidade de gênero diversa.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do Direito aos Direitos Humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- BADINTER, E. **XY: sobre a identidade masculina**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BENTO, Berenice. **A reinvenção do Corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 10/10/2018.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro. Editora Campus. 1992.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- CAMPOS, André Gambier. **Direito ao trabalho: considerações gerais e preliminares**. 1587 texto para discussão. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011.
- CECATO, Maria Aurea Baroni. **Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU Prima Facie**, João pessoa, v. 11, n. 20, ano 2011, jan/jun, 2012, p. 23-42.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- FERRAZ, Carolina Valença, LEITE, George Salomão, LEITE, Glauber Salomão. **Manual dos direitos da mulher**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.
- FONSECA, Maria Hemília. **Direito ao trabalho: um direito fundamental**. São Paulo, LTr, 2014.
- HERKENHOFF, João Baptista. **A cidadania**. 2. ed. Manaus: Valer, 2001.
- LONGARAY, Deise Azevedo; RIBEIRO, Paula Regina Costa. Travestis e transexuais: corpos (trans)formados e produção da feminilidade. **Revista Estudos Feministas**, [s.l.], v. 24, n. 3, p.761-784, dez. 2016. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1806-9584-2016v24n3p761>.
- MARINHO, Neumalyne Lacerda Alves Dantas. A exclusão das pessoas trans do mercado de trabalho e a não efetividade do direito fundamental ao trabalho. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v.2, n. 1, p. 261-277, jan/jun. 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direitos de para todos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro. 8. ed. Editora Record. 2005.

SILVA, Sofia Vilela de Moraes. **Discriminação por identidade de gênero no direito do trabalho**: a desconstrução do dispositivo binário centrado na polaridade homem/mulher para ampliar os cânones da proteção. 2015. 196 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, UFPE, Recife, 2015.

SOUZA, Heloisa Aparecida de. **Os desafios do trabalho na vida cotidiana de mulheres transexuais**. 2012. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Psicologia, Centro de Ciências da Vida, Puc, Campinas, 2012. Disponível em: [http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/tde_arquivos/6/TDE-2013-02-05T062126Z-1768/Publico/Heloisa Aparecida de Souza.pdf](http://www.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/tde_arquivos/6/TDE-2013-02-05T062126Z-1768/Publico/Heloisa_Aparecida_de_Souza.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

WITTIG, Monique. **El pensamiento heterosexual y otros ensayos**. Madrid: Egales, 2006.

AS RELAÇÕES NEGOCIAIS POR MEIO DE WHATSAPP

BUSINESS RELATIONS THROUGH WHATSAPP

Claudinéia Onofre de Assunção Mota¹

Resumo: O presente artigo aborda parâmetros de uma contratação, primordialmente, a sua importância na atualidade, com apresentação de conceito. Na sequência, sucintamente, apresenta a principiologia, limitando-se à dignidade da pessoa humana, à autonomia privada, à boa-fé objetiva e à função social do contrato. Avalia a obrigatoriedade de observância dos requisitos subjetivos, objetivos e formais de um negócio jurídico, assim como as fases para a sua formação. Busca apresentar aspectos das negociações de modo despersonalizado, por meio da utilização de aplicativo WhatsApp. Averigua decisões judiciais que reconheçam o referido aplicativo como meio de exteriorização da vontade e a declaração de consentimento. Conclui com a necessária ponderação na utilização do referido aplicativo para a realização de negócios jurídicos.

Palavras-chave: Direito contratual. Boa-fé. Negociações. Despersonalização.

Abstract: *This article addresses parameters of a contract, primarily, its importance today, with a concept presentation. Subsequently, it briefly presents the principle, limiting itself to the dignity of the human person, private autonomy, objective good faith and the social function of the contract. It assesses the obligation to comply with the subjective, objective and formal requirements of a legal business, as well as the stages for its formation. It seeks to present aspects of the negotiations in a depersonalized way, using the WhatsApp application. Investigate legal decisions that recognize the application as a way of expressing the will and the declaration of consent. It concludes with the necessary consideration in the use of the referred application to carry out legal transactions.*

Keywords: *Contract law. Good faith. Negotiations. Depersonalization.*

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil e a legislação esparsa prevêm diversas espécies de contratações, inclusive aquele respalda a celebração de contratos atípicos, conforme se vê na redação do art. 425².

E num contrato há requisitos necessários a serem cumpridos, buscando

¹ Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional. Pós-graduada em Direito Civil. Professora assistente de Direito Civil III, na FUCAP Univinte.

² “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

atribuir existência, validade e eficácia. Os requisitos são divididos em subjetivos, objetivos e formais.

Com efeito, o consentimento, numa relação negocial, é elemento salutar, do contrário, não há contrato.

Aferir o consentimento num contrato celebrado que tenha como intermediador um aplicativo, como o WhatsApp, é desafiador e alvo do presente artigo.

Destacam-se, ainda, os princípios contratuais, dos quais a boa-fé recebe importante formatação.

A jurisprudência, aos poucos, vem enfrentando as celeumas a respeito, por vezes, reconhecendo o consentimento declarado por meio de aplicativo.

Portanto, o objetivo desta explanação, não exauriente, é analisar alguns aspectos destacados das contratações via WhatsApp e suas implicações.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as contratações através de meios tecnológicos.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁵ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22.

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

2 O CONTRATO

A respeito, não se pode discordar que o mundo moderno é o universo dos contratos, uma vez que a sociedade encontra-se permeada de diversas negociações, inclusive, não previstas pelo ordenamento jurídico, mas sem afrontá-lo, pois encontram respaldo no art. 425 do Código Civil¹⁰.

Em linhas gerais, cumpre pontuar que contrato diz respeito ao trato com alguém. É a relação negocial travada entre pessoas quanto a um objeto escolhido pelos contratantes, a qual a lei atribui efeitos.

Em apertada síntese, Farias e Rosenvald, citando Antônio Junqueira, lecionam que:

[...] 'todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide'.¹¹

E, neste caminhar, salutar que se rememore a importância dos princípios, pois constituem parâmetros para interpretação, integração e controle dos contratos.

Diversos são os princípios que podem ser aplicados na seara contratual, porém, didaticamente e limitado ao tema proposto, destacam-se a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada, a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Primeiramente, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como um dos fundamentos do ordenamento jurídico, prevista no art. 1º, da Constituição Federal¹², exigindo que o contrato seja instrumento para a sua observância, inclusive recorrendo a proporcionalidade e a razoabilidade, dependendo do caso concreto.

¹⁰ "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código." (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**: contratos. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 62.v.4.

¹² "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político." (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020).

Por sua vez, a autonomia privada pode ser entendida como a liberdade das pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais.

Farias e Rosenvald:

[...] exclusivamente atrelada ao princípio da liberdade contratual, a autonomia privada pode ser definida como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”.¹³ (grifos do autor)

Com merecido destaque, a boa – fé objetiva norteia o direito contratual, exigindo das partes da relação negocial uma postura honesta e transparente. Revela-se no dever de agir das partes, no comportamento dos contratantes, que não podem ignorar as expectativas criadas nas negociações, sob pena de responsabilização.

Referido princípio, possui funções de extrema importância, quais sejam, interpretativa¹⁴, integrativa¹⁵ e de controle¹⁶.

Acerca da boa-fé, Gonçalves leciona:

O princípio da boa-fé exige que as pessoas se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar.¹⁷

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 150.v.4.

¹⁴ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

¹⁵ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

¹⁶ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 53.v.3.

A função social do contrato é matriz de interpretação contratual, de modo que não se pode visualizar uma contratação que desrespeite fatores sociais e econômicos. Tal é a importância que o art. 2.035, do Código Civil, revela a sua natureza de princípio de ordem pública¹⁸.

E Gonçalves esclarece:

É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, *individual*, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, *público*, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.¹⁹ grifos do autor

Uma vez que, ainda que resumidamente, entende-se a definição do contrato e os princípios que o norteiam, oportuno consignar que, para a sua realização, devem estar reunidos pressupostos que assegurem a regularidade da negociação.

Com efeito, têm-se requisitos subjetivos, objetivos e formais.

Quanto aos subjetivos, Gonçalves, citando Diniz, afirma que:

[...] consistem: a) na manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contraentes; b) na aptidão específica para contratar; c) no consentimento.²⁰

Inicialmente, sobressai a capacidade das partes – pessoa física e jurídica - a ser identificada no momento da declaração de vontade. A capacidade genérica é aquela para agir, exigindo, inclusive, representação ou assistência dependendo do caso. Não observada, poderá redundar em nulidade ou anulabilidade.

¹⁸ “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 26.v.3.

²⁰ DINIZ apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 34. v. 3.

Todavia, em alguns casos, é de se ponderar a capacidade específica ou contratual, conforme exigência legal, ilustrada na hipótese do art. 496, do Código Civil²¹.

Aliás, a capacidade contratual pode ser entendida, ainda, como verdadeira legitimação para a relação negocial.

E, destaca-se o consentimento como pressuposto salutar na negociação, porquanto sem a expressão da liberdade de contratar, não há como subsistir contrato apto a produzir efeitos.

O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de macular, até mesmo em definitivo, o contrato.

Porém, no contexto fático em que se vive o consentimento, por vezes, é relativizado, do contrário, dificultada seria a sobrevivência, porquanto, por vezes, é de se admitir a provável contratação movida por circunstâncias que não permitem, numa visão emergencial, conduta diversa.

Isto é, é certo que se tem liberdade de contratar (autonomia privada), mas o consentimento espontâneo, às vezes, é relativo.

Ilustra-se na improvável recusa na compra de medicamento em meio a uma doença. Não há obrigatoriedade na compra, evidentemente, porém é pouco crível que não ocorra a aquisição de remédios. Talvez, a negativa no consumo de energia elétrica seja uma alternativa para alguns, todavia, possivelmente da imensa minoria.

E quando se fala em consentimento, outro ponto importante é o silêncio. A ausência de exteriorização autoriza a compreensão de anuência? Em síntese, o art. 111, do Código Civil²², nos aponta para a hipótese do silêncio circunstanciado.

Portanto, dependendo das circunstâncias da relação negocial, pode-se concluir pela concordância, com análise à conduta do agente.

Em outras palavras, o consentimento pode ser exteriorizado de forma expressa ou tácita.

²¹ “Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

²² “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

Extrai-se da doutrina de Gonçalves:

[...] O requisito de ordem especial, próprio dos contratos, é o *consentimento recíproco ou acordo de vontades*. Deve abranger os seus três aspectos: c1) acordo sobre a *existência e natureza* do contrato (se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há); c2) acordo sobre o *objeto* do contrato; e c3) acordo sobre as *cláusulas* que o compõem (se a divergência recai sobre ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato).²³ (grifos do autor)

Ao arremate dos requisitos subjetivos, a pluralidade impõe a existência de mais de uma pessoa para a realização da negociação.

Mas o objeto a ser contratado também exige observância cautelosa.

Neste tocante, o objeto deve ser lícito (o objeto não pode atentar contra a lei, a moral e os bons costumes), possível material e juridicamente (não proibido pelo Direito), determinado ou determinável e ser capaz de valoração econômica.²⁴

E, no que diz respeito à forma, Gonçalves diz que há “[...] três espécies de formas: livre, especial ou solene e contratual”.²⁵

Assim, predomina o consensualismo, quando as partes podem celebrar da forma que desejarem: escrito, verbal, mímica, tácita, desde que a lei não vede. Todavia, há casos que a lei exige solenidade, como no art. 108, do Código Civil, ou assim os contratantes tenham acordado.²⁶

Também, revela-se salutar a apresentação das etapas de formação de um contrato.

Neste ponto, necessário esclarecer que muitas vezes a identificação de cada fase restará prejudicada, diante da rapidez das negociações.

Mesmo assim, didaticamente as fases a serem brevemente estudadas auxiliam na compreensão da feitura de um contrato.

²³ PEREIRA apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 35. v.3.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.pp. 37-8. v. 3.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 39. v. 3.

²⁶ “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 jan.2020).

Inicia-se com a exteriorização da manifestação da vontade, que é a formação do querer, é o elemento subjetivo, que se materializa na declaração daquela.

Destaca-se da doutrina:

A manifestação da vontade é o primeiro e mais importante requisito de existência do negócio jurídico. A vontade humana se processa inicialmente na mente das pessoas. É o momento subjetivo, psicológico, representado pela formação do querer. O momento objetivo é aquele em que a vontade se revela por meio da declaração. Somente nesta fase ela se torna conhecida e apta a produzir efeitos nas relações jurídicas. [...].²⁷

Segue-se com as negociações preliminares, momento no qual ocorrem os debates e surgem os deveres jurídicos decorrentes do princípio da boa-fé, como a lealdade, correção, informação, proteção, sigilo.

Cassettari descreve:

[...] (*também chamada de pontuação ou fase de proposta não formalizada*): nesta fase haverá debates prévios, tratativas, sem vinculação das partes, salvo se ocorrer expectativa de contratação, que gera responsabilidade civil pré-contratual fundada na culpa *in contraendo*. [...].²⁸ (grifos do autor)

Avançando, tem-se a proposta ou a oferta, que deve reunir elementos suficientes para a avaliação do oblato (aquele que é o destinatário da proposta).

Merece destaque o art. 427, do Código Civil²⁹, e os arts. 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

²⁷ RODRIGUES apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 73.v.3.

²⁸ CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 258.

²⁹ “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 30 jan.2020).

³⁰ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével. Art. 32. Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei. Art. 33. Em caso de oferta ou venda por telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na

Ressalta-se da doutrina de Gonçalves:

A oferta traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico unilateral, constituindo elemento da formação contratual.³¹ [...].

Com a aceitação da proposta, tem-se a conclusão do contrato.

E, uma vez que o contrato é formado, cabe às partes o cumprimento das obrigações assumidas, resultando consequências para o caso de desrespeito, tema que não é objeto do presente artigo.

2 O CONTRATO POR MEIO DO APLICATIVO WHATSAPP

Não se pode deixar de pontuar que, na atualidade, muitas negociações ocorrem por meios não triviais, inclusive através de redes sociais, em verdadeiro desafio aos juristas no estabelecimento ou identificação das cláusulas que as norteiam.

Não há vedação que assim sejam realizadas, entretanto dificultam a resolução de conflitos pela ausência de termos claros ou a inexistência de elementos consuetudinários que possam colaborar na interpretação.

A negociação despessoalizada, eletrônica ou à distância, é uma realidade cada vez mais presente e merece atenção.

Farias e Rosenvald ensinam:

[...] a distância entre fornecedor e consumidor, a despessoalização da relação jurídica, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, a desterritorialização da contratação, efetivada em “território virtual”, a desmaterialização da execução à distância e a objetividade ou

transação comercial. Parágrafo único. É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina. Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos. Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 30 jan.2020).

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 76.v.3.

“autonomia” das duas vontades exteriorizadas, perante qualquer meio virtual.³²

E as redes sociais, que aproximam fictamente as pessoas, vêm sendo utilizadas a facilitar as contratações, o que é, parcialmente, positivo.

Frisa-se que essa despersonalização ou impessoalidade pode gerar transtornos ainda pouco conhecidos ou mesmo prejuízos de grande monta, mormente quando utilizada de modo fraudulento e com intenções espúrias.

Com base na limitação do tema proposto, surge a controvérsia dos reflexos das negociações via redes sociais, especialmente pelo aplicativo WhatsApp.

Segundo o site Consumidor Moderno, o WhatsApp é o aplicativo mais utilizado pelos brasileiros e a primeira opção de tela dos usuários.³³

Questiona-se: o consentimento – requisito subjetivo do contrato – pode ser declarado através de uma mensagem de WhatsApp? Como aquilatar a veracidade das informações?

Como já se viu o consentimento é a expressão da liberdade de contratar, e deve ser livre e espontâneo.

Não é difícil defender a arguição de que, em alguns contratos, como compra e venda de imóveis de valor expressivo, a segurança da negociação, principalmente seu consentimento, passa pela exteriorização escrita.

Entretanto, a venda de um automóvel, opera-se com tradição, sem exigir formalidades. E, não havendo forma específica, os requisitos são analisados numa ótica mais branda.

É certo que um dos pressupostos da compra e venda é o consentimento.

Gonçalves esclarece sobre a compra e venda que se trata de “Contrato bilateral pelo qual uma das partes se obriga a transferir o domínio de uma coisa à outra, mediante a contraprestação de certo preço em dinheiro”.³⁴

E, mais específico acerca do consentimento:

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil**. 3 ed. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 335. v.3.

³³ RIBEIRO, Dimas. **Consumidor moderno**. São Paulo (SP), 28 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/06/28/whatsapp-brasileiros-2019/>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 214. v.3.

[...] pressupõe a capacidade das partes para vender e comprar e deve ser livre e espontâneo, sob pena de anulabilidade, bem como recair sobre os outros dois elementos [objeto e preço].³⁵

Todavia, ao se falar através de redes sociais ou aplicativos, como WhatsApp, entender o consentimento exige uma análise conjunta e contextualizada, buscando captar a intenção das partes e esperando uma conduta proba e honesta. Isto é, o caso a caso é que fornecerá os elementos para a interpretação.

Em decisão da 4ª Vara Cível do Juizado Especial de Brasília/DF ficou assentado pela validade da desistência de um contrato através de mensagem enviada pelo aplicativo WhatsApp:

[...] os litigantes se comunicavam preponderantemente via e-mail e mensagens pelo WhatsApp, motivo pelo qual não permitiria a desconsideração da vontade expressada através de tais meios de comunicação, ressaltando ainda a grande evolução tecnológica experimentada pelos meios de comunicação nos últimos anos. [...].³⁶

E, em acórdão datado de 02 de julho de 2019, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar Agravo de Instrumento interposto contra decisão da 2ª Vara Cível da Comarca de São José, em autos de ação de obrigação de fazer c/c com indenização por danos morais, assim pontuou:

[...] o autor adquiriu um veículo comercializado pela MZ e financiado pelo Banco Pan, mas jamais recebeu o DUT das mãos do antigo proprietário Leandro. Ao analisar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, a origem deferiu parcialmente a pretensão de urgência, "para o fim de autorizar que o autor retire os documentos obrigatórios necessários à circulação do veículo Renault Sandero, placa MLL 2181, RENAVAM n. 599.946.091" (fl. 57 daqueles autos). Irresignado, o agravante alegou que o pedido não poderia ser acolhido, pois o veículo foi deixado em consignação na loja, mas a negociação dependeria de anuência do recorrente, o que não ocorreu (tanto que o DUT não foi preenchido). Contudo, melhor sorte não lhe socorre. Quanto à probabilidade do direito, anoto que, segundo as palavras do próprio recorrente, o veículo foi deixado em consignação com a requerida MZ Automóveis, o que autoriza concluir a intenção de venda e conseqüente autorização para negociar o bem. [...].³⁷

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220. v.3.

³⁶ SCHERER, Fernanda. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://fernandaiasmine.jusbrasil.com.br/artigos/389297180/mensagens-via-whatsapp-sao-consideradas-validas-na-desistencia-de-contrato>. Acesso em: 31 jan. 2020.

³⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 4013758-71.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 02 de julho de 2019. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 12 de mar. 2020.

E destaca:

[...] E mais: é sabido que contratos dessa natureza dispensam a necessidade de prévia anuência a cada negociação específica, até mesmo porque as partes costumam ajustar o valor a ser repassado ao proprietário, conferindo ao consignatário a estipulação superior àquele. Nessa linha, embora o recorrente não tenha trazido tal informação os autos, os documentos juntados na ação que o agravante Leandro move contra os demais litigantes evidenciam que a consignação estipulava valor mínimo de R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais; fl. 34 dos autos n. 0319962-02.2017.8.24.0064). Portanto, verificado que o veículo foi vendido por R\$ 38.900,00 (trinta e nove mil reais, fl. 106 da origem), nada impedia a consumação do negócio intermediado pela MZ. No mesmo sentido, sublinho que, em análise da conversa de "whatsapp" de fl. 35 dos autos n. 0319962-02.2017.8.24.0064, tudo indica que o agravante anuiu com o negócio, tanto que cobrava da funcionária da agência o repasse do importe amealhado com a venda. Ora, se houvesse discordância do recorrente, sua insurgência certamente seria de outro tipo. Nesse cenário, não há como reconhecer, ao menos por ora, qualquer nulidade que prejudique a probabilidade do direito invocado. Apenas relembro: o presente recurso se presta à análise do acerto/desacerto da decisão de urgência objurgada, proferida em sede de cognição sumária e sem vincular o julgamento de mérito.³⁸

E arremata:

Destarte, preenchidos os pressupostos da probabilidade do direito e do perigo na demora (art. 300 do CPC), acertada a decisão que concedeu a tutela antecipada em favor do autor, não havendo que se falar em provimento do recurso.³⁹

Percebe-se, assim, que as conversas via aplicativo WhatsApp recebem espaço na sociedade rápida e informatizada que se vive. E, provavelmente, o princípio da boa-fé encontra guarida especial, pois dele se extrai a conduta das partes.

Gonçalves, no que diz respeito à boa-fé, afirma:

[...] durante tratativas preliminares, o princípio da boa-fé é fonte de deveres de esclarecimento, também surgindo, nessa fase, deveres de lealdade, decorrentes da simples aproximação pré-contratual.⁴⁰

³⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 4013758-71.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 02 de julho de 2019. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 12 de mar. 2020.

³⁹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 4013758-71.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 02 de julho de 2019. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 12 de mar. 2020.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.p. 57.v.3.

Desta feita, as negociações preliminares despersonalizadas, através de aplicativos, aliadas aos demais elementos presentes no caso concreto, autorizarão, provavelmente, ainda que numa cognição sumária, a celebração de contrato, corroborando à possibilidade de formação de negócios judiciais na forma discutida no presente artigo.

Aliás, na toada da otimização do tempo e utilização de mecanismos, como aplicativos, caminham as práticas negociais, em consonância com a evolução da sociedade.

Exige-se, evidentemente, cautela e ponderação na utilização do aplicativo em discussão como intermediador na formação de um contrato, visando evitar contratações fraudulentas ou que não espelhem a real intenção dos contraentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, imperioso o reconhecimento da importância do tema em debate.

As contratações estão ganhando formas variadas, devido à evolução da tecnologia, especialmente diante das redes sociais e a utilização de aplicativos.

Não há vedação na realização de contratos diferenciados, porquanto há previsão legal para tanto, haja vista o art. 425 do Código Civil.

E os princípios contratuais auxiliam na interpretação desses negócios jurídicos, uma vez que exigem dos contraentes determinadas condutas que respeitem interesses sociais e econômicos. Tal que a boa-fé, dever de agir das partes, surge com elevada posição.

Porém, para que sejam adequados, os contratos, deverão observar requisitos, quais sejam, subjetivos, objetivos e formais.

Evidentemente e limitado ao tema em análise, o consentimento recebe merecido realce, já que não há negócio jurídico sem anuência.

Neste caminhar, o negócio realizado de modo despersonalizado é a realidade cada vez mais latente.

O aplicativo WhatsApp, por exemplo, tem sido utilizado para conversações e negociações, basta que se identifique se os debates travados numa negociação refletem real intenção das partes.

É certo que a identificação, por vezes, não será simples, merecendo trabalho redobrado e cautela, mas os princípios e os elementos disponibilizados pelo caso a caso, indubitavelmente, representarão mecanismos eficazes.

A jurisprudência, ainda que em fase inicial, já vem decidindo a respeito, inclinando na eficácia daquele nas contratações, norteadas, provavelmente, pelos pormenores de cada caso.

Isto porque, não se pode deixar de reconhecer o avanço tecnológico, os novos meios para contratações, os desafios a serem enfrentados com eventuais descumprimentos contratuais decorrentes de relações jurídicas inovadoras, todavia, são enfrentamentos como estes necessários e plausíveis.

Sendo assim, reconhece-se que o aplicativo WhatsApp, utilizado como meio intermediador numa contratação, dependendo das circunstâncias do caso concreto, poderá autorizar ou representar a própria formação de um contrato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 30 jan.2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 29 jan.2020.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos do Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil: contratos**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. v.4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

RIBEIRO, Dimas. **Consumidor Moderno**. São Paulo (SP), 28 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.consumidormoderno.com.br/2019/06/28/whatsapp-brasileiros-2019/>. Acesso em: 16 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 4013758-71.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador André Luiz Dacol. Florianópolis, 02 de julho de 2019. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 12 de mar. 2020.

SCHERER, Fernanda. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://fernandaiasmine.jusbrasil.com.br/artigos/389297180/mensagens-via-whatsapp-sao-consideradas-validas-na-desistencia-de-contrato>. Acesso em: 31 jan. 2020.

**A RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE: DISTINÇÃO NECESSÁRIA
ENTRE VÍCIO DO PRODUTO E FATO DO PRODUTO DE ACORDO COM A LEI
N. 8.078/90 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

***THE MERCHANT'S RESPONSIBILITY: NECESSARY DISTINCTION BETWEEN
PRODUCT ADDICTION AND PRODUCT FACT ACCORDING TO LAW N.
8.078/90 – CONSUMER DEFENSE CODE***

Cleiton Luiz Neves de Oliveira¹

Edir Josias Silveira Beck²

Resumo: A Lei n. 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu distinção entre a responsabilidade do comerciante por vício do produto e a responsabilidade do comerciante frente a fato do produto. Embora expressa a diferenciação prevista na norma de regência, não raro encontrar na prática jurídica casos nos quais tratada a responsabilidade do mercador como se idêntica fosse em ambas as situações.

Palavras-chave: Comerciante. Responsabilidade. Fato. Produto. Lei.

Abstract: *The Law n. 8.078/90, known as the Consumer Defense Code, established a distinction between the merchant's responsibility for the product's addiction and the merchant's responsibility for the fact of the product. Although it expresses a differentiation estimated in the regulation, it is not uncommon to find in legal practices cases in which the merchant's liability is treated as if it were identical in both situations.*

Key-words: *Merchant. Responsibility. Fact. Product. Law.*

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 8.078/90, chamada de Código de Defesa do Consumidor, endereça ao comerciante determinadas responsabilidades quando o produto por ele comercializado mostra-se inapropriado ao consumo, frustrando o propósito prometido ao mercado e esperado pelo consumidor.

¹ Especialista em Direito Penal, em Direito Processual Penal e em Direito Processual Civil. Assessor Jurídico da Magistratura no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Professor assistente de Direito Penal e Prática Penal na FUCAP Univinte. E-mail: cleiton.luiz@live.com.

² Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Penal. Professor assistente de Direito do Consumidor e Sucessões na FUCAP Univinte. E-mail: edirbeck@hotmail.com.

As obrigações legais conferidas ao comerciante, no entanto, distinguem-se de acordo com a natureza e consequências da imperfeição que maculou o produto, não sendo a ele atribuída responsabilidade direta frente a toda e qualquer situação-problema causada pela impropriedade da coisa.

A diferenciação básica, nos precisos termos da norma de regência, reside em saber se o caso sob exame caracteriza vício do produto ou fato do produto, vez que diversos os deveres legalmente atribuídos ao comerciante em cada uma das referidas modalidades.

Embora expressa a distinção prevista na Lei n. 8.078/90, não raro encontrar na prática jurídica casos nos quais tratada a responsabilidade do mercador como idêntica tanto em vício do produto quanto em fato do produto, realidade que vai de encontro ao texto normativo.

2 DEFINIÇÃO LEGAL DE COMERCIANTE NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Dentre os fornecedores identificados pelo artigo 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor está a pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolve “atividade” de comercialização de produtos.

Numa leitura ligeiramente desatenta do referido dispositivo legal pode passar despercebida a palavra “atividade”, conduzindo ao equívoco de se compreender como comerciante qualquer pessoa que vende a outrem algum bem móvel ou imóvel. Reside na palavra “atividade”, no entanto, significado fundamental para se entender quem verdadeiramente quis o legislador chamar de comerciante.

“Atividade” é palavra-chave para caracterizar a espécie de fornecedor em tela. Não basta que a venda seja em caráter excepcional, traduzindo-se a “atividade” num exercício habitual e não meramente eventual do ato de vender.

Levando em conta o caráter protetivo da norma em referência, oportuno sinalar que o vizinho que vende ao outro sua única esteira usada não tem, presumidamente, qualquer vantagem comercial diante do comprador. Também não se pode presumir que uma cidadã que anuncia o próprio carro na rede mundial de computadores possui superioridade técnico-jurídica frente a possíveis interessados.

A ausência de habitualidade, nos casos hipotéticos derradeiramente transcritos, descaracteriza a figura do comerciante, afastando os tratos jurídicos havidos da relação de consumo.

A propósito:

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais, que são relações puramente civis, às quais se aplica o CC/2002.³

A “atividade” de comercialização capaz de trajar o comerciante com a veste de fornecedor numa relação de consumo, assim, deve ser aquela exercida com ares de profissionalismo e habitualidade, presumindo-se que o profissional habituado tem sobre a clientela vantagem a respeito das nuances que circundam o comércio de produtos. Ausente o hábito da comercialização, não haverá a figura do comerciante enquanto fornecedor e, logicamente, inexistente também estará a relação de consumo, resolvendo-se eventuais desacertos negociais sob as rédeas de cadernos normativos outros (Código Civil, por exemplo).

3 DISTINÇÃO ENTRE VÍCIO DO PRODUTO E FATO DO PRODUTO

A definição de vício do produto vem no artigo 18, caput, do Código de Defesa do Consumidor. Como traduz Orlando Celso da Silva Neto, “vício é particularidade que torne o produto inadequado, impróprio para consumo, diminua o valor do produto ou que apresente disparidade entre o que efetivamente existe e o indicado”.⁴

Vício de quantidade há na compra de apartamento “na planta” que acaba entregue pela construtora com metragem de área privativa aquém daquela acertada no contrato. Lado outro, viciados qualitativamente são o veículo retirado de fábrica com sistema de alarme danificado e o celular novo cuja bateria, já no primeiro uso, carrega apenas 10% do total anunciado.

³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁴ NETO, Orlando Celso da Silva. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

No vício, grosso modo, mostra-se o produto inadequado, impróprio ou incompleto só e tão somente para os seus fins, sem consequências para além das circunscritas ao próprio uso.

O artigo 18, § 1º, da Lei n. 8.078/90 estabelece que não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, “a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições”, “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada”, ou “o abatimento proporcional do preço”.

Quando passa a nominar o vício do produto como “defeito”, tal irregularidade existente na mercadoria trata de provocar um “fato” que viola o patrimônio material ou moral do consumidor, causando o que se convencionou chamar de “acidente de consumo” ou, na dicção da norma, “fato do produto”.

Como reza o artigo 12, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”, levando-se em consideração circunstâncias relevantes como a “sua apresentação”, “o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam” e “a época em que foi colocado em circulação”.

Caracterizado o fato do produto, prega o caput do artigo 12 a responsabilidade do tipo objetiva “pela reparação dos danos causados aos consumidores”, dispensando a presença de dolo, imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor para configuração do dever reparatório. Basta que se tenha sido o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador do produto defeituoso para responder frente a eventuais danos decorrentes da imperfeição, livrando-se “só” quando provar alguma das três hipóteses estabelecidas pelo § 3º.⁵

Imagine-se que Anna Belle, modelo internacionalmente conhecida por ostentar beleza de boneca, compra em determinada concessionária veículo novo e resolve no dia seguinte ir com ele a cidade vizinha. Na rodovia, percebe que o freio não está funcionando como deveria, mas logo consegue parar no acostamento e acionar um guincho, sem maiores consequências. Repousa na espécie clara

⁵ § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

presença de vício do produto, vez que o problema apresentado afetou apenas o bom uso do próprio veículo e não ocasionou prejuízos outros à consumidora.

Imagine-se agora que em determinada curva do caminho, embora respeitado pela condutora o limite de velocidade, o freio não funciona como deveria e o veículo acaba colidindo violentamente contra a mureta de proteção central. Anna Belle escapa com vida, mas tem o rosto bastante desfigurado por conta da forte batida e acaba perdendo diversos contratos de trabalho. Nesta fatídica hipótese, não se está apenas frente a mera constatação de um vício do produto, mas de verdadeiros prejuízos materiais e morais à consumidora decorrentes de um defeito dele, tendo-se assim presente fato do produto ou, n'outras palavras, "acidente de consumo".

Sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, portanto, razoavelmente fácil a distinção entre "vício do produto" e "fato do produto": o primeiro diz respeito à qualidade ou à quantidade do produto que o torne impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina e o segundo se refere aos danos decorrentes do uso do produto com defeito; enquanto aquele está *contido* no produto viciado, este se *origina* do produto defeituoso.

Mutatis mutandis, assim como Rizzatto Nunes, "pode-se dizer que defeito é, então, tudo aquilo que gera dano além do vício".⁶

4 RESPONSABILIDADE DO COMERCIANTE POR VÍCIO DO PRODUTO E POR FATO DO PRODUTO

A distinção legal entre vício do produto e fato do produto reflete sobre a responsabilidade dos fornecedores em cada uma das modalidades. Enquanto o artigo 18, caput, do Código de Defesa do Consumidor estabelece a responsabilidade solidária de todos fornecedores por vício do produto⁷, não se vê no caput do artigo

⁶ NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

12 o comerciante dentre os arrolados como responsáveis diretos por fato do produto.⁸

Assim é que no vício não resolvido no trintídio legal, o comerciante é tão responsável quanto o fabricante pela troca do produto, pela devolução do valor pago ou pelo abatimento proporcional do preço, escolha que fica a critério do consumidor. Retira-se da norma de regência expressa solidariedade na responsabilidade diante das consequências de se estar diante de produto viciado.

Nos mui claros termos do artigo 13 do Código de Consumo, por outro lado, objetivamente responsabilizado estará o comerciante por fato do produto apenas quando "o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados", quando "o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador" ou quando "não conservar adequadamente os produtos perecíveis".

Há que se recordar que o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil prevê que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Simplem compreender que na seara da responsabilidade civil a responsabilidade subjetiva, lastreada na culpa, é a regra. A exceção é a responsabilidade objetiva, que dispensa o elemento subjetivo, a qual somente existirá se em lei ou em contrato prevista, bem assim se decorrente de efetiva "atividade de risco".

Como regra exceptiva, em havendo fidelidade à melhor exegese não pode ela ser vista sob ótica ampliativa, mas sim restritiva. Quando se cuida da "atividade de risco" capaz de caracterizar a responsabilidade sem culpa, portanto, há que se ter uma visão restrita e não expansiva, de tal sorte a não representar o mero exercício comercial, em regra, traços de perigo concreto.

Assim sendo, mostra-se com alguma clareza que a responsabilidade objetiva do comerciante por fato do produto, desde que não se trate de "atividade de risco",

⁸Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

mora só e tão somente nos casos previstos no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor. Não sendo algum dos citados casos, a responsabilidade do mercador seguirá a regra do tipo subjetiva e, como tal, exigirá a presença de culpa em sentido amplo para identificar o dever reparatório de ordem material ou moral.

A propósito, retira-se do acervo decisório do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

A responsabilidade do comerciante por fato do produto, na forma do art. 12, do CDC, é apenas subsidiária e nas hipóteses do art. 13, do mesmo diploma legal, que faz expressa referência ao dispositivo anterior. Havendo a identificação do fabricante, que também é demandado, e não se tratando de produto perecível, sobre o qual pudesse haver má conservação, correta a exclusão da lide do comerciante por decisão interlocutória. (...)

Ora, a lei claramente trata de exceções à regra da responsabilidade do fabricante, para incluir a do comerciante nos casos expressamente indicados. Para que se possa falar em responsabilidade subsidiária devem estar presentes algumas das hipóteses do art. 13, porque nesses casos há ato de negligência do comerciante em adquirir produtos sem indicação do fabricante ou não conservar com cuidado os produtos perecíveis. Fora dessas hipóteses, não responde o comerciante por fato do produto, e, dada vênua de entendimento diverso, não vejo como aplicar o argumento da "cadeia de consumo" diante da expressa regulamentação legal dada à hipótese dos autos.⁹

Mais: “A responsabilidade do comerciante por danos oriundos de acidente de consumo é subsidiária, consoante exegese dos arts. 12 e 13 do CDC. Logo, plenamente identificado o fabricante do produto, o comerciante é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação reparatória proposta pelo consumidor”.¹⁰

Voltando-se ao primeiro caso hipotético alhures, uma vez identificado o fabricante, Anna Belle poderia exigir tanto dele quanto do comerciante que lhe vendeu o veículo o conserto dos freios. Não resolvido o vício no prazo de lei, poderia exigir também deles, fabricante e comerciante, responsáveis solidários que são, uma das três alternativas dadas pelo já referido artigo 18, § 1º, da Lei n. 8.078/90: “a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições”, “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada”, ou “o abatimento proporcional do preço”.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 4024140-76.2018.8.24.0900**. Relator: Desembargador Hélio David Vieira Figueira dos Santos, 30 de maio de 2019.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 2016.001269-5**. Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, 08 de março de 2016.

No segundo caso, porém, a consumidora teria a possibilidade legal de exigir frente ao comerciante a reparação dos danos materiais e morais provocados pelo defeito nos freios apenas se o fabricante do veículo não estivesse devidamente identificado (objetiva) ou se houvesse na colisão, por alguma improvável razão específica, culpa de quem lhe vendeu o automóvel mediante dolo, imprudência, negligência ou imperícia (subjativa).

Assim, “ao contrário do que ocorre na responsabilidade pelo fato do produto, no vício do produto a responsabilidade é solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, a teor do que dispõe o art. 18, caput, do CDC”.¹¹

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: "Diferentemente da responsabilidade pelo fato do produto, há responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, no caso de vício do produto. (...) Conseqüentemente, pode o consumidor, à sua escolha, exercitar sua pretensão contra aquele que mais lhe for conveniente".¹²

Em verdade, quisesse o legislador responsabilizar de igual forma o comerciante tanto frente ao fato do produto quanto diante do vício do produto, teria no caput do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor usado apenas a palavra “fornecedores”, tal como fez no artigo 18 do mesmo códex. Todavia, não o fez, tratando dele, no que diz respeito à sua Seção II do seu Capítulo III, apenas a partir do artigo 13, justamente ao lhe atribuir responsabilidade somente caso e só se presentes algumas das circunstâncias que lá exaustivamente apontou.

No entanto, não raro encontrar na prática jurídica casos nos quais tratados com certa similitude vício do produto e fato do produto, reconhecendo-se a responsabilidade solidária e objetiva do comerciante frente a danos decorrentes da coisa defeituosa mesmo quando identificado o fabricante:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIO OCULTO EM VEÍCULO ADQUIRIDO ZERO-KILÔMETRO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS RÉS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA SUSCITADA PELA CONCESSIONÁRIA RÉ. ALEGAÇÃO DE QUE CONFIGURA MERA COMERCIANTE DO VEÍCULO. NÃO CABIMENTO. ADOÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO. QUESTÃO QUE SE RELACIONA COM O PRÓPRIO MÉRITO DA DEMANDA. ANÁLISE

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 611.872**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, 02 de outubro de 2012.

¹² FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010.

INERENTE À CONDIÇÃO DA AÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA COM BASE NOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO DESCRITOS NA PEÇA EXORDIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. ALÉGADA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO EVENTO DANOSO, BEM COMO A INEXISTÊNCIA DE DANOS. INCONFORMISMO CONJUNTO. APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSUMERISTAS À HIPÓTESE. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO. EXEGESE DO ART. 18 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONCESSIONÁRIA E FABRICANTE QUE RESPONDEM SOLIDARIAMENTE PELO DEFEITO DO BEM. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR. PROVA TESTEMUNHAL QUE CORROBORA A CONSTATAÇÃO DO VÍCIO OCULTO E A AUSÊNCIA DO DEVIDO CONSERTO. DANO MATERIAL EVIDENTE. APLICAÇÃO ADEQUADA, PELO TOGADO SINGULAR, DO ART. 18, § 1º, DO CDC, OBSERVADA AS PECULIARIDADES DA HIPÓTESE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR PELO DANO MORAL, CONTUDO, QUE MERECE SER AFASTADA. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO TEVE MAIORES DESDOBRAMENTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SITUAÇÃO APTA A GERAR ABALO MORAL. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS. RECURSOS DAS RÉS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.¹³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MÁQUINA DE LAVAR. ALEGAÇÃO DE VÍCIO OCULTO. DEMANDA MOVIDA CONTRA A FABRICANTE E A EMPRESA COMERCIANTE. ILEGITIMIDADE DESTA ÚLTIMA RECONHECIDA NA ORIGEM. INCONFORMISMO DA AUTORA. ARTIGOS 18 E 34 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, EM TESE. MANUTENÇÃO DO COMERCIANTE NO POLO PASSIVO QUE SE AFIGURA RECOMENDÁVEL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Nas relações consumo, havendo atuação de mais de um partícipe para viabilizar o oferecimento do produto no mercado, todos solidariamente respondem pelos eventuais prejuízos suportados pelos consumidores, tal como inscrito no art. 7º, § único, da Lei 8.078/90, cuidando-se, aliás, de responsabilidade de natureza objetiva.¹⁴

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS BIOLÓGICOS POR AGRICULTOR. PREVENÇÃO CONTRA FUNGOS E INSETOS EM LAVOURA. INEFICIÊNCIA DO PRODUTO. PERDA PARCIAL DA PRODUÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. VÍCIO DO PRODUTO CONSTATADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA SOLIDÁRIA ENTRE AS REQUERIDAS. PRODUTOR E O COMERCIANTE. ART. 18 DO CDC. DEVER DE INDENIZAR. APURAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, NOS TERMOS DO ART. 475-C DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A empresa que produz e a aquela que comercializa produto que não alcança a eficácia prometida, ocasionando, ao revés, danos aos agricultores pela não utilização dos insumos de proteção nas suas lavouras, devem responder solidariamente

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 0303738-31.2015.8.24.0008**. Relator: Desembargador Osmar Nunes Júnior, 12 de dezembro de 2019.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 4015179-96.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Luís Costa Beber, 25 de julho de 2019.

pelos danos ocasionados, não lhes sendo lícito, também, exigir pelo pagamento de algo que não surte os efeitos divulgados nos materiais publicitários de comercialização. (Ap. Cív. n. 2011.077274-1, de Curitiba, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 26.7.2012).¹⁵

Nos bancos das Turmas Recursais do Estado de Santa Catarina:

RECURSOS INOMINADOS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA COMERCIANTE - VÍCIO DO PRODUTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM O FABRICANTE - ART. 18 DO CDC - PREFACIAL AFASTADA - VÍCIO PARCIAL - REFRIGERADOR QUE NÃO CRIA GELO EM COMPARTIMENTO PRÓPRIO E NÃO RESFRIA ÁGUA - ABERTURA DE ORDENS DE SERVIÇO - CONSTATAÇÃO DE FALTA DE PRESSÃO D'ÁGUA NA RESIDÊNCIA DO AUTOR - INSTALAÇÃO ADEQUADA ATESTADA POR TÉCNICO CONTRATADO ÀS EXPENSAS DO CONSUMIDOR - RESOLUÇÃO DO DEFEITO - DANOS MATERIAIS PARCIALMENTE DEVIDOS - PRODUTO ESSENCIAL - SITUAÇÃO VIVENCIADA PELO CONSUMIDOR QUE ULTRAPASSA A LINHA DO "MERO ABORRECIMENTO" - ABALO ANÍMICO COMPROVADO - POSSIBILIDADE DE USO DO PRODUTO, AINDA QUE SEM AS FUNCIONALIDADES - PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO ACOLHIDO - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - SENTENÇA REFORMADA - RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.¹⁶

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE APARELHO CELULAR MOTOROLA COM DEFEITO. RECURSO INTERPOSTO PELO COMERCIANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA QUE SE AFASTA: VÍCIO DE QUALIDADE DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FORNECEDOR E DO FABRICANTE (ART. 18 DO CDC). DANOS MORAIS EVIDENCIADOS, NAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO CONCRETO. VALOR FIXADO COM MODERAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.¹⁷

Tendo-se em mira a distinção narrada, o comerciante tem solidariedade com os demais fornecedores em caso de pedido fundado em vício do produto, especificamente aqueles descritos pelo § 1º do artigo 18. A responsabilidade objetiva dele frente a fato do produto, porém e como visto, necessariamente depende da presença de algum dos excepcionais casos tratados pelo artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 2010.085081-5**. Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista, 26 de fevereiro de 2015.

¹⁶ BRASIL. Primeira Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina. **Recurso inominado n. 0003954-18.2012.8.24.0090**. Relator: Juiz de Direito Marcelo Carlin, 14 de abril de 2016.

¹⁷ BRASIL. Segunda Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina. **Recurso inominado n. 0800802-15.2011.8.24.0008**. Relator: Juiz de Direito Álvaro Luiz Pereira De Andrade, 25 de agosto de 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor cuidam de situações jurídicas que, embora se unam por elementos convergentes, claramente se distinguem, não havendo como, salvo interpretação forçosa e evidente desconsideração dos elementos léxico-textuais, confundir vício do produto com fato do produto.

Neste rumo, aliás, não é à toa que a Lei n. 8.078/90 também estabelece distinção em relação aos prazos prejudiciais. Enquanto nos pedidos afetos ao vício o artigo 26 prevê regra geral de decadência em trinta ou noventa dias, a depender da durabilidade ou não do produto¹⁸, no fato o artigo 27 estipula prazo prescricional de cinco anos para “pretensão à reparação pelos danos causados”.¹⁹

No que diz respeito às suas consequências, mais ainda se diferenciam os institutos consumeristas telados. Enquanto para o vício do produto a solução está na troca da mercadoria, na devolução ou no abatimento do preço, técnica e claramente sem o reconhecimento de uma lesão material ou moral passível de indenização, no fato do produto, justamente porque nele se reconhece a presença de um dano como decorrência externa de um defeito do produto, a resposta se lança ao campo da responsabilidade civil e conseqüente dever de indenizar.

Sob ótica do Código de Defesa do Consumidor, desde logo o comerciante é tido como corresponsável pelo vício do produto; “fornecedor” que é, não existiria qualquer razão para não vê-lo contido na expressão “fornecedores” posta de imediato no seu artigo 18, respondendo também e portanto solidariamente pelas consequências relacionadas no § 1º.

Já em se tratando de fato do produto e sob o mesmo prisma legal, a obrigação reparatória é de regra atribuível apenas aos demais fornecedores, de sorte que a responsabilização objetiva do comerciante só e tão somente poderá se concretizar caso presente alguma das conjunturas relacionadas no artigo 13 do referido diploma normativo.

¹⁸ Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

¹⁹ Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

A nobilíssima função judiciária necessariamente passa pela observância da primeira fonte e fonte primeira do Direito: a lei. A integração da norma só se revela tanto possível quanto necessária quando nela não se encontra a solução da lide posta em juízo. Se conflitantes o comando legal e a vontade do seu intérprete, na decisão judicial não pode ter espaço solitariamente esta com detrimento àquela.

Ao eventualmente desconsiderar o Judiciário a vontade legislativa, enxergando responsabilidade primária e objetiva do comerciante frente ao fato do produto à revelia do texto legal específico que a reserva só e tão somente quando configuradas circunstâncias pela norma arroladas, estará desestimando funções de Poder alheio, indevidamente ultrapassando os limites constitucionais da atividade judicante.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Código civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 4024140-76.2018.8.24.0900**. Relator: Desembargador Hélio David Vieira Figueira dos Santos, 30 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 2016.001269-5**. Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, 08 de março de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 611.872**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira, 02 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 0303738-31.2015.8.24.0008**. Relator: Desembargador Osmar Nunes Júnior, 12 de dezembro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de instrumento n. 4015179-96.2019.8.24.0000**. Relator: Desembargador Jorge Luís Costa Beber, 25 de julho de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível n. 2010.085081-5**. Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista, 26 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Primeira Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina. **Recurso
inominado n. 0003954-18.2012.8.24.0090**. Relator: Juiz de Direito Marcelo Carlin,
14 de abril de 2016.

BRASIL. Segunda Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina. **Recurso
inominado n. 0800802-15.2011.8.24.0008**. Relator: Juiz de Direito Álvaro Luiz
Pereira De Andrade, 25 de agosto de 2015.

FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas,
2010.

NETO, Orlando Celso da Silva. **Comentários ao código de defesa do
consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE: O EXEMPLO DA ÁGUA

ENVIRONMENTAL LEGISLATION AND SUSTAINABILITY: THE EXAMPLE OF WATER

Fernanda Mallmann¹

Valdomiro Ribeiro da Silva Neto²

RESUMO: O presente artigo propõe um estudo que objetiva apresentar uma descrição e interpretação da dogmática jurídica brasileira diante da complexidade apresentada pela necessária relação entre normas de direito ambiental e sustentabilidade. Para tanto, demonstramos os conflitos naturais existentes entre interesses econômicos e meio ambiente, sob o prisma da caracterização da sustentabilidade como direito fundamental e discutimos a importância da devida regulação jurídica sobre recursos naturais, como exemplo da água. A metodologia aplicada consiste na pesquisa bibliográfica e documental, tendo como principal objetivo, a discussão da natureza jurídica proposta pela legislação e a dificuldade de sua adequada aplicação.

Palavras-chave: Direito ambiental. Sustentabilidade. Água.

Abstract: *This article proposes a study that aims to present a description and interpretation of Brazilian legal dogma in view of the complexity presented by the necessary relationship between norms of environmental law and sustainability.*

To this end, we demonstrate the natural conflicts between economic interests and the environment, from the perspective of characterizing sustainability as a fundamental right and we discuss the importance of due legal regulation over natural resources, such as water. The applied methodology consists of bibliographic and documentary research, having as main objective, the discussion of the legal nature proposed by the legislation and the difficulty of its proper application.

Key-words: *Environmental law. Sustainability. Water.*

1 INTRODUÇÃO

A exploração desenfreada dos recursos naturais, conjuntamente a busca incessante por riqueza e uma desordenada ocupação do espaço territorial,

¹ Doutora e Mestre em Qualidade Ambiental. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina. Membro da Comissão Estadual de Direito Ambiental da OAB/SC. Professora titular das disciplinas de Direito Civil I e VI e Direito Ambiental da FUCAP Univinte. E-mail: fernandamallmann2@gmail.com

² Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Advogado Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina. Gerente Jurídico da SCPAr Porto de Imbituba S.A., Membro do Conselho de Administração da SCPAr Porto de Imbituba S.A., Vice-Presidente da Comissão Estadual de Direito Marítimo e Portuário da OAB/SC. E-mail: valdorsn@yahoo.com.br

contribuem gradativamente com a alteração das características do meio ambiente. E como exemplo de um bem de uso comum do povo e como recurso ambiental esgotável, a água necessita, cada vez mais, de proteção das normas jurídicas, por sua importância ao processo de desenvolvimento de uma sociedade.

A ciência do Direito vem sofrendo um abalo de paradigmas, pois está fundamentada em dogmas tradicionais em face de problemas sociais com novas características. Para Ulrich Beck, o processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos, uma vez que uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição dos indivíduos e do meio ambiente a riscos e a inúmeras modalidades de contaminação nunca observados anteriormente.

O direito humano ao meio ambiente saudável se dá a partir de reivindicações sociais por proteção dos recursos naturais como elemento essencial à sobrevivência da população. É um direito de caráter principiológico, que reflete efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, orientando a interpretação e a aplicação das normas jurídicas.

A produção massificada e incontrolada de experimentos e aplicações de inovações tecnológicas propicia situações com reflexos não mais preconceituosos, mas generalizados (que atingem a todos indiscriminadamente) de direitos violados. São direitos econômicos, sociais e culturais, políticos e civis, como: direito a posse de terra; direito de ir e vir para os isolados; direito a saúde, trabalho e alimentação para grupos atingidos por contaminação e direitos de moradores de áreas de risco.

A qualidade das águas no Brasil vem sendo comprometida por exagerada poluição desencadeada por situações como: derramamento de óleo, efluentes industriais, esgotos domésticos, excesso de agrotóxicos, além da grande contaminação de nossas praias, devido ao esgoto e lixo tóxico descartados³.

2 SUSTENTABILIDADE

Há algumas décadas o uso e consumo da água doce vem sofrendo certos impasses, especialmente devido ao modelo insustentável de nossa economia e exagerado crescimento demográfico. Diante dessa realidade, os Estados passam a

³ Dados da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente.

controlar a utilização de sua água doce, através de gerenciamento de recursos hídricos eficientes, para evitar que a população acabe sem acesso a esse recurso natural indispensável a sobrevivência humana.

O Brasil nos últimos anos tem desenvolvido legislações para regulamentar a atividade do homem que resulta em consequências ao espaço hídrico. A Lei Federal 9.433/97, chamada de Política Nacional de Recursos Hídricos, é um exemplo disso e, ao estabelecer direito a água, para gerações presentes e futuras, consagra, expressamente o princípio da sustentabilidade ambiental que nossa Constituição Federal revelou.

Acontece que, o arcabouço legal brasileiro, que visa proteção e regulamentação às águas, ainda é muito frágil e necessita de diversas melhorias para que alcance os objetivos que a principiologia do Direito Ambiental apresenta. E um exemplo disso são as políticas estatais que se referem à água e que devem ser mais eficientes, com respeito ao princípio da solidariedade e benefícios mútuos que viabilizem um desenvolvimento considerado sustentável.

Há uma relação direta entre desenvolvimento sustentável e preservação de recursos naturais entre presentes e futuras gerações. A lei 9433/97, estabeleceu valor econômico para a água como um dos fundamentos da Política Nacional dos Recursos Hídricos, determinando esse elemento natural como escasso e finito⁴. Avanços no sistema de planejamento e gerenciamento da água devem considerar processos conceituais (a adoção da bacia hidrográfica e a integração econômica e social), processos tecnológicos e institucionais⁵.

Uma sociedade sustentável foi conceituada como “aquela que é capaz de satisfazer suas necessidades sem comprometer as chances de sobrevivência das gerações futuras”⁶ e esse foi o conceito utilizado pelo Relatório Brundtland, da Comissão Mundial de Desenvolvimento e Meio Ambiente, quando divulgou a necessidade do desenvolvimento sustentável para o futuro da humanidade.

A expansão da carcinicultura, da pecuária e da soja, aumento do uso de agrotóxicos perigosos que faz crescer a contaminação nos campos e nas águas e atinge moradores da zona rural e das cidades, são alguns exemplos da difícil tarefa

⁴ Art. 1º: A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: II- a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico.

⁵ TUNDISI, Jose Galizia. A água no século XXI: enfrentando a escassez. 2003, p.106.

⁶ BROWN, Lester. *Building a Sustainable Society*. Nova York: Norton, 1981.

do controle ambiental. Assim, as regras de imputação de responsabilidades, como respeito à prevenção de riscos ambientais e sustentabilidade na gestão dos recursos naturais, devem fazer parte da construção de uma sociedade justa.

3 LEGISLAÇÃO E PROTEÇÃO DE RECURSOS NATURAIS: O EXEMPLO DA ÁGUA

A Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe que o Poder Público não pode impedir a captação das águas subterrâneas que servem às necessidades básicas dos indivíduos, por considerar direito humano fundamental⁷. Em seu artigo 12, a lei 9433/97, define quais usos desse recurso estão sujeitos à outorga⁸. Acontece que a necessidade de controle de uso da água, está diretamente relacionado com o perigo da escassez desse recurso natural, que é finito e necessário à sobrevivência.

Um dos objetivos do Direito Ambiental é permitir um desenvolvimento sustentável, em que haja comprometimento com a dimensão temporal futura, ligando direitos e obrigações entre gerações passadas, presentes e futuras. E nisso podemos verificar a importância de haver compatibilidade entre princípios fundamentais ambientais. E, quando não houver formas de bases ao Direito Ambiental por casos anteriores, o Direito deve criá-las.

Apenas com o reconhecimento dos riscos da atualidade, o que pressupõe que sejam eles trazidos a público, o Direito Ambiental poderá ser alicerçado sobre novas bases que viabilizarão a efetiva utilização de seus instrumentos como forma de salvaguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as gerações presentes e futuras.⁹

Precisamos afastar o Direito Ambiental da racionalidade da irresponsabilidade organizada e desvinculá-lo da intenção do exercício de uma função meramente simbólica. A tutela do meio ambiente é uma das grandes preocupações de todo

⁷ Art. 200, VI da CF/88.

⁸ "I- a derivação ou captação de parcela de água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; II- extração de aquífero para consumo final ou insumo de processo produtivo; III- lançamento de corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; IV- aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; V- outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água".

⁹ FERREIRA, Helini Sivini. **A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. Florianópolis. Dissertação do mestrado em direito. UFSC. 2003, p. 31.

cenário mundial. O desenvolvimento sustentável deve abranger critérios sociais, jurídicos, econômicos e também políticas públicas eficientes para que os seus reflexos sejam positivos na vida em sociedade, e o desenvolvimento econômico deve estar amparado aos liames de um Estado Democrático de Direito, dentro das perspectivas que norteiam a dignidade da pessoa humana.

Desde meados do século XX as instituições sociais da sociedade industrial enfrentam, sem precedentes históricos, a possibilidade de destruição das condições de vida no planeta, em virtude das decisões que são ou que possam ser tomadas.¹⁰

Desenvolver exige planejamento e um eficaz gerenciamento de recursos que apresente monitoramento das condições ambientais, enfim, uma mudança no modo estratégico de agir e de pensar, assegurando sobrevivência dos recursos naturais. Essa complexidade da atual sociedade está diretamente vinculada à conformação do Estado à ficção do Estado de Direito Ambiental, que visa a criar e disponibilizar os meios mais eficazes à proteção do meio ambiente.¹¹

Necessitamos do estudo de mecanismos jurídicos que possibilitem a conciliação dos interesses discutidos: o desenvolvimento e a proteção ambiental, pois o progresso da ciência, da tecnologia e da inovação vem promover a prosperidade da qualidade de vida dos seres humanos na sociedade, mas esse progresso também resulta em riscos e consequências irreversíveis à vida no planeta.

Os princípios¹² definidos na Declaração das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 1992) e na Declaração de Joanesburgo (2002) são alguns dos exemplos que podem demonstrar a necessidade de assegurar o acesso à capacitação e ao uso de tecnologias modernas que resultem em desenvolvimento.

¹⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006, p. 83.

¹¹ CANTOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

¹² Princípios da Rio 92:

Princípio 1: os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.

Princípio 2: o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente de gerações presentes e futuras.

Princípio 3: para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.

Princípio 4: para todos os estados e todos os indivíduos, com requisitos indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender as necessidades da maioria da população do mundo.

Trata-se de um conjunto de fatores sociais, culturais e da própria organização da sociedade. Pois é inegável que todas essas inovações desencadeiam novos riscos (riscos futuros), que são responsáveis pela agravação dos conflitos sobre o uso dos recursos naturais, como grandes exemplos, ocupação do solo e a água.

Para Beck¹³, o desenvolvimento refletido até agora, vem demonstrar um esgotamento de recursos naturais diante do excesso de poluição, geração de resíduos, passivos ambientais e inadequadas práticas de consumo, tornando insustentável este modelo de progresso contemporâneo.

O Direito do Ambiente está exigindo uma tradução específica por parte de seus operadores, como descreve Ost:

Para traçar o limite do permitido e do interdito, instituir responsabilidades, identificar os interessados, determinar campos de aplicação de regras no tempo e no espaço, o direito tem o costume de se servir de definições com contornos nítidos, critérios estáveis, fronteiras intangíveis. A ecologia reclama conceitos englobantes e condições evolutivas; o direito responde com critérios fixos e categorias que segmentam o real. A ecologia fala em termos de ecossistemas e de biosfera, o direito responde em termos de limites e de fronteiras; um desenvolve o tempo longo, por vezes extremamente longo, dos seus ciclos naturais, o outro impõe o ritmo curto das previsões humanas. E eis o dilema: ou o direito do ambiente é obra dos juristas e não compreende, de forma útil, um dado decididamente complexo e variável; ou a norma é redigida pelo especialista e o jurista nega este filho bastardo...¹⁴

Desenvolver de forma sustentável deixou de ser modismo e passou a ser elemento concreto de garantia da existência da vida no planeta. Produzir mais bens e serviços utilizando menos recursos naturais e gerando menos poluição, deve ser a regra quando o discurso é gestão ambiental.

A partir do século XX, surgem enfoques alternativos que procuram integrar os aspectos socioeconômicos com os biofísicos na compreensão e busca de soluções dos problemas ambientais de níveis local, regional e global, diante de possibilidades de curto, médio e longo prazo para os processos de degradação ambiental e diferenças sociais que ameaçam de forma assustadora a sustentabilidade ambiental.

O Direito não passou invisível e distante dessas transformações sociais, e as mudanças ocorridas diante de novas garantias, direitos e deveres relativos ao meio

¹³ BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.

¹⁴ OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 111.

ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecido pela Constituição Federal,¹⁵ não estão sendo suficientes para reger as novas dimensões de interesses como o da solidariedade das gerações presentes e futuras, da prevenção e precaução na proteção do bem ambiental.

Enfim, estamos sentindo extrema necessidade de inutilização ortodoxa das normas ambientais, obrigando-os a novos caminhos jurídicos que tutelem as questões ambientais apresentadas por essa nova realidade social que exige princípios e instrumentos preventivos como resultado de uma proteção dos nossos direitos fundamentais, à vida, saúde, dignidade e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a Constituição Federal de 1988 que as águas deixaram de ser bens particulares ou comuns para serem do Estado. Proprietários passam a ser simples detentores de direito de uso de recursos hídricos, conforme a Lei Federal 9433/97.

A legislação brasileira voltada à proteção de recursos naturais, como exemplo, a água, ainda é considerada ineficaz diante da política de gestão ambiental apresentada no cenário brasileiro como um todo.

A busca pela sustentabilidade deve ser caracterizada pela compatibilidade de atividades economicamente viáveis e ecologicamente sadias como processos de gestão dos recursos ambientais.

O respeito e aplicação dos princípios ambientais como desenvolvimento sustentável, prevenção e precaução, são propostas expressas não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas em documentos internacionais, assumidos no texto constitucional brasileiro, como única forma de desenvolvimento duradouro.

Ainda encontramos uma visível deficiência do arcabouço jurídico-legal, permitindo auto-regulação e instrumentos que assegurem efetiva preservação dos bens ambientais, podendo-se afirmar que continuamos deficientes na regulamentação adequada quanto ao uso de certos recursos naturais como a água, que segue, sem soluções efetivas, tanto social, como ambientalmente.

¹⁵ Artigo 225 da CF/88.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de Direito ambiental**: doutrina, legislação e jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- BECK, Ulrich. **Risk society**: towards a new modernity. London: Sage, 1992.
- BECK, Ulrich. A reivindicação da Política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In*: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.
- BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2006.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental no século XXI. *In*: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, Jose Rubens Morato. **Estado do Direito do ambiente**: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. **Pressupostos sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. Florianópolis: UFSC. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Lei 9.433/97. **Instituiu a política nacional de recursos hídricos e cria o sistema nacional de recursos hídricos**.
- BROWN, Lester. **Building a sustainable society**. Nova York: Norton, 1981.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERREIRA, Helini Sivini. **A sociedade de risco e o princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. Florianópolis. Dissertação do mestrado em direito. UFSC. 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2007.

TUNDISI, José Galizia. **A água no século XXI: enfrentando a escassez**. São Carlos: RiMa, 2003.

O MÉTODO APAC FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA PRESA

THE APAC METHOD REGARDING THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE PRISONER

Gilse Pickler Bratti¹

Resumo: O presente artigo apresenta uma alternativa para o sistema de execução penal brasileiro, visto que o atual sistema não vem garantindo os direitos fundamentais previstos na Carta Magna aos detentos. Assim, aquele que seria o maior responsável pela observância aos direitos e garantias fundamentais (Estado), acaba se transformando em seu maior violador, pois o poder estatal passou a utilizar da pena e das prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais. E foi diante deste cenário que o Dr. Mario Ottoboni criou, em 1974, o método APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, para o cumprimento da pena privativa de liberdade, dedicando-se à recuperação e reintegração social dos condenados, dispondo de um método de valorização humana, a fim de oferecer ao condenado condições para se recuperar. Percebe-se, por fim, que apesar das críticas à metodologia apaqueana, ela vem de mostrando uma solução efetiva no combate principalmente à reincidência tendo em vista os baixos números em comparação ao sistema atual.

Palavras-chave: APAC. Execução penal. Pena. Direitos fundamentais.

Abstract: *This article presents an alternative to the Brazilian criminal enforcement system, given that the current system has not been guaranteeing the detainees fundamental rights foreseen in the Constitution. Thus, the one who would be the most responsible for the observance of fundamental rights and guarantees (State), ends up becoming its biggest violator, because the state power started to use the penalty and prisons as the main form of control and maintenance of order, forgetting it is stated that its object and performance limit are established and linked to fundamental rights. And it was against this background that Dr. Mario Ottoboni created, in 1974, the APAC method - Association of Protection and Assistance to Convicts, for the fulfillment of the deprivation of liberty, dedicating himself to the recovery and social reintegration of the convicts, having at their disposal a method of human valorization, in order to offer the condemned conditions to recover. It is clear that despite the criticisms of the Apaquean methodology, it has been showing an effective solution in the fight against recurrence, given the low numbers compared to the current system.*

Key-words: APAC. Penal execution. Fundamental Rights.

¹ Servidora pública do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual penal. Professora assistente das disciplinas de direito penal I e direito processual penal II na FUCAP Univinte. E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, principal norma jurídica brasileira, traz em seus artigos, por meio de princípios e regras, direitos e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos.

Ocorre que, justamente o respeito à cidadania e a dignidade da pessoa humana, vêm sendo violados frequentemente em nossos estabelecimentos prisionais, fruto de uma grave negligência Estatal. É notório que o discurso estampado na Lei de Execução Penal de punir, prevenir e ressocializar não mostram a realidade vivida pelos encarcerados.

Diante disso, surgiu um método capaz de acabar com o paradigma negativo das prisões e fazer renascer a verdadeira acepção da palavra ressocializar, cujo criador foi o Dr. Mario Ottoboni, no ano de 1972, conhecido hoje como método APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Propõe-se com o presente artigo discorrer, de modo breve, as principais características da APAC, e analisar se referido método de fato se mostra guardião dos direitos fundamentais da pessoa presa.

A importância do presente tema se justifica na necessidade de encontrar soluções que visam reformar o atual sistema de execução penal brasileiro a fim de que os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos sejam resguardados e, conseqüentemente, o condenado de fato se ressocialize, fazendo-se cumprir o que dispõe a Carta Magna.

2 A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS

Em tempos antigos, durante a vigência do Código de Hamurabi (2000 a.C) a sanção para aquele que cometesse condutas reprovadas pela sociedade era ligada ao corpo do condenado, com intensos sofrimentos físicos, como esquartejamentos, enforcamentos, amputações, sempre na presença da comunidade, com o fim de conscientizar a população de que cometer delitos seria uma prática inaceitável.

Com a evolução da sociedade e o surgimento, em especial, da Constituição Federal de 1988, todos os cidadãos brasileiros são protegidos pelos direitos fundamentais, não havendo qualquer distinção aos condenados privados de liberdade, consoante exposto no artigo 5º, inciso XLIX da Carta Magna: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, porém, não é o que costuma-se ver na realidade.

Apesar da consagração constitucional da dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos, percebe-se, muitas vezes, a sua violação pelo próprio Estado, ou seja, aquele que seria o maior responsável pela sua observância, acaba se transformando em seu maior violador, uma vez que o poder estatal passou a utilizar a pena e as prisões como principal forma de controle e manutenção da ordem pública, esquecendo-se que seu objeto e limite de atuação estão estabelecidos e vinculados aos direitos fundamentais, bem como que a legislação brasileira também busca ressocializar o condenado.

Rogério Greco² exemplifica:

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetos, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos, etc. A ressocialização do egresso é uma tarefa quase impossível, pois não existem programas governamentais para a sua reinserção social, além do fato de a sociedade, hipocritamente, não perdoar aquele que já foi condenado por ter praticado uma infração penal.

Menciona-se que o princípio da dignidade da pessoa não é absoluto. O Estado possui o dever de punir que resulta na retirada, de forma temporária, de alguns dos direitos fundamentais de seus cidadãos, como a liberdade. Entretanto, este *ius puniendi* do Estado não é ilimitado, há limites necessários, cuja finalidade é a adequação do Direito Penal ao Estado Constitucional Democrático de Direito, fundado na invariante axiológica da dignidade da pessoa humana.

A Organização das Nações Unidas (ONU) adotou a resolução de 31 de agosto de 1955 que dispõe sobre as regras mínimas para o tratamento dos reclusos, cujo Brasil é signatário, sendo grande parte do referido texto estampado em nossa

² GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

Constituição Federal, bem como no Pacto de São José da Costa Rica e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, garantindo inúmeros direitos aos condenados.

Além do mais, a Lei de Execução Penal dispõe em seu artigo 1º que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Podemos dizer que a finalidade das penas privativas de liberdade é a readaptação social do autor do fato criminoso e a prevenção da criminalidade. Entretanto, na prática, a legislação penal e o sistema prisional vigentes no Brasil têm se mostrado incompatíveis com estes objetivos, mormente em razão das condições ambientais e subumanas a que são submetidos os sentenciados nas prisões brasileiras, se tornando, em verdade, uma máquina de reprodução de crimes e de violação da dignidade, apresentando altos índices de reincidência.

A crise no sistema prisional brasileiro reflete a incapacidade dos governos em assumir o gerenciamento das unidades prisionais como ambientes de reeducação e recuperação social. Além disso, é preciso ampliar os instrumentos que permitam a implantação de projetos e ações que possam representar alternativas ao sistema prisional atual, equilibrando-se direitos e deveres fundamentais, sendo uma delas o método APAC.

3 O MÉTODO APAC COMO ALTERNATIVA DE GESTÃO PRISIONAL

Diante da necessidade de um modelo de cumprimento de pena que de fato ressocializasse o preso para o convívio em comunidade, o Dr. Mário Ottoboni, criou, em 1972, o método APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

As APAC's são entidades civis com personalidade jurídica própria, nos termos das leis brasileiras, constituídas pela Pastoral Carcerária da Igreja Católica, amparada constitucionalmente para atuar nos presídios e dedica-se à recuperação e reintegração social dos condenados, dispondo de um método de valorização humana, a fim de oferecer ao condenado condições para se recuperar.

As associações se mantêm por meio de contribuição de seus sócios, de promoções sociais, de doações, de parcerias e convênios com o Poder Público, da captação de recursos em fundações, institutos e organizações não governamentais e também da comercialização dos produtos das oficinas profissionalizantes.

O reconhecimento, por parte do Estado, do método APAC ocorreu por meio de projetos como o “Novos Rumos”, criado em 2001 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, a partir da experiência vitoriosa da APAC criada em Itaúna/MG, passou a incentivar a metodologia visando implementá-la em todas as comarcas do Estado. Atualmente há 51 associações desse tipo em funcionamento, em 6 unidades da Federação.

O diferencial da metodologia APAC está em buscar recuperar integralmente o ser humano. Ela se constitui de doze elementos fundamentais: 1) participação da comunidade; 2) recuperando ajudando o recuperando; 3) trabalho; 4) assistência jurídica; 5) espiritualidade; 6) assistência à saúde; 7) valorização humana; 8) família; 9) voluntariado; 10) Centro de Reintegração Social – CRS; 11) mérito; 12) Jornada de Libertação com Cristo.

É estabelecida uma rotina intensa de estudos, trabalhos e atividades de autoconhecimento, desenvolvimento espiritual e valorização do ser humana, visando, principalmente, a humanização do ambiente prisional e possuindo como filosofia “matar o criminoso e salvar o homem”. Os Centros de Reintegração Social não ultrapassam a capacidade de 240 presos, considerados os três regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto).

Este método de ressocialização do preso tem se mostrado positivo principalmente em decorrência da diminuição do índice de reincidência, apresentando 10% entre os detentos APAC, enquanto o sistema prisional convencional apresenta reincidência em 70% dos seus presos³, que nos mostra que o respeito aos direitos fundamentais tem servido para recuperação do preso, o que significa proporcionar a eles uma reflexão sobre suas condutas criminosas e busca resgatar os valores socialmente apropriados para o convívio coletivo pacífico, a fim de que possam retornar à sociedade e não voltem a delinquir.

³ FBAC INSTITUCIONAL. **FBAC-Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados**. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/news-3/1824-reincidencia-de-apenados-da-apac-e-menor-que-do-sistema-convencional>. Acesso em 20.1.2020.

Além dos baixos índices de reincidência o custo da manutenção de uma APAC para o Estado é muito menor que o custo de um presídio. Na APAC não há agentes penitenciários e armas, as atividades são desenvolvidas por poucos funcionários e muitos voluntários e, como já dito, se mantém financeiramente por meio de parcerias.

Entretanto, nem tudo são flores. Apesar dos resultados positivos encontrados com a implantação do método APAC, discute-se acerca da filosofia adotada que vai de encontro com nosso Estado laico. Isso porque, desde o início da fundação do referido método de ressocialização, foram inseridas características e elementos religiosos em seus passos para a recuperação do condenado.

Um dos pontos mais altos da metodologia apaqueana, conforme seu próprio fundador o denomina, é a Jornada de Libertação com Cristo, onde o recuperando é submetido a uma espécie de retiro, para reflexão e interiorização, constituindo-se em duas etapas: revelar Jesus Cristo e promover o autoconhecimento do próprio recuperando⁴.

Percebe-se, portanto, uma imposição religiosa cristã ao recuperando e, caso ele se recuse aos postulados religiosos, é aplicado uma punição que pode acabar por retirar o recuperando do sistema APAC, havendo seu retorno ao sistema comum⁵.

Outra questão interessante que gera críticas ao sistema APAC se refere ao controle dos detentos por outros detentos, tendo em vista que são os próprios recuperandos que se fiscalizam, podendo ocorrer uma relação de poder entre eles, alguns em situação mais privilegiada que outros, o que acaba por gerar certa confusão entre eles.

Não obstante as críticas apresentadas, o método APAC tem sim se mostrado uma alternativa para o sistema prisional brasileiro em razão, principalmente, dos baixos índices de reincidência, fazendo-nos acreditar que o que garante a diminuição da reincidência dos condenados talvez seja um tratamento humanizado, a simples garantia dos direitos fundamentais expostos na Carta Magna, o que não passa de obrigação do Estado que há anos vem sendo negligenciada.

⁴ OTTOBONI, Mario. **Ninguém é irrecuperável**. APAC, a revolução do sistema penitenciário. 2. ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001, p. 98.

⁵ SILVA, Amaury. **O panóptico no território das APACs**. Leme: JH Mizuno, 2018, p. 87.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, o atual modelo prisional brasileiro não vem recebendo a atenção que merece pelo Estado. Os direitos intrínsecos do ser humano estão sendo violados, acarretando consequências não só para o próprio condenado como para toda a sociedade.

O discurso estampado na Lei de Execução Penal de punir, prevenir e ressocializar não mostra a realidade vivida pelos encarcerados, sendo necessário encontrar uma saída rápida e eficaz.

O que se vê realmente é o recorrente nível de criminalização crescendo a cada dia, as críticas ascendendo, e a solução cada vez mais distante, fazendo com que a sociedade acredite que o criminoso é irrecuperável.

Foi justamente diante deste cenário lastimável que surgiu o método APAC, que traz uma metodologia que dia após dia demonstra ser uma boa solução para as execuções penais brasileiras.

Mesmo com as críticas existentes à metodologia apaqueana, como a religiosidade diante de um estado laico e a seletividade em um estado democrático, investir no método APAC é propor a retomada de princípios de humanização e dignidade da pena, constituindo um modelo de gestão prisional diferenciada que proporciona diversos benefícios, especialmente o desafogamento dos estabelecimentos prisionais, ocasionando a redução da superlotação, oferecendo tratamento mais humanitário aos presos e, acima de tudo, prevenindo que o condenado volte a cometer novas infrações penais.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1977.

BRASIL. **Código penal brasileiro**. Decreto-lei n. 2.848 de 7.12.1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 20.1.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 20.1.2020.

BRASIL. **Lei das execuções penais**. Lei n. 7.210 de 11.7.1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.ht. Acesso em 20.1.2020.

FBAC INSTITUCIONAL. **FBAC-Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados**. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/institucional-1/historico-1>. Acesso em 20.1.2020.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OTTOBONI, Mario. **Ninguém é irrecuperável**. APAC, a revolução do sistema penitenciário. 2 ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Amaury. **O panóptico no território das APACs**. Leme: JH Mizuno, 2018.

SILVA, Jane Ribeiro (org.) **A execução penal à luz do método APAC**. Belo Horizonte: TJMG, 2012.

SOARES, Evânia França. Uma reflexão sobre as APACs. **Revista do CAAP**. vol. XVII, 2011.

INTRODUÇÃO À OBRA DE ROBERT KING MERTON

Roger Laureano¹

Robert King Merton (1910-2003) realizou seu doutorado em Sociologia pela Universidade de Harvard e foi, durante a maior parte da sua carreira, professor da Universidade de Columbia. Muito influenciado por Émile Durkheim, Max Weber e Talcott Parsons, tornou-se um dos nomes mais célebres da sociologia funcionalista do Estados Unidos da América. Sua vasta obra perpassa diferentes campos da reflexão social, como a sociologia da ciência², as estruturas sociais³, as consequências não-intencionais da ação social⁴, as profecias autorrealizáveis⁵ e, mais importante para os nossos propósitos, a criminologia.

A obra criminológica de Merton

O artigo “Estrutura Social e Anomia”, traduzido nesta edição, foi originalmente publicado na *American Sociological Review*⁶ em 1938 e deu origem a uma teoria criminológica que recebeu diferentes nomes: Teoria da Anomia, Teoria Funcionalista e, especialmente nos países anglófonos, *Strain Theory* [Teoria da Tensão]. O artigo marca o começo das reflexões sociológicas de Merton acerca das raízes do crime nas sociedades modernas – focadas no mundo estadunidense - que ainda granjearia adições em produções acadêmicas posteriores, como no livro *Social Theory and Social Structure*, publicado em 1949.

¹ Doutorando em Sociologia e Ciência Política pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Sociologia Política pela mesma instituição. Professor titular das disciplinas de Antropologia e Sociologia Jurídicas e Sociologia Geral da FUCAP-UNIVINTE. E-mail: rogermlaureano@gmail.com.

² MERTON, Robert K. *Science, Technology and Society In Seventeenth Century England*. *Osiris*, v. 4, n. 2, p. 360–62, 1938a; MERTON, Robert K. **The sociology of science: theoretical and empirical investigations**. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

³ MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968.

⁴ MERTON, Robert K. The unanticipated consequences of purposive social Action. **American Sociological Review**, v. 1, n 6, p. 894–904, 1936.

⁵ MERTON, Robert K. (1948), The self-fulfilling prophecy, **Antioch Review**, v. 8, n. 2, p. 193–210, 1948.

⁶ MERTON, Robert K. Social structure and anomie. **American Sociological Review**, v.3, n.5, p. 672-682, 1938b. Traduzido para o português nesta edição: MERTON, Robert K. Estrutura social e anomia. In: PEREIRA, J.; MELO, A. **Direito em série** v. 3. Capivari de Baixo: Editora Fucap, 2020.

A tese fundamental do livro e do artigo tem como base a tensão social originada pelas metas culturais socialmente compartilhadas que os indivíduos não conseguem realizar pelos meios institucionais ordinários. Então, por um lado, a sociedade define metas e objetivos geradores de prestígio, como enriquecimento e poder, e por outro lado também apresenta os meios aceitos de se conquistar esses fins, como através da educação e do trabalho. O problema, aponta Merton, é quando a estrutura social se encontra organizada de tal forma que uma parte significativa dos indivíduos estão em uma situação em que eles não conseguem alcançar essas metas pelos meios ordinários. Eles valorizam aquilo que a sociedade prestigia, mas não são capazes de capturar para si parte dessas recompensas. Nessas situações, o indivíduo opta por alcançar esses objetivos por meios “inovadores” que não são socialmente aceitos, mas são tecnicamente eficazes em angariar riqueza e poder. O crime, portanto, especialmente o pecuniário, está constituído por essa tensão. Uma sociedade que não consegue mais suprir aos seus componentes com parte das recompensas prestigiadas, mas ainda assim convence eles de que esse objetivo deve ser alcançado, vai formar indivíduos mais preocupados em “alcançar os objetivos” do que “alcançar os objetivos de acordo com as regras socialmente estabelecidas”. Em seus casos mais extremos, essa tensão gera o que Merton classificou, inspirado por Durkheim, como anomia: uma situação social de ausência de regras. Os fins se sobrepõem aos meios.

A teoria de Merton encontrou muitos méritos ao suprir lacunas da criminologia de seu tempo. Por exemplo, o fato de que os dados sociais indicavam algum grau de correlação entre pobreza e crime em diversas regiões dos Estados Unidos, mas existiam dificuldades em conciliar essa informações com as observações de que muitos países mais pobres possuíam uma taxa de criminalidade menor; ou ao perceber que esse índice, no próprio Estados Unidos, não se reduzia na medida em que o país enriquecia. Merton demonstrou que há múltiplos fatores em consideração. Essas diferenças existem porque as nações mais empobrecidas e com menor criminalidade podem ter metas culturais distintas que levam os indivíduos a priorizar outros objetivos, ou, dentro de seu próprio padrão, permitem maior grau de mobilidade social pelas vias institucionais ordinárias, de maneiras que as pessoas não precisam recorrer a métodos “inovadores”.

O crime, contudo, não é o único resultado da tensão anômica. Merton aponta outros ajustamentos possíveis que levam a essa má integração entre metas culturais e meios institucionais. A evasão social, de indivíduos que simplesmente se “retiram” da sociedade e passam a viver à margem dela – não necessariamente de maneira delituosa -, assim como a rebeldia de pessoas que se revoltam contra o sistema estabelecido, são fenômenos que podem ser explicados por diferentes combinações dessa mesma situação de tensão social. Em alguns casos, as pessoas se mantêm dentro das normas apenas por ritualismo, mas já abandonaram a ambição cultural. A normalidade da sociedade, no fim das contas, é produto de indivíduos conformistas que buscam as metas culturalmente objetivadas, mas apenas por vias legais. Em uma situação não anômica, o conformismo é a regra.

Com o passar dos anos, essa teoria continuou a ser aplicada no âmbito da criminologia e ainda é relevante no meio acadêmico. Testes empíricos foram realizados para aplicá-la a realidades específicas, assim como adaptações foram desenvolvidas para encarar contextos distintos daqueles originalmente imaginado pelo autor. Inicialmente, a *Strain Theory* de Merton estava assumidamente limitada ao estudo de crimes pecuniários, mas com novos desenvolvimentos ela se tornou cada vez mais uma teoria geral do crime e, por vezes, até mesmo com aplicações que alcançariam outras realidades sociais, como o suicídio e o mundo das drogas.

Novos desenvolvimentos da teoria de Merton

Após sua publicação em 1938, a teoria criminológica de Merton não demorou para conquistar prestígio acadêmico, recebendo novos desenvolvimentos em seu livro *Social Theory and Social Structure* em 1949. Posteriormente, outros pesquisadores se dedicaram a aplicar a teoria a outros contextos ou atualizá-la às novas realidades com as quais se deparavam em seus trabalhos. Hoje, nos Estados Unidos, alguns desses modelos teóricos derivados da teoria de Robert Merton possuem particular destaque nas discussões criminológicas, como a *General Strain Theory* (GST) e a *Institutional Strain Theory* (IST).

Uma das primeiras e mais famosas atualizações veio na obra de Richard Cloward e Lloyd Ohlin⁷ que invertia parte da teoria de Merton. O comportamento desviante e delinquente, eles apontavam, não era consequência da ausência de meios institucionais para se alcançar os fins culturalmente estabelecidos, mas ocorria justamente por um excesso de oportunidades ilegítimas de se alcançar esses mesmos fins. Essa perspectiva é influente em diversas teorias criminológicas do controle que apresentaram a multiplicidade de alvos como uma das razões que levam ao aumento da criminalidade.

A mais conhecida adaptação, no entanto, veio com a *General Strain Theory*. Em 1992, o sociólogo Robert Agnew argumentou que a teoria de Merton poderia ser muito frutífera com algumas adaptações que não a limitasse a crimes financeiros⁸. Retirou dela a dimensão de classe social e de metas culturais, substituindo-as pelo ambiente social em que o indivíduo está inserido. O crime seria um produto da tensão ou do estresse gerado pelo ambiente que provocaria uma reação emotiva no agente. A inabilidade de alcançar o objetivo definido continua sendo um dos elementos centrais da teoria – embora aqui localizada como um elemento individual, não cultural -, mas os outros catalizadores são a falta de estímulo positivo e a presença de estímulos negativos no ambiente em que o indivíduo está inserido. Elementos diversos como a falta de controle social e a percepção individual de injustiça também contribuem para o mesmo fim. A GST, ao colocar a emoção no centro da conduta desviante, abriu o leque mertoniano para outras tipificações penais.

Pouco tempo depois, Steven Messner e Richard Rosenfeld desenvolveram a *Institutional Strain Theory*⁹. Enquanto a GST possui um foco analítico individual, a IST procura as raízes do crime nas dimensões macroestruturais da sociedade. Em uma perspectiva claramente funcionalista, os autores dividiram as instituições sociais em quatro grupos com funções e propósitos distintos: família, educação, política e economia. A tensão social é gerada a partir do momento que uma das instituições, a economia, em razão do desmesurado desejo de ganho financeiro, passou a se

⁷ CLOWARD, R. e OHLIN, L. **Delinquency and opportunity**. Glencoe: Free Press, 1960.

⁸ AGNEW, R. Foundation for a general strain theory of crime and delinquency. **Criminology**, v. 30, n.1, p. 47-88, 1992; AGNEW, R.; WHITE, H. R. An empirical test of general strain theory, **Criminology**, v.30, n.4, 1992; AGNEW, R. Building on the foundation of general strain theory: specifying the types of strain most likely to lead to crime and delinquency. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, v. 38, n. 4, p. 319-361, 2001.

⁹ MESSNER, S.; ROSENFELD, R. **Crime and the American dream**. Belmont: Wadsworth, 1994.

sobrepôr às outras três. Mas essas estruturas que se tornaram submissas, defendem Messner e Rosenfield, são justamente aquelas responsáveis pela criação, comunicação e monitoramento dos valores fundamentais das sociedades nas quais estão estabelecidas. Ou até mesmo, como no caso da família, pelo suporte individual. O resultado desse desequilíbrio institucional de desejo pelo ganho é a falta de orientação moral que, em diversos casos, pode levar ao delito.

Tanto a GST quanto a IST continuam entre as mais relevantes teorias criminológicas¹⁰. Isso não significa, contudo, que o projeto original de Merton tenha sido abandonado, restando apenas as adaptações. Muitas décadas depois da publicação original, sua teoria da anomia continua se perpetuando nos principais periódicos sobre o tema no mundo, com diversas aplicações a novos contextos e realidades¹¹. Além disso, as adaptações não ficaram restritas ao mundo do crime. As pesquisas de Jie Zhang acerca dos suicídios no mundo moderno, com forte influência do pensamento de Merton, representam um ótimo exemplo de novas aplicabilidades que a teoria da anomia pode receber¹². Por todas essas razões, a teoria de Merton continua relevante mesmo tantos anos após a sua publicação.

REFERÊNCIAS

AGNEW, R. Foundation for a general strain theory of crime and delinquency. **Criminology**, v. 30, n.1, p. 47-88, 1992.

¹⁰ BROIDY, L. M. A test of general strain theory. **Criminology**, v. 39, n. 1, p. 9-36, 2001; BOTCHKOVAR, E. V.; TITTLE, C. R.; ANTONACCIO, O. General strain theory: additional evidence using cross-cultural data. **Criminology**, v. 47, n. 1, p. 131-176, 2009; BUTTON, D. M.; WORTHEN, M. G. F. Applying general strain theory framework to understand school weapon carrying among LGBQ and heterosexual youth. **Criminology**, v. 55, n. 4, p. 806-832, 2017; GROB, E.; HOVERMANN, A.; MESSNER, S. Marketized mentality, competitive/egoistic school culture, and delinquent attitudes and behavior: an application of institutional anomie theory. **Criminology**, v. 56, n. 2, p. 333-369, 2018; HUGHES, L.; ANTONACCIO, O.; BOTCHKOVAR, E. V. The crime of animal abuse in two nonwestern cities: prevalence, perpetrators and pathways. **Journal of Quantitative Criminology**, n. 36, p. 67-94, 2020; MAUME, M.; LEE, M. Social institutions and violence: a sub-national test of institutional strain theory. **Criminology**, v. 41, n. 4, p. 1137-1172, 2003.

¹¹ BAUMER, E.; GUSTAFSON, R. Social organization and instrumental crime: assessing the empirical validity of classic and contemporary anomie theories. **Criminology**, v.45, n. 3, p. 617-663, 2007; MAUME, M.; LEE, M. Social institutions and violence: a sub-national test of institutional strain theory. **Criminology**, v. 41, n. 4, p. 1137-1172, 2003; HUGHES, L.; ANTONACCIO, O.; BOTCHKOVAR, E. Neighborhoods, individuals, and instrumental crime in Russia and Ukraine: a multilevel test of merton's anomie theory. **Journal of Quantitative Criminology**, n. 34, p. 1019-1046, 2018.

¹² Adaptação realizada principalmente nos Estados Unidos da América e na China: ZHANG, J.; LESTER, D. Psychological tensions found in suicide notes: a test for the strain theory of suicide. **Archives of Suicide Research**, v. 12, n. 1, p. 67-73 2008; ZHANG, J. Marriage and suicide among Chinese rural young women. **Social Forces**, v. 89, n. 1, p. 311-326, 2010.

AGNEW, R. Building on the foundation of general strain theory: specifying the types of strain most likely to lead to crime and delinquency. **Journal of Research in Crime and Delinquency**, v. 38, n. 4, p. 319-361, 2001.

AGNEW, R.; WHITE, H. R. An Empirical test of general strain theory, **Criminology**, v.30, n.4, 1992.

BAUMER, E.; GUSTAFSON, R. Social Organization and Instrumental Crime: Assessing the Empirical Validity of Classic and Contemporary Anomie Theories. **Criminology**, v. 45, n. 3, p. 617-663, 2007.

BOTCHKOVAR, E. V.; TITTLE, C. R.; ANTONACCIO, O. General strain theory: additional evidence using cross-cultural data. **Criminology**, v. 47, n. 1, p. 131-176, 2009.

BROIDY, L. M. A test of general strain theory. **Criminology**, v. 39, n. 1, p. 9-36, 2001.

BUTTON, D. M.; WORTHEN, M. G. F. Applying general strain theory framework to understand school weapon carrying Among LGBQ and heterosexual youth. **Criminology**, v. 55, n. 4, p. 806-832, 2017.

CLOWARD, R. e OHLIN, L. **Delinquency and opportunity**. Glencoe: Free Press, 1960.

GROB, E.; HOVERMANN, A.; MESSNER, S. Marketized Mentality, competitive/egoistic school culture, and delinquent attitudes and behavior: an application of institutional anomie theory. **Criminology**, v. 56, n. 2, p. 333-369, 2018.

HUGHES, L.; ANTONACCIO, O.; BOTCHKOVAR, E. Neighborhoods, individuals, and instrumental crime in Russia and Ukraine: a multilevel test of merton's anomie theory. **Journal of Quantitative Criminology**, n. 34, p. 1019-1046, 2018.

HUGHES, L.; ANTONACCIO, O.; BOTCHKOVAR, E. V. The crime of animal abuse in two nonwestern cities: prevalence, perpetrators and pathways. **Journal of Quantitative Criminology**, n. 36, p. 67-94, 2020.

MAUME, M.; LEE, M. Social institutions and violence: a sub-national test of institutional strain theory. **Criminology**, v. 41, n. 4, p. 1137-1172, 2003.

MERTON, Robert K. The unanticipated consequences of purposive social action. **American Sociological Review**. 1 (6): 894–904, 1936.

MERTON, Robert K. Science, technology and society in seventeenth century England. **Osiris**, v. 4, n. 2, p. 360–62, 1938a.

MERTON, Robert K. Social structure and anomie. **American Sociological Review**, v. 3, n. 5, p. 672-682, 1938b.

MERTON, Robert K. The self-fulfilling prophecy. **Antioch Review**, v. 8, n. 2, p. 193–210, 1948.

MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968.

MERTON, Robert K. **The sociology of science: theoretical and empirical investigations**. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

MERTON, Robert K. Estrutura social e anomia. *In*: PEREIRA, J.; MELO, A. **Direito em série** vol. 3. Capivari de Baixo: Editora Fucap, 2020.

MESSNER, S.; ROSENFELD, R. **Crime and the American dream**. Belmont: Wadsworth, 1994.

ZHANG, J.; LESTER, D. Psychological tensions found in suicide notes: a test for the strain theory of suicide. **Archives of Suicide Research**, v. 12, n. 1, p. 67-73 2008.

ZHANG, J. Marriage and suicide among Chinese rural young women. **Social Forces**, v. 89, n.1, p. 311-326, 2010.

ESTRUTURA SOCIAL E ANOMIA

Robert k. Merton

Persiste uma notável tendência na teoria sociológica de atribuir o mal funcionamento da estrutura social principalmente àquelas imperiosas pulsões biológicas que não são adequadamente contidas pelo controle social. Nessa visão, a ordem social é somente um dispositivo para o “gerenciamento do impulso” e o “processamento social” das tensões. Esses impulsos que rompem o controle social, note-se, são considerados derivações biológicas. A inconformidade é assumida como enraizada na natureza original¹. A conformidade é, por implicação, o resultado de um cálculo utilitário ou uma condição irracional. Esse ponto de vista, quaisquer que sejam suas outras deficiências, claramente levanta uma questão. Ele não fornece base para determinar as condições não biológicas que induzem a desvios dos padrões de conduta prescritos. Neste artigo, sugere-se que certas fases da estrutura social geram as circunstâncias em que a infração dos códigos sociais constitui uma resposta “normal”².

O esquema conceitual a ser delineado é projetado para fornecer uma abordagem sistemática e coerente ao estudo das fontes socioculturais do comportamento desviante. O nosso principal objetivo reside em descobrir como algumas estruturas sociais *exercem uma pressão definitiva* em certas pessoas da sociedade para que se envolvam em condutas inconformistas ao invés de conformistas. Muitas ramificações do esquema não podem ser discutidas; os problemas ultrapassam aqueles explicitamente tratados.

* Artigo originalmente publicado na **American Sociological Review** em 1938 por Robert King Merton (1910 – 2002), Doutor em Sociologia pela Universidade de Harvard e Professor na Universidade de Columbia.

** Tradução livre realizada por Roger Laureano, Professor titular da FUCAP Univinte e Doutorando em Sociologia e Ciência Política na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

¹ JONES, Ernest. **Social aspects of psychoanalysis**, London, 1924. Se a noção freudiana é uma variedade do dogma do “pecado original”, então a interpretação avançada neste artigo pode ser chamada de doutrina do “pecado socialmente derivado”.

² “Normal” no sentido de uma resposta culturalmente orientada, se não aprovada. Essa afirmação não nega a relevância das diferenças biológicas e de personalidade que podem estar significativamente envolvidas na *incidência* da conduta desviante. O nosso foco de interesse é a matriz social e cultural; daí abstraímos de outros fatores. É nesse sentido, eu entendo, que James S. Plant fala da “reação normal de pessoas normais a condições anormais”. Ver seu PLANT, James S. **Personality and the cultural PATTERN**, New York, 1937, p. 248.

Entre os elementos da estrutura social e cultural, dois são importantes para os nossos propósitos. Eles são analiticamente separáveis, embora se misturem imperceptivelmente em situações concretas. O primeiro consiste em objetivos, propósitos e interesses culturalmente definidos. Ele compreende um quadro de referência aspiracional. Esses objetivos são mais ou menos integrados e envolvem variados graus de prestígio e sentimento. Eles constituem um componente básico, mas não exclusivo, do que Linton apropriadamente chamou de “projetos para a vida em grupo”. Algumas dessas aspirações culturais estão relacionadas com os impulsos originais do homem, mas não são determinadas por eles. A segunda fase da estrutura social define, regula e controla os modos aceitáveis de alcançar esses objetivos. Todo grupo social invariavelmente acopla sua escala de fins desejados com regulações morais ou institucionais dos procedimentos permitidos ou requeridos para atingir esses fins. Esses imperativos morais e normas regulatórias não necessariamente coincidem com normas técnicas ou de eficiência. Muitos procedimentos que do ponto de vista de *indivíduos particulares* seriam mais eficientes em assegurar os valores desejados, e.g., esquemas ilícitos de estocagem de óleo, roubo, fraude, estão excluídos da área institucional de condutas permitidas. A escolha dos expedientes é limitada pelas normas institucionais.

Dizer que esses dois elementos, as metas culturais e as normas institucionais, operam em conjunto, não é dizer que a variedade de objetivos e comportamentos alternativos mantenham relação constante. A ênfase sobre certos objetivos pode variar independentemente do grau de ênfase nas normas institucionais. Pode haver uma ênfase desproporcional e, às vezes, virtualmente exclusiva, sobre o valor de metas específicas, envolvendo uma preocupação relativamente leve com os modos institucionalmente apropriados de atingir esses objetivos. O caso limite nessa direção é alcançado quando a gama de procedimentos alternativos é limitada apenas por considerações técnicas, não institucionais. Todo e qualquer mecanismo que prometa a realização de um objetivo importante seria permitido neste caso polar hipotético³. Isso constitui um tipo de má integração cultural. Um segundo tipo polar

³ Diz-se que a cultura americana contemporânea tende para essa direção. Ver SIEGFRIED, André. **America comes of age**, New York, 1927, p. 26-37. A alegada ênfase extrema (?) nas metas do sucesso monetário e de prosperidade material leva a uma preocupação dominante com instrumentos tecnológicos e sociais desenvolvidos para produzir o resultado desejado, na medida em que os controles institucionais se tornam de importância secundária. Em tal situação, a inovação floresce à medida em que a *gama de meios* empregados é ampliada. De certo modo, então, ocorre a paradoxal

é encontrado em grupos onde atividades originalmente concebidas como instrumentais são transmutadas em fins em si mesmas. Os propósitos originais são esquecidos e a adesão ritualística à conduta institucionalmente prescrita se torna virtualmente obsessiva⁴. A estabilidade é largamente assegurada enquanto a mudança é desprezada. A gama de comportamentos alternativos é severamente limitada. Desenvolve-se uma sociedade sacralizada, de vínculos tradicionais, caracterizada pela neofobia. A psicose ocupacional do burocrata pode ser citada como um caso. Finalmente, há os tipos intermediários de grupos onde um equilíbrio entre objetivos culturais e meios institucionais é mantido. Esses são os grupos significativamente integrados e relativamente estáveis, embora em mudança.

Um efetivo equilíbrio entre as duas fases da estrutura social é mantido desde que resulte em satisfação aos indivíduos que estão em conformidade com as duas restrições, viz., a satisfação da conquista dos objetivos e a satisfação que emerge diretamente dos modos institucionalmente canalizados do esforço de atingir esses fins. O sucesso, nesses casos equilibrados, é duplo: é calculado nos termos do produto e nos termos do processo, nos termos do resultado e nos termos das atividades. Satisfações contínuas devem derivar da pura *participação* em uma ordem competitiva bem como do eclipse dos concorrentes para que a ordem em si seja conservada. Os sacrifícios ocasionais envolvidos em uma conduta institucionalizada devem ser contrabalanceados por recompensas socializadas. A distribuição de status e papéis através da competição deve ser tão organizada que são fornecidos, para *todas as posições* na ordem distributiva, incentivos positivos para a conformidade dos papéis e para adesão às obrigações do status. A conduta aberrante, portanto, pode ser vista como um sintoma de dissociação entre aspirações culturalmente definidas e meios socialmente estruturados.

emergência de “materialistas” a partir de uma orientação “idealista”. Cf. a análise de Durkheim sobre as condições culturais que predis põem ao crime e à inovação, ambos voltados à eficiência, não às normas morais. Durkheim foi um dos primeiros a ver que “contrariamente às ideias correntes, o criminoso não mais aparece como um ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade; ele é um agente regular da vida social” (Citado a partir da edição brasileira: DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73).

⁴ Tal ritualismo pode ser associado com uma mitologia que racionaliza essas ações para que elas pareçam manter seu status como meios, mas a pressão dominante está na direção da estrita conformidade ritualística, independente de tais racionalizações. Nesse sentido, o ritual avança ainda mais quando essas racionalizações nem sequer são evocadas.

Dos tipos de grupos que resultam de variações independentes das duas fases da estrutura social, devemos nos preocupar principalmente com o primeiro, isto é, aquele que envolve um desproporcional enfoque nas metas. Essa declaração deve ser reformulada em uma perspectiva adequada. Em nenhum grupo há ausência de códigos regulatórios que regem a conduta, todavia, os grupos variam no grau em que esses costumes, *mores*, e controles institucionais são efetivamente integrados com os objetivos difusos que fazem parte da matriz da cultura. Convicções emocionais podem se agrupar sobre o complexo de fins socialmente desejados, mudando o seu apoio da implementação culturalmente definida desses fins. Como veremos, certos aspectos da estrutura social podem gerar contramores e comportamentos antissociais precisamente por causa da ênfase diferencial nas metas e nas regulações. No caso extremo, o último pode ser tão viciado pela ênfase nas metas que a gama de comportamentos é limitada apenas por considerações de conveniência técnica. Então, a única questão significativa é: quais meios disponíveis são mais eficientes para alcançar as metas socialmente aprovadas?⁵ O procedimento mais viável tecnicamente, legítimo ou não, é preferível à conduta institucionalmente prescrita. À medida que o processo continua, a integração da sociedade se torna tênue, seguida pela anomia.

Assim, no atletismo competitivo, quando o objetivo da vitória é desprovido de suas armadilhas institucionais e o sucesso na competição se constrói em “como ganhar o jogo” em vez de “ganhar através de circunscritos modos de atividade”, um prêmio é implicitamente atribuído ao uso de meios ilegítimos, mas tecnicamente eficientes. A estrela do time adversário de futebol é sorrateiramente esmurrada; o lutador furtivamente incapacita seu oponente através de técnicas engenhosas, mas ilícitas; ex-alunos da universidade subsidiam secretamente “estudantes” cujos talentos estão largamente confinados ao campo atlético. A ênfase no objetivo atenuou tanto as satisfações decorrentes da pura participação na atividade competitiva que essas satisfações estão virtualmente confinadas a um resultado bem

⁵ Nessa conexão, pode-se ver a relevância da paráfrase de Elton Mayo com o título do conhecido livro de Tawney: “Na verdade, o problema *não é aquele da doença de uma sociedade aquisitiva; mas da aquisitividade de uma sociedade doente*”. MAYO, Elton. *Humans Problems of an Industrial Civilization*, New York, 1933, p. 153. Mayo lida com o processo através do qual a riqueza se torna um símbolo de conquista social. Ele vê isso como resultado de um estado de anomia. Estamos considerando a não integrada meta do sucesso monetário como um elemento na produção da anomia. Uma análise completa envolveria ambas as fases desse sistema de variáveis independentes.

sucedido. Através do mesmo processo, a tensão gerada pelo desejo de vencer um jogo de *poker* é aliviada por receber quatro ases, ou, quando o culto ao sucesso se tornou completamente dominante, por sagazmente embaralhar as cartas em um jogo de paciência. O leve remorso no último caso e a natureza clandestina dos delitos públicos indicam claramente que as regras institucionais do jogo *são conhecidas* àqueles que as evitam, mas que o apoio emocional dessas regras é amplamente corrompido pelo exagero cultural da meta de sucesso⁶. São imagens microcósmicas do macrocosmo social.

Naturalmente, esse processo não está restrito ao reino do esporte. O processo pelo qual a exaltação do fim gera uma *desmoralização literal* dos meios, i.e., uma desinstitucionalização, é algo que caracteriza muitos⁷ grupos nos quais as duas fases da estrutura social não estão muito bem integradas. Na nossa sociedade, a extrema ênfase na acumulação de riqueza como um símbolo de sucesso⁸ milita contra o controle completamente eficaz dos modos institucionalmente regulados de se adquirir fortuna⁹. Fraude, corrupção, vício, crime, em resumo, todo o catálogo de comportamentos proscritos, se tornam cada vez mais comuns quando a ênfase na meta de sucesso *culturalmente induzida* se divorcia de uma ênfase institucional coordenada. Essa observação é de crucial importância teórica ao examinar a doutrina de que o comportamento antissocial muito frequentemente deriva de impulsos biológicos que rompem as restrições impostas pela sociedade. A diferença

⁶ É improvável que as normas interiorizadas estejam completamente eliminadas. Quaisquer que sejam os resíduos que persistem, vão induzir a conflitos e tensões de personalidade. O processo envolve certo grau de ambivalência. Uma rejeição manifesta das normas institucionais é acoplada com alguma retenção latente de seus correlatos emocionais. “Sentimento de culpa”, “senso de pecado” e “dores de consciência” são manifestações óbvias dessa tensão não revelada; a adesão simbólica a valores ou racionalizações nominalmente repudiadas constitui uma variedade mais sutil de liberação tensional.

⁷ “Muitos” grupos não integrados, não todos, pela razão já mencionada. Em grupos onde a ênfase primária muda para os meios institucionais, i.e., quando a gama de alternativas é muito limitada, o resultado é mais um tipo de ritualismo do que a anomia.

⁸ O dinheiro possui muitas peculiaridades que o torna particularmente apto a virar um símbolo de prestígio divorciado dos controles institucionais. Como Simmel enfatizou, o dinheiro é altamente abstrato e impessoal. Seja como for adquirido, institucionalmente ou através de fraude, ele pode ser utilizado para comprar os mesmos bens e serviços. O anonimato da cultura metropolitana, em conjunção com essa peculiaridade do dinheiro, permite à riqueza, cujas fontes podem ser desconhecidas à comunidade em que o plutocrata vive, servir como um símbolo de status.

⁹ A ênfase na riqueza como um símbolo de sucesso possivelmente se reflete no uso do termo “fortuna” para se referir a um estoque de riqueza acumulada. Esse significado se torna comum ao final do século dezesseis (Spencer e Shakespeare). Um uso similar do latim *fortuna* entra em proeminência durante o primeiro século d.C. Ambos os períodos são marcados pela ascensão da “burguesia” ao prestígio e ao poder.

é entre uma interpretação estritamente utilitária que concebe os fins dos homens como aleatórios e uma análise em que esses fins derivam dos valores básicos da cultura¹⁰.

A nossa análise não pode parar neste momento. Devemos nos voltar para outro aspecto da estrutura social se quisermos lidar com a gênese social das diversas conotações e tipos de comportamentos desviantes característicos de diferentes sociedades. Até agora, esboçamos três tipos-ideais de ordens sociais constituídas por padrões distintos de reações entre fins culturais e meios. Saindo desses tipos de *padrões de cultura*, encontramos cinco alternativas logicamente possíveis de ajustamento ou adaptação *de indivíduos* dentro de sociedades ou grupos culturalmente movidos¹¹. Estes são esquematicamente apresentados na tabela a seguir, onde (+) significa “aceitação”, (-) significa “eliminação” e (±) significa “rejeição e substituição por novos objetivos e padrões”.

	Metas Culturais	Meios Institucionais
I. Conformidade	+	+
II. Inovação	+	-
III. Ritualismo	-	+
IV. Retraimento	-	-
V. Rebelião ¹²	±	±

A nossa discussão da relação entre essas respostas alternativas e outras fases da estrutura social deve ser prefaciada pela observação de que as pessoas podem mudar de uma alternativa para outra quando elas se envolvem em diferentes atividades sociais. Essas categorias se referem a ajustes de papéis em situações específicas, não à personalidade *in toto*. Tratar do desenvolvimento desse processo em várias esferas da conduta introduziria uma complexidade inimaginável dentro dos

¹⁰ Ver DAVIS, Kingsley. “Mental hygiene and the class structure”, *Psychiatry*, 1928, I, p 62-63; PARSONS, Talcott. **The structure os social action**, New York, 1937, p. 59-60.

¹¹ Este é um nível intermediário entre os dois planos distinguidos por Edward Sapir; a saber, padrões culturais e sistemas de hábitos pessoais. Ver SAPIR, Edward. “Contribution of psychiatry to an understanding of Behavior in society”, *Amer. J. Sociol.*, 1937, p. 862-70.

¹² Essa quinta alternativa está claramente em um plano diferente das outras. Ela representa uma resposta *transitória* que busca *institucionalizar* novos procedimentos orientados na direção de renovar as metas culturais compartilhadas pelos membros da sociedade. Portanto, envolve esforços mais para *mudar* a estrutura existente do que para executar ações acomodativas *dentro* dessa estrutura, e introduz problemas adicionais com os quais não estamos preocupados no momento.

limites deste artigo. Por essa razão, devemos nos preocupar principalmente com a atividade econômica em sentido amplo: “a produção, troca, distribuição e consumo de bens e serviços” na nossa sociedade competitiva, onde a riqueza assumiu um peso altamente simbólico. A nossa tarefa é procurar alguns dos fatores que exercem pressão para que os indivíduos se envolvam em algumas dessas respostas alternativas logicamente possíveis. Essa escolha, como veremos, está longe de ser aleatória.

Em toda sociedade, a Adaptação I (conformidade com os objetivos culturais e os meios) é a mais comum e amplamente difundida. Onde isso não acontece, a estabilidade e a continuidade da sociedade não podem ser sustentadas. A rede de expectativas que constitui toda ordem social é mantida pelo comportamento modal de seus membros que se enquadram nessa categoria. O papel convencional do comportamento orientado aos valores básicos do grupo é mais a regra do que a exceção. É esse fato sozinho que nos permite falar de um agregado humano que abrange um grupo ou sociedade.

Inversamente, a Adaptação IV (rejeição dos objetivos e meios) é o menos comum. As pessoas que se “ajustam” (ou desajustam) dessa maneira estão, estritamente falando, *na* sociedade, mas não são *da* sociedade. Sociologicamente, estes constituem os verdadeiros “alienígenas”. Sem compartilhar o quadro comum de orientação, eles podem ser incluídos dentro da população societal meramente em um sentido ficcional. Nessa categoria estão *algumas* das atividades de psicóticos, psiconeuróticos, autistas crônicos, párias, exilados, mendigos, vagabundos, pedintes, bêbados crônicos e viciados em drogas¹³. Estes abandonaram, em certas esferas da atividade, os objetivos culturalmente definidos, envolvendo, no caso polar, uma completa inibição de metas, e seus ajustamentos não estão de acordo com as normas institucionais. Isso não significa dizer que em alguns casos a fonte de seus ajustamentos comportamentais não é, em parte, da própria estrutura social que eles efetivamente repudiam nem que a sua própria existência dentro de uma área social não constitui um problema para a população socializada.

¹³ Obviamente, essa é uma declaração elíptica. Esses indivíduos podem manter algumas orientações para os valores de seus diferentes grupos dentro da sociedade em geral ou, em parte, da própria sociedade convencional. Na medida em que o fazem, suas condutas não podem ser classificadas na “rejeição passiva” da categoria (IV). A descrição de Nels Anderson sobre o comportamento e as atitudes de sem tetos, por exemplo, pode ser facilmente reformulada nos termos do nosso esquema analítico. Ver ANDERSON, Nels. **The Hobo**, Chicago, 1923, p. 93-98.

Esse modo de “ajustamento” ocorre, no que diz respeito às fontes estruturais, quando tanto as metas culturais quanto os procedimentos institucionalizados foram assimilados completamente pelo indivíduo e imbuídos com afeto e alto valor positivo, mas esses procedimentos institucionalizados, que prometem uma medida de realização bem sucedida dos objetivos, não estão disponíveis ao indivíduo. Nesses casos, o resultado é um duplo conflito mental na medida em que a obrigação moral por adotar os meios institucionais entra em conflito com a pressão em recorrer a meios ilegítimos (que podem atingir a meta), e na medida em que o indivíduo é desligado de meios que são legítimos e efetivos. A ordem competitiva é mantida, mas o indivíduo frustrado e deficiente a abandona porque não pode competir com essa ordem. Derrotismo, quietismo e resignação são manifestados em mecanismos de escape que levam o indivíduo a “escapar” dos requerimentos da sociedade. É um expediente que surge de uma contínua falha de atingir os objetivos por medidas legítimas e de uma inabilidade de adotar a rota ilegítima em razão das proibições internalizadas e das compulsões institucionalizadas, isso *enquanto o valor supremo da meta de sucesso ainda não foi abandonado*. O conflito é resolvido eliminando os dois elementos precipitantes: os objetivos e os meios. A fuga está completa, o conflito é eliminado e o indivíduo é um socializado.

Note-se que onde a frustração deriva da inacessibilidade de meios institucionais efetivos para atingir o “sucesso” econômico ou de qualquer outro tipo, as Adaptações II, III e V (inovação, ritualismo e rebelião) também são possíveis. O resultado será determinado pela personalidade particular e, assim, pelo fundo cultural *particular* envolvido. A socialização inadequada vai resultar na resposta de inovação onde o conflito e a frustração são eliminados pela renúncia dos meios institucionais a conservação das aspirações de sucesso; uma extrema assimilação das demandas institucionais levará ao ritualismo em que o objetivo é abandonado como algo que está além do alcance, mas a conformidade com os costumes persiste; e a rebelião ocorre quando a libertação dos padrões reinantes, em razão de frustração ou de perspectivas marginalistas, leva a uma tentativa de introduzir uma “nova ordem social”.

A nossa maior preocupação é com o ajustamento ilegítimo. Isso envolve o uso de meios convencionalmente proscritos, mas frequentemente eficientes, de se alcançar pelo menos o simulacro do sucesso culturalmente definido – riqueza, poder

e similares. Como vimos, esse ajustamento ocorre quando o indivíduo assimila a ênfase cultural no sucesso sem internalizar igualmente as normas moralmente prescritas que governam os meios para a sua realização. Surge a questão: quais fases da nossa estrutura social predisõem a esse modo de ajustamento? Podemos examinar um caso concreto, efetivamente analisado por Lohman¹⁴, que fornece uma pista para a resposta. Lohman demonstrou que áreas especializadas em vícios próximas ao lado norte de Chicago constituem uma resposta “normal” a uma situação em que a ênfase cultural no sucesso pecuniário foi absorvida, mas há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos de realizar tal sucesso. As oportunidades convencionais de ocupação de pessoas dessa área estão quase completamente limitadas ao trabalho manual. Devido ao nosso estigma cultural com o trabalho manual, e, correlatamente, o prestígio do trabalho de colarinho branco, está claro que o resultado é uma pressão para práticas inovadoras. A baixa renda resultante do trabalho não qualificado e a limitação de oportunidades não pode competir, *nos termos dos padrões convencionais de sucesso*, com a alta renda do crime organizado.

Para os nossos propósitos, essa situação envolve dois recursos importantes. Primeiro, tal comportamento antissocial é, de certa forma, “chamado” por alguns valores convencionais da cultura e pela estrutura de classe, envolvendo um acesso diferencial às oportunidades aprovadas para a perseguição legítima do prestígio das metas culturais. A falta de integração entre elementos de meios-e-fins do padrão cultural e a particular estrutura de classe se combinam para favorecer o aumento da frequência da conduta antissocial em tais grupos. A segunda consideração possui a mesma importância. O recurso à primeira das respostas alternativas, esforço legítimo, é limitado pelo fato de que o avanço real em direção à meta de sucesso desejada através de canais convencionais é, apesar da nossa persistente ideologia de classes-abertas¹⁵, relativamente raro e difícil para aqueles que foram limitados à

¹⁴ LOHMAN, Joseph D. “The participant observer in community studies”, **Amer. Sociol. Rev.**, 1937, 2, p. 890-98.

¹⁵ O inconstante papel dessa ideologia é um objeto rentável para exploração. O estereótipo “de *office boy* a presidente” esteve certa vez próximo de estar de acordo com os fatos. Tal mobilidade vertical foi provavelmente mais comum do que agora, que a estrutura de classe é mais rígida (ver a próxima nota). A ideologia persiste, no entanto, possivelmente porque ainda realiza uma função útil na manutenção do *status quo*. Na medida em que é aceita pelas “massas”, constitui um calmante útil para aqueles que poderiam se rebelar contra toda a estrutura caso essa esperança consoladora fosse removida. Essa ideologia agora serve para diminuir a probabilidade da Adaptação V. Em resumo, o

baixa formação educacional e a poucos recursos econômicos. A pressão dominante dos padrões de sucesso de grupo leva, portanto, à gradual atenuação do esforço legítimo, em geral ineficaz, e ao aumento do uso dos expedientes ilegítimos da corrupção e do crime, mais ou menos eficazes. As demandas culturais feitas a pessoas nessa situação são incompatíveis. Por um lado, pede-se a elas para orientar suas condutas na direção da perspectiva de acumulação de riqueza e, por outro, nega-se a elas oportunidades efetivas de realizar isso institucionalmente. As consequências de tal inconsistência estrutural são: personalidade psicopatológica, e/ou conduta antissocial, e/ou atividades revolucionárias. O equilíbrio entre os fins e os meios culturalmente designados se torna altamente instável com a progressiva ênfase de alcançar os fins prestigiados por quaisquer meios. Nesse contexto, Capone representa o triunfo da inteligência amoral sobre a “falha” moralmente prescrita, quando os canais de mobilidade vertical são fechados ou restritos¹⁶ *em uma sociedade que valoriza muito a riqueza econômica e a ascensão social de todos os seus membros*¹⁷.

A última reserva é de importância primária. Ela sugere que outras fases da estrutura social, além da extrema ênfase no sucesso pecuniário, devem ser consideradas se quisermos compreender as fontes sociais do comportamento antissocial. Uma alta frequência de comportamento desviante não é gerada apenas

papel dessa noção mudou de um teorema empírico aproximadamente válido para uma ideologia, no sentido de Mannheim.

¹⁶ Há um crescente corpo de evidências, ainda que nenhuma seja claramente conclusiva, no sentido de que a nossa estrutura de classe está se enrijecendo e a mobilidade vertical declinando. Taussig e Joslyn descobriram que os líderes de negócios americanos estão sendo recrutados de forma crescente nos mais altos escalões de nossa sociedade. Os Lynds também encontraram uma “diminuída chance de seguir em frente” para a classe trabalhadora de Middletown. Manifestamente, essas mudanças objetivas não são significativas sozinhas; a avaliação subjetiva do indivíduo sobre a situação é o principal determinante na resposta. A extensão em que essa mudança na oportunidade de mobilidade social vem sendo reconhecida pelas classes menos favorecidas é ainda conjectural, apesar de os Lynds apresentarem alguns materiais sugestivos. Os escritores sugerem que o caso em questão é a crescente frequência de desenhos que observam, em uma veia tragicômica, que “meu velho diz que nem todo mundo pode ser presidente. Ele diz que se você ficar estável trabalhando três dias por semana na W.P.A. você também não está tão mal”. Ver TAUSSIG, Frank W. e JOSLYN, Carl S. **American business leaders**, New York, 1932; LYND, Robert S. e LYND, Helen M. **Middletown in transition**, New York, 1937, p. 67.

¹⁷ O papel dos negros a esse respeito é de considerável importância teórica. Certos elementos da população negra assimilaram o elenco dominante do valor do sucesso pecuniário e do avanço social, mas eles também reconhecem que a ascensão social está quase exclusivamente restrita ao seu próprio grupo. As pressões sobre os negros, que de outra maneira derivariam das mesmas inconsistências culturais que observamos, não são, portanto, idênticas àquelas da classe trabalhadora branca. Ver KINGSLEY, Davis, *op. cit.*, p. 63; DOLLARD, John. **Cast and class in a southern town**. New Haven, 1936, p. 66; YOUNG, Donald. **American minority peoples**. New York, 1932, p. 581

pela “falta de oportunidade” ou pela ênfase pecuniária exagerada. Uma comparativamente endurecida estrutura de classe, uma ordem feudal ou de castas, pode limitar tais oportunidades muito além do ponto da nossa sociedade de hoje. É apenas quando um sistema de valores culturais exalta, virtualmente acima de todo o resto, certos símbolos *comuns* de sucesso *para a população em geral*, enquanto sua estrutura social restringe rigorosamente ou elimina por completo o acesso aos modos aprovados de se adquirir esses símbolos *para uma parte considerável da mesma população*, que o comportamento antissocial acontece em uma escala considerável. Em outras palavras, nossa ideologia igualitária nega, por implicação, a existência de grupos e indivíduos não competitivos na busca pelo sucesso pecuniário. O mesmo corpo de sucesso simbólico é mantido como desejável para todos. Esses objetivos são mantidos para *transcender as linhas de classe*, não para serem limitados por ela, ainda assim a organização social real é de tal forma que existem diferenças de classe na acessibilidade destes símbolos *comuns* de sucesso. Aspirações frustradas e contrariadas levam à busca por avenidas de fuga dessa intolerável situação culturalmente induzida; ou a ambição sem alívio leva a tentativas ilícitas de adquirir os valores dominantes¹⁸. A tensão americana pela ambição e pelo sucesso pecuniário para todos é convidativa à exagerada ansiedade, às hostilidades, às neuroses e ao comportamento antissocial.

A análise teórica pode ir muito longe na direção de explicar as variadas correlações entre crime e pobreza¹⁹. Pobreza não é uma variável isolada. É uma de um complexo interdependente de variáveis culturais e sociais. Quando vista em tal contexto, ela representa um estado de coisas bastante diferente. A pobreza como tal, e a conseqüente limitação de oportunidade, não é suficiente para induzir

¹⁸ As coordenadas físicas desse processo foram parcialmente estabelecidas pela evidência experimental relativa a *Anspruchsniveaus* e os níveis de desempenho. Ver LEWIN, Kurt. **Vorsatz, wille e bedurfnis**, Berlin, 1926; HOPPE, N. F. “Erfolg und misserfolg”, **Psychol. Forschung**, 1930, p. 1-63; FRANK, Jerome D. “Individual differences in certain aspects of the level of aspiration”, **Amer. J. of Psycholog.**, 1935, p. 119-28.

¹⁹ Os textos de criminologia padrão sumarizam os dados neste campo. O nosso esquema de análise pode servir para resolver algumas das contradições teóricas que P. A. Sorokin indica. Por exemplo: “nem em todo lugar nem sempre os pobres são grande proporção do crime... muitos países pobres têm me

nos crimes que países mais ricos... os avanços [econômicos] na segunda metade do século dezenove e no começo do vinte não foram seguidos por uma redução no crime”. Ver SOROKIN, Pitirim A. **Contemporary sociological theories**. New York, 1928, p. 560-1. O ponto crucial é, no entanto, que a pobreza tem variado de significância social em diferentes estruturas sociais, como veremos. Conseqüentemente, não se deve esperar uma correlação linear entre pobreza e crime.

visivelmente à uma alta taxa de comportamento criminal. Até mesmo a frequentemente comentada “pobreza no meio da abundância” não vai necessariamente levar a esse resultado. Apenas na medida em que a pobreza - e as desvantagens associadas na competição pelos valores culturais aprovados para *todos* os membros da sociedade - for ligada à assimilação de uma ênfase cultural pela acumulação monetária como um símbolo de sucesso, a conduta antissocial se torna o resultado “normal”. Portanto, a pobreza é menos correlata ao crime no sudeste da Europa que nos Estados Unidos. As possibilidades de mobilidade vertical nessas áreas europeias parecem ser menores que neste país, então nem a pobreza *per se* nem a sua associação com oportunidades limitadas são suficientes para dar conta das correlações variadas. É apenas quando toda a configuração é considerada (pobreza, oportunidades limitadas e um sistema compartilhado de símbolos de sucesso) que nós podemos explicar a maior associação entre pobreza e crime na nossa sociedade do que em outras em que a rígida estrutura de classe está acompanhada de *diferentes símbolos de sucesso*.

Em sociedades como a nossa, então, a pressão pelo prestígio do sucesso tende a eliminar as restrições sociais efetivas sobre os meios empregados para esse fim. A doutrina “os fins justificam os meios” se torna um princípio orientador para a ação quando a estrutura cultural indevidamente exalta o fim e a organização social indevidamente limita o possível recurso aos meios aprovados. Caso contrário, essa noção e o comportamento associado refletem uma falta de coordenação cultural. Nas relações internacionais, os efeitos dessa falta de integração são notoriamente aparentes. Uma ênfase sobre o poder nacional não está prontamente coordenada com uma inepta organização de meios legítimos, i.e., internacionalmente definidos e aceitos, de atingir esse objetivo. O resultado é uma tendência à revogação do direito internacional, tratados se tornam pedaços de papel, “guerra não declarada” serve como uma evasão técnica, o bombardeio de populações civis é racionalizado²⁰, assim como a mesma situação societal induz às mesmas influências ilegítimas entre indivíduos.

A ordem social que descrevemos produz uma “tensão para a dissolução”. A pressão de tal ordem está em superar o concorrente. A escolha dos meios dentro

²⁰ Ver ROYSE, M. W. **Aerial bombardment and the international regulation of war**, New York, 1928.

dos limites do controle institucional vai persistir enquanto os sentimentos de apoio ao sistema competitivo - derivados da possibilidade de superar os competidores e, portanto, desfrutar da resposta favorável dos outros – estão distribuídos ao longo de todo o sistema de atividades, não confinados meramente ao resultado final. Uma estrutura social estável demanda uma distribuição balanceada que afeta os seus diversos segmentos. Quando ocorre uma mudança de ênfase da satisfação derivada da competição em si mesma para a quase exclusiva preocupação com a competição bem sucedida, a tensão resultante leva ao colapso da estrutura regulatória²¹.

Deve ficar claro que o exposto acima não está baseado em um plano moralista. Seja qual for o sentimento do escritor ou do leitor concernente à desejabilidade ética de coordenar as fases de meios e fins da estrutura social, deve-se concordar que a ausência de tal coordenação leva à anomia. Na medida em que uma das funções mais gerais da organização social é fornecer uma base para a calculabilidade e para a regularidade do comportamento, sua efetividade é cada vez mais limitada quando esses elementos da estrutura se dissociam. No extremo, a previsibilidade virtualmente desaparece e acontece o que pode ser devidamente chamado de caos cultural ou anomia.

Essa declaração, sendo breve, é também incompleta. Ela não inclui um tratamento exaustivo de vários elementos estruturais que predisõem a uma em vez de outra resposta alternativa aberta aos indivíduos; negligencia, sem negar a relevância, os fatores que determinam incidências específicas dessas respostas; não enumera várias das respostas concretas que são constituídas por combinações de valores específicos da variável analítica; omite, ou inclui apenas por implicação, qualquer consideração sobre a função social realizada por respostas ilícitas; não testa todo o poder explanatório do esquema analítico examinando a frequência dos comportamentos desviantes e conformistas em um grande número de variações de grupo; não tratou adequadamente da conduta rebelde que busca remodelar a estrutura social radicalmente; não examinou a relevância do conflito cultural para uma análise da má integração da meta cultural e dos meios institucionais. Sugere-

²¹ Uma vez que a nossa principal preocupação é com os aspectos socioculturais desse problema, os correlatos psicológicos foram apenas implicitamente considerados. Para uma discussão psicológica desse processo, ver: HORNEY, Karen. **The neurotic personality of our time**, New York, 1937.

se que estes problemas e correlatos podem ser proveitosamente analisados por este esquema.

O Curso de Direito da FUCAP objetiva de forma geral formar bacharéis que congreguem o saber jurídico tradicional e dogmático com uma formação multidisciplinar e empreendedora, com capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente do seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela Justiça e pela pacificação dos conflitos.



ISBN: 978-65-87169-03-3



9786587169033