

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 443

(ano VII)

(18/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário*

*Coordenador de Dir. Administrativo:*  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

*Coordenador de Direito Penal -* **RODRIGO  
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



18/09/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Morosidade é o maior vilão do judiciário laboral](#)

### ARTIGOS

18/09/2015 Daniel Pitombo Taveira

» [O crime de lavagem de dinheiro no Brasil: considerações acerca das mudanças provenientes da Lei 12.683/12](#)

18/09/2015 Leandro Pinheiro Aragão dos Santos

» [Estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa aplicada à miserabilidade do\(s\) agente\(s\). Miserabilidade como excludente de crime](#)

18/09/2015 Steel Rodrigues Vasconcellos

» [A hermenêutica da função social do contrato](#)

18/09/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Charlatanismo e Curandeirismo: da fé as publicidades de medicamentos e estética](#)

18/09/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Explicitações ao Programa Áreas Protegidas da Amazônia \(ARPA\): Singelo Painel ao Decreto nº 4.326/2002](#)

### MONOGRAFIA

18/09/2015 Maria Fernanda Paci

» [Dano moral e Justiça do Trabalho](#)

## MOROSIDADE É O MAIOR VILÃO DO JUDICIÁRIO LABORAL

**ROBERTO MONTEIRO PINHO:** Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

A morosidade na tutela jurisdicional representa um prejuízo para o empregado e também para o empregador. Ambos necessitam de uma rápida solução da lide. Este resultado jurídico (sentença) é um ser invisível, já que a concessão do direito não oferece garantia estatal de solução final do processo. Isso não é privilégio apenas da JT, ocorre também em todo judiciário brasileiro. Números do CNJ indicam que as varas e os tribunais de todo país acumulam 96 milhões de ações, dos quais 20% (cerca de 18,2 milhões) tramitam na Justiça do Trabalho. A execução é o “calcanhar de Aquiles” na laboral, que julga anualmente 2,4 milhões de ações, mas acumula um resíduo quase igual de processos em fase de execução —

aquela em que o trabalhador efetivamente recebe os valores reconhecidos nas sentenças trabalhistas.

A taxa média oficial de congestionamento na JT (fonte TST) na fase processual, em novembro de 2010, era de 69%, em 2014 68%, número considerado pela trade trabalhista elevado e insuportável. Isso significa que, em média, de cada cem reclamantes que obtêm ganho de causa, somente 31 alcança êxito efetivo na cobrança de seu crédito, um resultado que leva à descrença na Justiça. No ano de 2000 as Comissões de Conciliação Prévia (CCP) foram inseridas no ordenamento jurídico através da lei 9.958/2000, como alternativa para a solução de conflitos laborais. Ocorre que essas Comissões passaram a ser sistematicamente “bombardeadas” pelos juízes da especializada, (embora apontadas irregularidades) porque constituíam ameaça a reserva de mercado.

**Apontaram os defeitos, mas esconderam as virtudes. Fontes seguras revelaram que os juízes temiam pelo esvaziamento de sua competência, frente ao alto número de Comissões instaladas em tão pouco tempo, sinalizava para a absorção das ações trabalhistas.**

A CLT contém dispositivos que impelem o juiz a provocar a conciliação entre as partes, (artigos 764, 831, 846, 850 e 852-E), no entanto

esses, sem a extinta representação dos sindicatos, não conseguiram manter o fluxo de acordos. O quadro hoje mostra números desalentadores de acordos, e bem abaixo da média até a extinção. Em que pese o esforço do legislador ordinário ter municiado o sistema laboral com ferramentas hábeis à pacificação da classe obreira e empresária, o instituto jurídico das Comissões de Conciliação Prévia carece de constitucionalidade quando obriga o obreiro a tentativa de conciliação extrajudicial, devendo dessa forma, prosperar a jurisprudência alhures, de que tal estipulação não pode consubstanciar obstáculo ao aforamento de reclamatória estatal, prestigiando-se assim, os valores contidos na Carta da República, em especial, o direito cidadão do acesso à Justiça.

## O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS MUDANÇAS PROVENIENTES DA LEI 12.683/12

**DANIEL PITOMBO TAVEIRA:** Técnico de Gestão Educacional da Secretaria de Estado de Educação do DF. Graduando do 10º Semestre do curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário UDF.

**Resumo:** Buscando enaltecer as alterações na Lei 9.613, de 03 de março de 1998, oriundas da edição da Lei 12.683, de 09 de julho de 2012, este trabalho expõe a preocupação em se combater o crime organizado e a lavagem de capitais. A lei de lavagem de dinheiro fora pautada na luta contra o crime organizado e as organizações criminosas, que buscam ocultar atividades ilícitas como o tráfico de entorpecentes, o tráfico de armas, o tráfico de pessoas e, dentre outras, o financiamento ao terrorismo. Porém, em determinado momento, tal combate encontrava-se um tanto quanto aquém do que se esperava, tendo em vista a diversidade de tentáculos delitivos que as organizações criminosas têm. Surge, então, a Lei 12.683/2012, a qual veio atualizar o arcabouço jurídico, visando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro e, conseqüentemente, dar maior efetividade aos esforços nacionais e transnacionais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro.

**Palavras-chave:** Lavagem de dinheiro. Organizações criminosas. Prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Crime organizado.

**Abstract:** Seeking to exalt the changes in Law 9.613 of March 3, 1998, derived from the publication of Law 12.683, of July 9, 2012, this paper raises a concern in combating the organized crime and the money laundering. The Brazilian law against money laundering had been guided in the fight against organized crime and criminal organizations that seek to hide illicit activities such as drug dealing, the arms trade, trafficking in persons and, among others, the financing of terrorism. However, at any given time, this fighting found itself a somewhat short of what it was expected, in view the diversity

of criminals tentacles that criminal organizations have. Then comes Law 12.683/2012, which came to update the legal framework aimed at making more efficient the criminal prosecution of money laundering offenses and therefore give greater effectiveness to national and transnational efforts to prevent and combat money laundering.

**Keywords:** Money laundering. Criminal organizations. Preventing and combating money laundering. Organized crime.

---

## 1. Introdução

A lavagem de dinheiro, como meio de inserção das organizações criminosas na sociedade, alastrou-se pelo mundo a uma velocidade incalculável, principalmente no século passado. O que se deve, em boa parte, à facilidade encontrada em se transferir divisas, realizar transações comerciais envolvendo grandes somas de valor em um curto espaço de tempo, ao redor do globo, graças ao nível de globalização no qual se encontram as sociedades.

Em virtude de tal expansão, tornou-se inevitável que os Estados representantes das maiores economias se unissem a fim de buscar meios de coibir a atuação do crime organizado. A forma encontrada foi o combate à lavagem de dinheiro.

No Brasil, após a ratificação da Convenção de Viena, fez-se necessário no ordenamento jurídico nacional tipificar penalmente determinadas condutas adotadas para se ocultar e dissimular a origem de outros delitos. Para tanto, fora publicada em 1998 a Lei 9.613, conhecida como a Lei de Lavagem de Dinheiro.

O referido instrumento legal delimitou o que seria considerado como crime de lavagem de dinheiro no Brasil e estabeleceu quais são os órgãos responsáveis para a implantação de uma política de



prevenção e combate à lavagem de dinheiro, criando-se, para esse fim, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Atualmente, o COAF busca prevenir a utilização dos setores econômicos para a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, promovendo a cooperação e o intercâmbio de informações entre os Setores Público e Privado.

Pretende-se, então, com o presente trabalho demonstrar as alterações trazidas pela Lei 12.683/12 e suas implicações no mundo jurídico. A fim de cumprir com esse objetivo, serão demonstrados os motivos históricos que levaram o legislador brasileiro a editar a Lei 9.613/98.

Assim, primeiramente, sem adentrar no mérito legal, a título de conhecimento e esclarecimento, far-se-á um breve detalhamento de como a lavagem de dinheiro se define, quais suas principais características e quais fases que a compõem.

Em seguida, serão expostos os aspectos jurídicos atinentes à Lei de Lavagem de Dinheiro, bem como as discussões que a permeiam no campo doutrinário e jurisprudencial, como forma de construir um melhor juízo da função da citada lei.

Em dado momento, adentrar-se-á no mérito da Lei 12.683/12, analisando-se quais são as principais alterações na Lei de Lavagem de Dinheiro, e como essas alterações foram recebidas pela comunidade jurídica, elencando-se os pontos importantes e os divergentes.

Ao final, breves considerações acerca do crescimento estruturado das organizações criminosas, que se alastram de maneira exponencial pelos mais diversos pontos do globo terrestre, e acerca da política de prevenção e combate à lavagem de dinheiro no Brasil.

## 2. O surgimento da Lei 9.613/98

O crime de lavagem de dinheiro ganhou destaque internacional com o crescimento exponencial do Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas ao longo do século XX, visto que tal conduta delitativa gera ganhos financeiros consideráveis e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da Administração Pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.<sup>[1]</sup>

Diante da problemática, surgiu a necessidade de se debater o tema lavagem de dinheiro, a nível mundial, através da Convenção da Organização das Nações Unidas, realizada em Viena, em 1988, a qual foi ratificada pelo Brasil, em 26 de junho de 1991, através do Decreto n° 154. O tema principal dessa Convenção foi o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, através da prevenção e repressão dos processos de lavagem de dinheiro. Segundo a lição de Ricardo Ribeiro Veloso,

os principais pontos da Convenção de Viena são: a obrigação de cada país criminalizar a lavagem de dinheiro derivada do tráfico de estupefacientes, a criação de normas para facilitar a cooperação judicial e a extradição, o confisco de bens oriundos do tráfico de entorpecentes, dentre outras.<sup>[2]</sup>

Formou-se em 1989 um organismo internacional intitulado de Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI (*Financial Action Task Force – FATF*), formado pelo G7 da época, para combater a lavagem de dinheiro. Em abril de 1990, o GAFI já contava com a participação de diversos outros países e foram publicadas 40 recomendações que regulam conjuntamente questões penais, financeiras e de cooperação internacional. O fato dessas

recomendações não serem de caráter obrigatório não retirou a força e a respeitabilidade do documento, tornando-se um instrumento modelo para ações internacionais.<sup>[3]</sup> O Brasil tornou-se membro do GAFI em junho de 2000.

A convenção de Viena de 1988, bem como as recomendações do GAFI, impulsionou o Brasil a tipificar a conduta delituosa da lavagem de dinheiro em seu ordenamento jurídico. Normatização que se corporificou em 03 de março de 1998, com a publicação da Lei 9.613. Esta lei dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos e a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.<sup>[4]</sup>

### **3. Características do Crime de Lavagem de Dinheiro**

#### **3.1. Conceito**

O crime de lavagem de dinheiro pode ser definido como sendo aquele que, por intermédio de artifícios ilícitos, integra ao sistema econômico-financeiro os bens, direitos e valores obtidos com a prática de crimes com o fim de dá-los a aparência de terem sido obtidos de maneira lícita.<sup>[5]</sup>

De forma mais detalhada, Márcia Monassi Mougénou Bonfim entende que:

A lavagem de dinheiro é o processo composto por fases realizadas sucessivamente, que tem por finalidade introduzir na economia ou no sistema financeiro, bens, direitos ou valores procedentes dos crimes previstos no rol do artigo 1º, caput, da Lei 9.613/98, ocultando essa origem delitiva.<sup>[6]</sup>

Como se percebe, tal conceito fora talhado anteriormente ao advento da Lei 12.683/12.

Já Capez define lavagem de dinheiro como sendo o

[...] processo por meio do qual se opera a transformação de recursos obtidos de forma ilícita em ativos com aparente origem legal, inserindo, assim, um grande volume de fundos nos mais diversos setores da economia.<sup>[7]</sup>

Como se pode observar, os autores definem o crime de lavagem de dinheiro sob os mais diversos aspectos, porém todos buscam consonância com a definição apontada pelo GAFI, que trata a lavagem de dinheiro como sendo o processo que tem por objetivo disfarçar a origem criminosa dos proveitos do crime.<sup>[8]</sup>

### 3.2. Gerações de Leis

A despeito das leis que versam sobre lavagem de dinheiro ao redor do mundo, a doutrina define três tipos ou gerações de leis, quais sejam:

a) 1ª geração – foram as primeiras leis que incriminara a conduta da lavagem de capitais e previam apenas o tráfico ilícito de drogas como crime antecedente;

b) 2ª geração – surgem no intuito de se coibir a movimentação financeira do produto financeiro de outros delitos também considerados graves (além do narcotráfico), havendo uma ampliação do rol de crimes antecedentes (*numerus clausus*);

c) 3ª geração – aonde, de uma forma muito mais abrangente e moderna, são considerados como crime antecedente todo e qualquer delito.<sup>[9]</sup>

### **3.3. Das Fases da Lavagem de Dinheiro**

#### **3.3.1. Colocação ou Introdução (Placement)**

É quando o dinheiro ilícito é inserido no sistema financeiro, buscando-se afastar a relação dos valores, e sua real origem, com o agente. Diversas são as técnicas utilizadas nessa fase, tais como o fracionamento de quantias vultosas em valores irrisórios, a fim de que escapem do controle administrativo realizado pelas instituições financeiras (*smurfing*), a utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie, as remessas para o exterior através de mulas, transferências eletrônicas para os paraísos fiscais, dentre outras técnicas cada vez mais sofisticadas e dinâmicas. Este é o estágio primário da lavagem e, por isso mesmo, o mais frágil e vulnerável à sua detecção.[\[10\]](#)

#### **3.3.2. Ocultação ou Dissimulação (Layering)**

Nessa fase ocorre a camuflagem das evidências, com a utilização de uma série de negócios ou movimentações financeiras, a fim de que seja dificultado o rastreamento contábil dos lucros ilícitos. É a fase da lavagem propriamente dita, pois se dissimula a origem dos valores para que sua procedência não seja identificada, criando-se um emaranhado de complexas transações financeiras, em sua maioria internacionais. É a fase mais complexa do processo e a que envolve maiores riscos de vulnerabilidade aos sistemas financeiros nacionais.[\[11\]](#)

#### **3.3.3. Integração (Integration)**

Trata-se da última fase da lavagem de dinheiro, quando os bens, capitais e valores, já com aparência de lícitos, são formalmente incorporados ao sistema econômico, geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário ou imobiliário.[\[12\]](#)

Ressalta-se, entretanto, que apesar da existência de três fases distintas durante o processo de lavagem de dinheiro, não se exige

que sejam todas cumpridas para a caracterização do delito, bastando a fase de colocação.[\[13\]](#)

#### 4. Da Lei 9.613/98

##### 4.1. Objeto Jurídico

A amplitude e o impacto do crime de lavagem de dinheiro na sociedade é tão grande que se torna difícil a delimitação do bem jurídico tutelado de forma precisa. Por isso mesmo, há algumas divergências doutrinárias nesse sentido. Conforme a lição de Márcia Bonfim, existem três correntes básicas:

- a) A primeira afirma que o objeto jurídico da lavagem de dinheiro é o mesmo do crime antecedente. Havendo, assim, uma superproteção do referido bem jurídico. Para essa corrente a lavagem de dinheiro estaria apenas prolongando e aumentando a lesão anterior.[\[14\]](#)
- b) A segunda, que também é a majoritária, afirma que o objeto da tutela jurídica do delito de lavagem de dinheiro é diverso daquele que é tutelado no delito antecedente. Porém, ainda dentro dessa perspectiva, existem duas posições divergentes. Uma que defende que o bem jurídico protegido é a Administração da Justiça, uma vez que o cometimento do crime de lavagem de dinheiro torna difícil a recuperação do produto do crime, dificultando a ação da Justiça.[\[15\]](#) A outra identifica como objeto jurídico a ordem econômico-financeira, ou a ordem socioeconômica, visto que os crimes de lavagem de dinheiro afetam diretamente os sistemas financeiros e econômicos do país, afetando o equilíbrio do mercado e a livre concorrência.[\[16\]](#)

- c) Por fim, a terceira corrente persevera que a lavagem de dinheiro é um crime pluriofensivo e que o bem jurídico tutelado são dois ou mais, podendo se aceitar um destes como prevalente e outro como subsidiário.[\[17\]](#)

#### 4.2. Objeto Material

O objeto material do crime de lavagem de dinheiro no arcabouço jurídico penal brasileiro compreende os bens, direitos e valores. Embora o termo bens abarque, além dos móveis e imóveis, corpóreos ou incorpóreos, tangíveis e intangíveis, também os direitos e valores, o legislador achou por bem tratá-los como categorias separadas, indicando-os expressamente.[\[18\]](#) Explicita-se, então, a lição de Renato Brasileiro Lima:

*Bens podem ser definidos como qualquer elemento material ou imaterial, representando uma utilidade ou uma riqueza, integrado no patrimônio de alguém e passível de apreciação monetária. Diversamente da receptação, que somente pode ter por objeto coisas móveis ou mobilizadas, aqui o objeto é mais amplo, podendo recair sobre bens móveis ou imóveis. Nesse ponto, a Convenção de Viena fornece uma espécie de interpretação autêntica de bens, que englobaria os outros dois objetos (“direitos e valores”): “por bens se entendem os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que confirmam a propriedade ou outros direitos sobre os ativos em questão” (art. 1.º, “c”). O “dinheiro” está incluído na expressão “bens” e na projeção econômico-financeira dos conceitos de direitos e valores. De qualquer modo, para incidência da norma penal de*

*lavagem de capitais, é imprescindível que o bem tenha conteúdo econômico.*

*Por “direitos” compreende-se a fruição e gozo de tudo o que nos pertence.*

*Valores, por sua vez, exprimem o grau de utilidade das coisas, ou bens ou a importância que possuem para a satisfação de nossas necessidades.*[\[19\]](#)

Além disso, é imprescindível que os bens direitos e valores, objeto da lavagem, sejam derivados direta ou indiretamente das condutas delitivas que deram origem ao crime de lavagem de dinheiro.[\[20\]](#) Dessa forma, o alcance do objeto material incluiu não só o produto imediato do delito, como também os acréscimos e as sucessivas mudanças e transformações que ele experimente posteriormente.[\[21\]](#)

#### **4.3. Tipo Objetivo**

As condutas prescritas no tipo do art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, são *ocultar* (esconder, encobrir, silenciar, abafar, sonegar) *edissimular* (disfarçar, camuflar, mascarar, ocultar com astúcia e fingir), lembrando que trata-se de tipo misto alternativo e, assim, a realização de mais de uma conduta não enseja o concurso de crimes.[\[22\]](#)

Observa-se, ainda, que estão compreendidos no tipo tanto os comportamentos *comissivos*, como encobrir ou esconder, quanto as condutas *omissivas*, como silenciar ou não revelar, especialmente quando o sujeito ativo tem a obrigação de revelar informações relativas a operações suspeitas de lavagem.[\[23\]](#)

A partir daí, segundo a lição de Márcia Bonfim,

*a lei proíbe que se oculte ou dissimule a natureza (qualidade, atributo), a origem (a procedência e também*



*a fonte, operação, pessoa ou lugar concretos dos quais emanam esses bens, direitos ou valores), a localização (a posição física, o lugar em que se encontram esses bens), a disposição (a colocação metódica, distribuição ordenada, arranjo), a movimentação (circulação, trânsito, mudança e, também, o deslocamento contábil da riqueza) e a propriedade (titularidade, qualidade de dono) de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, do rol de crimes previstos nos incisos do artigo 1º.*[\[24\]](#)

Note-se que o texto acima faz alusão ao texto antigo da Lei 9.613/98, visto que, com a vigência da Lei 12.683/12, o rol taxativo do artigo 1º deixou de existir, uma vez que seus incisos foram revogados. Assunto esse que será tratado mais à frente.

#### **4.4. Tipo Subjetivo**

O tipo subjetivo do crime de lavagem de dinheiro é o *Dolo*, seja ele manifestado de forma *direta* ou *eventual*.

Do *dolo direto* entende-se como a vontade livre e consciente de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores que sabe o agente serem provenientes, direta ou indiretamente, de qualquer das condutas delitivas antecedentes.[\[25\]](#)

Em relação ao *dolo eventual*, o agente não tem conhecimento certo e seguro de que os bens, direitos e valores sobre os quais atua procedem de infração penal antecedente, porém mentalmente faz a representação dessa possibilidade e, assumindo o risco, aceita, oculta ou dissimula a natureza, propriedade, origem, disposição, movimentação e a localização daqueles.[\[26\]](#)

Segue jurisprudência comprovando o cabimento do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro:

*PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 10, § 2º, DA LEI Nº 9.437/97. DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O CAPUT DO ART. 10. DESCABIMENTO. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º, INC. I, DA LEI Nº 9.613/98. DISSIMULAÇÃO DA PROPRIEDADE DE BENS COMPROVADA. DOLO EVENTUAL. ADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, I, DA LEI 8.137/90. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL. DESNECESSIDADE. PARCELAMENTO. NÃO-COMPROVAÇÃO.*[\[27\]](#)

#### **4.5. Sujeito Ativo**

Por se tratar de *crime comum*, qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que a lei não exige que o agente preencha determinadas condições ou qualidades.[\[28\]](#)

Há, na doutrina e na jurisprudência, algumas divergências no que tange à incriminação do autor do delito antecedente no crime de lavagem de dinheiro.

Alguns autores consideram que os responsáveis pelo delito prévio não devem ser castigados também pelo crime de posterior de lavagem de dinheiro, uma vez que tal punição configuraria um autêntico *bis in idem*, pois a lavagem seria mero exaurimento do delito anterior.[\[29\]](#)

Entretanto, autores como Renato Brasileiro de Lima[\[30\]](#) e Márcia Monassi Mougnot Bonfim[\[31\]](#), não pensam dessa forma. Isso porque, ao contrário do que se dá com a *receptação* e o *favorecimento real*, nada impede que o sujeito ativo do crime antecedente também possa responder por lavagem de dinheiro,

sendo assim incabível ao caso o princípio da consun o, visto que a ocult o do produto do crime antecedente pelo seu autor configura lesão aut noma, atingindo a diferentes vítimas, se valendo de conduta não compreendida como consequência natural e necessária da primeira.

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 1  Região:

*PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI N  9.613/98, ART. 1 , INCISO VII. REJEI O DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DEMONSTRA O DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO CRIME ANTECEDENTE. CRIME UNISSUBJETIVO. DECISÃO REFORMADA.*

*1. A Lei n  9.613/98 tipificou o delito de lavagem de dinheiro como crime aut nomo, embora tenha exigido para sua configura o a demonstra o da existência de indícios da ocorrência do crime antecedente. Precedentes STJ.*

*2. A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal indica que existem indícios probatórios de um esquema criminoso de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em opera es ilegais, praticados com características de uma organiza o criminosa, que teriam dado origem aos recursos movimentados na conta do recorrido.*

*3. O crime de lavagem de dinheiro   crime unissubjetivo, embora nada impeça a co-autoria ou participa o.   crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, bastando tão-somente que o autor do fato tenha consciência da origem ilícita do produto e vontade de praticar a conduta criminosa, não sendo*

*exigível que também tenha praticado o crime antecedente, considerando sua autonomia típica.*

4. *Recurso criminal provido.*[\[32\]](#)

#### **4.6. Classificação**

É *crime formal*, pois se consuma quando o agente, mediante condutas ativas ou omissivas, oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, movimentação, etc. dos bens, direitos ou valores provenientes das condutas delitivas anteriores, ainda que não se obtenha êxito na concretização do resultado almejado de introduzi-los nos sistemas econômicos ou financeiros.[\[33\]](#) É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme RHC 80.816-6-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10.4.2001.

É, ainda, *crime permanente* nas suas duas modalidades. Desta forma, mesmo que o agente consiga concluir uma operação, camuflando a natureza de um bem ou valor, nem a ocultação, nem a dissimulação, desaparecem com a concretização da operação. [\[34\]](#)

Admite-se a tentativa, visto que a própria lei prevê caso de abrandamento de pena para a lavagem de dinheiro na forma tentada, no § 3º do seu artigo 1º, nos moldes do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal. Configura-se a tentativa quando o a sujeito ativo, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consegue ocultar ou dissimular a natureza, origem etc., dos valores provenientes de delito antecedente.[\[35\]](#)

### **5. Das alterações na Lei 9.613 advindas da Lei 12.683/12**

Aqui serão apontadas algumas considerações acerca das mudanças estruturais às quais foi submetida a Lei 9.613/98, devido

à edição da Lei 12.683/12, que surge no ordenamento penal brasileiro com o fim de aprimorar a Política de Combate à Lavagem de Dinheiro.

### 5.1. Infrações Penais Antecedentes

O crime de lavagem de dinheiro classifica-se como crime derivado, parasitário ou acessório[36], uma vez que sua existência pressupõe a ocorrência de uma conduta ilícita anteriormente.

A Lei 12.683/12 tornou a Lei de Lavagem de Dinheiro mais rigorosa no tratamento das condutas delitivas que dão ensejo ao crime de lavagem de capitais, retirando do mundo jurídico o rol taxativo de crimes antecedentes, antes dispostos nos incisos I a VIII do artigo 1º da Lei 9.613/98, e alterando a expressão “provenientes de crime” para “provenientes de infração penal”, do *caput* do artigo.

Dessa forma, as hipóteses de derivação do crime de lavagem de dinheiro foram deveras ampliadas, possibilitando que até as contravenções penais deem causa ao crime de capitais. Tal alteração pôs por terra acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre quais seriam os crimes passíveis de se considerar como crime antecedente ao de lavagem de dinheiro.

Como bem observa, Márcio Cavalcante, “o chamado ‘jogo do bicho’ não é previsto como crime no Brasil, sendo considerado apenas contravenção penal tipificada no art. 51 do Decreto-Lei n.º 3.688/1941”[37]. E desde 09 de julho de 2012, o jogo do bicho, bem como todas as contravenções penais que tenham como fim a obtenção de valores (lucro), já pode ser considerado como conduta antecedente ao crime de lavagem de dinheiro.

Outra discussão que perde sentido é a que buscava enquadrar a legislação brasileira às gerações de leis de lavagem de dinheiro. Muitos afirmavam ser, a Lei 9.613/98, de segunda geração, tendo

em vista a existência do rol *numerus clausus* do art. 1º. Outros afirmavam que se tratava de uma legislação de geração mista, considerando-a tanto como de segunda geração como de terceira, afinal de contas, apesar do rol de crimes do artigo 1º ter sido taxativo, na hipótese de o crime ser praticado por organização criminosa (inciso VII) qualquer conduta criminosa se enquadraria como crime antecedente.

Tal discussão tomava corpo quando o crime antecedente era praticado por organizações criminosas, uma vez que na redação original do artigo 1º, inciso VII, previa como crime antecedente “qualquer ato praticado por organizações criminosas”, gerando inúmeras controvérsias.

Além das questões relativas aos crimes praticados por organizações criminosas, havia ainda os crimes contra a ordem tributária que não estavam incluídos no rol do artigo 1º. Cumpre destacar a observação feita por *Ciro José Arapiraca*:

*A interpretação restritiva mostrava-se deficiente, uma vez que alguns importantes delitos deixavam de configurar a prática de lavagem de dinheiro, como ocorria com os crimes tributários, desde que não fossem praticados através de uma organização criminosa. [38]*

Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

*PROCESSUAL PENAL – SONEGAÇÃO FISCAL E CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA CONFIGURADO E CONHECIDO – VARA ESPECIALIZADA – INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE CRIME DE “LAVAGEM” DE ATIVOS OU DO CRIME ANTECEDENTE (LEI 9.613/98) – CRIME ANTECEDENTE NÃO COMPROVADO. [39]*

Também o Superior Tribunal de Justiça caminhava no mesmo sentido:

*DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SONEGA O FISCAL. FRAUDE A EXECU O. QUADRILHA OU BANDO. SONEGA O FISCAL. (1) TRANCAMENTO DA A O PENAL. PENDÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PARCELAMENTO. INSTRU O DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO. NÃO APURA O. (2) TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO. DELITO PRECEDENTE. (A) SONEGA O FISCAL. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO. (B) ORGANIZA O CRIMINOSA. NATUREZA JURÍDICA; CONTROVÉRSIA. MELHOR EXAME: VIA ORDINÁRIA.*[\[40\]](#)

Por fim, com a elimina o do rol taxativo de crimes antecedentes, qualquer atividade criminosa pode anteceder ao crime de lavagem, para isso basta que resulte no enriquecimento material que exista a ocult o ou dissimula o da origem ilícita dos recursos obtidos com a prática da atividade delituosa.[\[41\]](#)

## **5.2. A Dela o Premiada**

A figura da dela o premiada já existia na reda o anterior com a seguinte reda o:

*  5  A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substitui -la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam   apura o das*

*infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.*

Verifica-se, então, que para aqueles que colaborassem com a resolução da persecução penal no crime de lavagem de dinheiro, de forma espontânea, agraciado seria com a possibilidade de começar o cumprimento da pena em liberdade, caso fosse esse o entendimento do magistrado, que deveria ser manifestado no momento de fixação da pena.

Havia apenas duas possibilidades de colaboração espontânea:

- i) prestar esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria;
- ii) prestar esclarecimentos que conduzam à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

Com a nova redação do § 5º do artigo 1º, o momento de formação da convicção do magistrado foi ampliado, podendo prolatar o benefício a qualquer tempo, inclusive após o julgamento.<sup>[42]</sup> O regime inicial poderá ser o aberto ou, também, o semiaberto, e foi inserida mais uma possibilidade de se colaborar espontaneamente, identificando-se os autores, coautores e partícipes do delito, conforme se segue:

*§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*



O instituto da delação premiada, apesar de ser um facilitador para o Estado quando da resolução de um crime, é uma medida que expõe a vulnerabilidade do sistema investigativo estatal. Ficando assim, o Estado, a mercê de indicações ou delações de outro criminoso que contribuiu, conclusivamente ou não, para a resolução do delito.[\[43\]](#)

Convém destacar algumas palavras do professor Luiz Flávio Gomes:

*Há uma série de cuidados e providências que devem cercar a delação, porque ela pode dar ensejo a abusos ou incriminações gratuitas ou infundadas. Urgentemente necessitamos de uma regulamentação que cuide da veracidade das informações prestadas, da exigência de checagem minuciosa dessa veracidade, da eficácia prática da delação, segurança e proteção para o delator e, eventualmente, sua família, possibilidade da delação inclusive após a sentença de primeiro grau, aliás, até mesmo após o trânsito em julgado, prêmios proporcionais, envolvimento do Ministério Público e da Magistratura, transformação do instituto da delação em espécie de acordo criminal (plea bargaining) etc. [\[44\]](#)*

Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, o correto seria o Estado aparelhar-se cada vez mais para não necessitar da delação ou da colaboração na resolução criminal.[\[45\]](#)

### **5.3. Acesso a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações**

Alteração importante à fase investigatória nos crimes de lavagem de dinheiro se deu com a redação do artigo 17-B, incluído no ordenamento legal pela Lei 12.683/12.

Assim, a fim de que se possa chegar mais rapidamente aos indícios do delito de lavagem, a *autoridade policial* e o *Ministério Público* terão acesso, *independentemente de autorização judicial*, aos dados cadastrais do investigado, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.

Tal alteração representa um importante mecanismo para a fase de inquérito, uma vez que dá poderes ao delegado de polícia para que se alcance, de forma mais célere, os bens e valores utilizados como meio de ocultação ou dissimulação de crimes anteriores. Evita-se, assim, que os referidos bens ou valores desapareçam sem deixar rastro, desvencilhando-se do nexo causal existente entre o crime de lavagem de dinheiro e a conduta delitativa antecedente.

A fim de que não haja dúvidas em relação à constitucionalidade da medida, incrementada pelo artigo 17-B, reproduzir-se-á texto de autoria de Vladimir Aras:

*Tenho como constitucional esta norma, que não se confunde com a interceptação de comunicações telefônicas, medida de investigação criminal regulada na Lei 9.296/1996, para a qual o art. 5.º, XII, da Constituição exige autorização judicial. Tampouco se confunde com a quebra de sigilo bancário, prevista na Lei Complementar 105/2001. Não é devassa da vida privada do cidadão, mas mera ferramenta de identificação e localização de suspeitos, a partir de números telefônicos, de identificação civil ou números IP, e vice-versa.*

*O acesso a estes dados cadastrais, de simples qualificação do suspeito, não fere a intimidade do cidadão (art. 5.º, X, CF), razão pela qual não há*

*necessidade de prévia decisão judicial para sua obtenção. [46]*

#### **5.4. Afastamento de servidor público indiciado**

A lei 12.683/12 incluiu o artigo 17-D na Lei de Lavagem de Dinheiro, que prevê que “em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno”.

Em que pese o legislador inseri-lo com o intuito de garantir ao Estado que o possível agente de crime de lavagem de dinheiro não continue se valendo de seu cargo para a consecução do crime investigado, há que se observar alguns princípios constitucionais que estariam sendo violados, como o da presunção de inocência. Para o professor Bottini:

*O indiciamento é um ato do delegado de Polícia, sem qualquer controle judicial. É preocupante que alguém sem poderes jurisdicionais possa afastar um servidor do exercício das suas funções. Aliás, afastá-lo do exercício de qualquer função porque o funcionário público afastado não pode desempenhar qualquer outra atividade.*

*[...] é uma decisão que relega o servidor ao ostracismo, lhe retira o direito ao trabalho, em suma, uma decisão grave, que merece controle judicial. É evidente que um funcionário sobre o qual pesam fundadas suspeitas de lavagem de dinheiro deve ser afastado quando existam elementos que demonstrem que sua permanência no cargo gera o risco de continuidade delitiva. Mas cabe ao juiz tomar tal decisão, existindo previsão legal no próprio Código de Processo Penal. [47]*

Entretanto para Marcos Leôncio Sousa Ribeiro[48], a própria lei do funcionalismo público (Lei 8.112/90) já prevê a hipótese de afastamento no campo administrativo disciplinar, como medida cautelar, sem prejuízo da remuneração do funcionário. E assim se posiciona:

*O inquérito policial não deixa de ser um procedimento administrativo. Guardadas as devidas proporções, o afastamento previsto na Lei de Lavagem nada mais é que o afastamento previsto na lei do servidor cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade nunca foi questionada por ninguém. A inconstitucionalidade haveria se o servidor fosse prejudicado em sua remuneração, aí sim implicaria em uma antecipação da pena, em violação da presunção de inocência.*

*Existe uma previsão análoga no regime disciplinar administrativo do servidor e tem uma garantia que é o controle jurisdicional que impede que o cidadão eventualmente afastado tenha tido algum direito seu violado. [...] O ato de indiciamento no inquérito policial é um ato tal qual o indiciamento proferido no âmbito administrativo. A lei diz que deverá ser submetido o afastamento à Justiça que, não concordando, poderá de imediato fazer cessar eventual ilegalidade.[49]*

A matéria deve ser ainda objeto de grandes discussões, tendo em vista a profundidade do dispositivo no que tange a direitos humanos fundamentais, garantias constitucionais e princípios do direito processual penal.

## 6. A Convenção de Palermo e as Organizações Criminosas

O conceito de *Organização Criminosas* surgiu na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como Convenção de Palermo.

A Convenção de Palermo representa um passo importante na luta contra o crime organizado transnacional e significa o reconhecimento por parte dos Estados-Membros da gravidade do problema, bem como a necessidade de promover e de reforçar a estreita cooperação internacional a fim de enfrentar o crime organizado transnacional.[\[50\]](#)

No contexto mundial, a criminalidade organizada representa uma grande ameaça à coletividade como um todo, na medida em que prejudica o Estado e fragiliza as instituições, comprometendo seriamente os valores democráticos.[\[51\]](#)

Não há como falar em crime organizado, ou organização criminosa, sem se falar em lavagem de dinheiro. Este é o meio pelo qual aquela opera e se camufla perante a sociedade. A lavagem de capitais integra-se ao processo difuso e oculto das múltiplas atividades ilícitas praticadas pelas organizações criminosas.[\[52\]](#)

A criminalidade organizada a cada dia busca novas formas de atuação, facilitadas enormemente pela globalização que integra os mercados, favorecendo a circulação de grandes somas de valores, resultantes das atividades ilícitas.[\[53\]](#) O combate ao crime organizado torna-se cada vez mais difícil, ainda mais na era da informação, quando se torna possível a realização de transferências de valores ao redor do globo com um simples clique.

Por isso mesmo, a Organização das Nações Unidas lançou uma campanha de prevenção à lavagem de dinheiro na internet, através do site do Escritório da Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), como uma forma de incentivar a população a ajudar na luta contra a atuação deliberada das Organizações Criminosas que se alastram cada vez mais na sociedade.

No Brasil, o combate ao crime organizado e a lavagem de dinheiro é encabeçado pelo COAF, o qual coordena a participação brasileira em diversas organizações multigovernamentais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLD/FT).

O Brasil também integra, desde 1999, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) e o Grupo de Egmont de Unidades de Inteligência Financeira. E ainda faz parte, desde 2000, do Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFISUD).<sup>[54]</sup>

## 7. Conclusão

Verificou-se com o presente trabalho que o crime organizado e as técnicas utilizadas para se “lavar” o dinheiro estão em constante transformação, sempre em busca de novas formas de burlar os sistemas jurídicos e socioeconômicos ao redor do globo.

O Brasil, ao se juntar aos países que adotam leis de terceira geração no combate à lavagem de dinheiro, demonstra claramente que está disposto a colaborar com o Sistema Internacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Crime Organizado, estendendo seu campo penal e administrativo de atuação.

Por tudo exposto, em que pese ainda haver discussões e divergências quanto à sua aplicabilidade, é mais do que certo que

a “nova” Lei de Lavagem de Dinheiro, assim chamada a Lei 12.683/12, veio com o intuito de modernizar o ordenamento jurídico brasileiro no que tange à Política de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro. Pois, somente assim o Brasil será capaz de acompanhar as mutações estruturais das organizações criminosas, colaborando de forma mais efetiva e eficiente no combate transnacional ao crime organizado.

### **8. Referências Bibliográficas**

(ONU), UNOCD. “Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: marco legal.” s.d. UNOCD. 23 de Março de 2014. <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>.

ARAPIRACA, Ciro José de Andrade. “O fim do rol taxativo de crimes antecedentes no delito de lavagem de capitais.” I Jornada de direito penal / Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Brasília, ESMAF, 2012).

ARAS, Vladimir. “A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro.” Agosto de 2012. IBCCRIM, n. 237. 21 de Março de 2014. <[http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro)>.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 4ª ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROS, Marco Antônio de. Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. Análise sistemática da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

BARROS, Marco Antonio. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BONFIM, Marcia Monassi Mougénot e Edilson Mougénot BONFIM. Lavagem de dinheiro. 2ª. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo. “Nova lei da lavagem de dinheiro divide juristas e delegados.” 10 de Julho de 2012. O Estadão. 22 de Março de 2014. <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,nova-lei-da-lavagem-de-dinheiro-divide-juristas-e-delegados-,898486,0.htm>>.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. “Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito e fases.” s.d. Âmbito Jurídico. 18 de Março de 2014. <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8425#\\_ftnref13](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425#_ftnref13)>.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: legislação penal especial. 6ª. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. “Comentários à Lei n.º 12.683/2012, que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro.” s.d. Dizer o Direito. 22 de Março de 2014. <<http://www.dizerodireito.com.br>>.

COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Unidade de Inteligência Financeira do Brasil. “A participação brasileira.” s.d. Ministério da Fazenda. 22 de Março de 2014. <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/atuacao-do-coaf-no-ambito-internacional>>.

DELMANTO, Roberto, Roberto DELMANTO JR e Fábio DELMANTO. Leis penais especiais comentadas. Rio de Janeiro - São Paulo - Recife: Renovar, 2006.

GOMES, Luiz Flavio (Org.) et al. Legislação criminal especial. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. “Lavagem de dinheiro sujo e delação premiada.” 19 de Julho de 2012. Jus Navigandi, Teresina, ano 17,



n. 3305. 22 de Março de 2014. <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/19/lavagem-de-dinheiro-sujo-e-delacao-premiada/>>.

GOULART, Henrique Gouveia de Melo. “A nova lei de lavagem de dinheiro e suas implicações práticas.” s.d. Conteúdo Jurídico. 21 de Março de 2014. <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40911>>.

Habeas Corpus. Nº HC 200600348878. STJ - Sexta Turma. DJe: 18 de Maio de 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. In: GOMES, Luiz Flavio (Org.) et al. Legislação criminal especial. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, Cynthia de Araújo Lima. “A aplicabilidade do conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo como uma estratégia de enfrentamento ao crime organizado.” I Jornada de direito penal / Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Brasília, ESMAF, 2012).

MAIA, Rodolfo Tigre. Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições da Lei n. 9.613/98. 1ª. São Paulo: Malheiros, 2004.

RIBEIRO, Marcos Leôncio Sousa. “Nova lei da lavagem de dinheiro divide juristas e delegados.” 10 de Julho de 2012. O Estadão. 22 de Março de 2014. <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,nova-lei-da-lavagem-de-dinheiro-divide-juristas-e-delegados-,898486,0.htm>>.

TRF 4ª Região - ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - TRF400173471. Nº 199970040022284. SÉTIMA TURMA. Diário Eletrônico 26/11/2008: 18 de Novembro de 2008.

VELOSO, Ricardo Ribeiro. “Origem histórica do crime de lavagem de dinheiro – no Brasil e no mundo.” s.d. Mundo Jurídico. 21 de Março de 2014. <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=777](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=777)>.

#### NOTAS:

[1] GOMES, Luiz Flavio (Org.) *et al.* **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

[2] VELOSO, Ricardo Ribeiro. **Origem histórica do crime de lavagem de dinheiro – no Brasil e no mundo**. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=777](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=777). Acesso em: 21 mar. 2014.

[3] BONFIM, Marcia Monassi Mougnot; BONFIM, Edilson Mougnot. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

[4] BONFIM, op. cit.

[5] GOMES, Luiz Flavio (Org.) *et al.* **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

[6] BONFIN, op. cit.

[7] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. 4 v.

[8] GOULART, Henrique Gouveia de Melo. **A nova lei de lavagem de dinheiro e suas implicações práticas**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40911>. Acessado em: 21 mar. 2014.

[9] GOMES, Luiz Flavio (Org.) *et al.* **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

[10] Idem.

[11] BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. **Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito e fases.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8425#\\_ftnref13](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425#_ftnref13). Acessado em: 18 mar. 2014

[12] GOMES, op. cit.

[13] BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. **Lavagem de dinheiro – Origem histórica, conceito e fases.** Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8425#\\_ftnref13](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425#_ftnref13). Acessado em: 18 mar. 2014

[14] BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro.** 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

[15] GOMES, Luiz Flavio (Org.) *et al.* **Legislação criminal especial.** 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

[16] BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas. Análise sistemática da Lei n. 9.613, de 3.3.1998.** In: BONFIM, op. cit.

[17] BONFIM, op. cit.

[18] Idem.

[19] LIMA, Renato Brasileiro. In: GOMES, Luiz Flavio (Org.) *et al.* **Legislação criminal especial.** 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

[20] Idem.

[21] BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de dinheiro.** 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

[22] Idem.

[23] BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

[24] Idem.

[25] Idem.

[26] BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

[27] TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO, Classe: ACR - APELAÇÃO CRIMINAL, Processo: 199970040022284 UF: PR, Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA Data da decisão: 18/11/2008 Documento: TRF400173471, Fonte D.E.26/11/2008, Relator(a) GERSON LUIZ ROCHA, Decisão: por unanimidade.

[28] BONFIM, op. cit.

[29] DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fábio. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, Renovar, 2006. In: GOMES, Luiz Flavio (Org.) *et al.* **Legislação criminal especial**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

[30] GOMES, op. cit.

[31] BONFIM, op. cit.

[32] RCCR 2000.39.00.008164-8/PA, rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, QUARTA TURMA, e-DJF1 P. 130, de 25/07/2008.

[33] BONFIM, Marcia Monassi Mougén; BONFIM, Edilson Mougén. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

[34] Idem.

- [35] MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições da Lei n. 9.613/98.** 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2004. In: BONFIM, op. cit.
- [36] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais.** 4. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.
- [37] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei n.º 12.683/2012, que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro.** Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2014.
- [38] ARAPIRACA, Ciro José de Andrade. **O fim do rol taxativo de crimes antecedentes no delito de lavagem de capitais.** I Jornada de direito penal / Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília, ESMAF, 2012.
- [39] CC 0058221-59.2010.4.01.0000/MG, rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF1 p.310 de 26/01/2011.
- [40] HC 200600348878, Maria Thereza de Assis Moura, STJ – Sexta Turma, DJE, data: 18/05/2009.
- [41] LOPES, Cynthia de Araújo Lima. **A aplicabilidade do conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo como uma estratégia de enfrentamento ao crime organizado.** I Jornada de direito penal / Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília, ESMAF, 2012.
- [42] ARAS, Vladimir. **A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro.** Boletim IBCCrim, n. 237, ago. 2012. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro). Acesso em: 21 mar. 2014

[43] GOULART, Henrique Gouveia de Melo. **A nova lei de lavagem de dinheiro e suas implicações práticas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40911>. Acesso em: 24 mar. 2014.

[44] GOMES, Luiz Flávio. **Lavagem de dinheiro sujo e delação premiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3305, 19 jul.2012. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/19/lavagem-de-dinheiro-sujo-e-delacao-premiada/>. Acesso em: 22 mar. 2014

[45] Idem.

[46] ARAS, Vladimir. **A investigação criminal na nova lei de lavagem de dinheiro**. Boletim IBCCrim, n. 237, ago. 2012. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro](http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4671-A-investigacao-criminal-na-nova-lei-de-lavagem-de-dinheiro). Acesso em: 21 mar. 2014

[47] BOTTINI, Pierpaolo. **Nova lei da lavagem de dinheiro divide juristas e delegados**. 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,nova-lei-da-lavagem-de-dinheiro-divide-juristas-e-delegados-,898486,0.htm>. Acesso em 22 mar. 2014.

[48] RIBEIRO, Marcos Leôncio Sousa. **Nova lei da lavagem de dinheiro divide juristas e delegados**. 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,nova-lei-da-lavagem-de-dinheiro-divide-juristas-e-delegados-,898486,0.htm>. Acesso em 22 mar. 2014.

[49] RIBEIRO, Marcos Leôncio Sousa. **Nova lei da lavagem de dinheiro divide juristas e delegados**. 10 jul. 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,nova-lei-da-lavagem-de-dinheiro-divide-juristas-e-delegados-,898486,0.htm>. Acesso em 22 mar. 2014.

- [50] UNOCD (ONU). **Prevenção ao Crime e Justiça Criminal: marco legal.** Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>. Acesso em 23 mar 2014.
- [51] LOPES, Cynthia de Araújo Lima. **A aplicabilidade do conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo como uma estratégia de enfrentamento ao crime organizado.** I Jornada de direito penal / Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília, ESMAF, 2012.
- [52] BARROS, Marco Antonio. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.** 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. In: LOPES, op. cit.
- [53] LOPES, Cynthia de Araújo Lima. **A aplicabilidade do conceito de organização criminosa da Convenção de Palermo como uma estratégia de enfrentamento ao crime organizado.** I Jornada de direito penal / Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região. Brasília, ESMAF, 2012.
- [54] COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Unidade de Inteligência Financeira do Brasil. **A participação brasileira.** Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/atuacao-internacional/atuacao-do-coaf-no-ambito-internacional>. Acesso em 22 mar. 2014.

## ESTADO DE NECESSIDADE OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA APLICADA À MISERABILIDADE DO(S) AGENTE(S). MISERABILIDADE COMO EXCLUDENTE DE CRIME

**LEANDRO PINHEIRO ARAGÃO DOS SANTOS:** Bacharel em Direito, advogado e pós-graduando em Direito Público com ênfase em Gestão Pública.

**Resumo:** A pobreza e a miséria são duas instituições historicamente presente em quase todas as sociedades, e seus efeitos são inquestionavelmente expressivos. Neste trabalho, analisaremos se ambas podem ser aplicadas como excludente de crime em suas modalidades cabíveis, seja como excludente de ilicitude ou excludente de culpabilidade, os respectivos Estado de necessidade e Exigibilidade de conduta diversa. Esses dois institutos supramencionados de excludente de crime, segundo a doutrina de direito penal, serão apresentados em seus pontos e características pertinentes. Primeiramente, revelando nossa motivação quanto à escolha do tema, para logo em seguida, tratarmos de sua aplicação quanto à miserabilidade dos agentes, sua possibilidade e circunstâncias que a legitimam, bem como um estudo do conceito de miserabilidade e suas relações com o sistema econômico-social. Realizando uma importante interdisciplinaridade sociológica e criminológica, analisamos a possibilidade da miserabilidade como excludente de crime em dadas modalidades e circunstâncias possíveis, para uma aplicação razoável do direito e condizente com a realidade social.

**Palavras chaves:** Pobreza. Miséria. Estado de necessidade. Exigibilidade de conduta diversa. Direito Penal.

**Abstract:** Poverty and misery are two institutions historically present in almost all societies, and its effects are unquestionably significant. In this paper, we analyze if both can be applied as exclusionary of



crime in their appropriate ways, either as exclusive or exclusionary of illegality of guilt, their state of need and Enforceability of different conduct. These two aforementioned institutes exclusive of crime, according the doctrine of criminal law, will be presented in their spots and relevant characteristics. First, revealing our motivation for the choice of theme, to then, treat your application as to the misery of the agents, their ability and circumstances that legitimize and a concept study of misery and their relationship to the system economic and social. Performing an important sociological and criminological interdisciplinarity, we analyze the possibility of misery as exclusionary crime in given modalities and possible circumstances for a reasonable application of the law and consistent with social reality.

**Keywords:** Poverty. Misery. Flagrant Necessity. Liability of diverse behavior. Doctrine of criminal law.

**Sumário:** Introdução. 1. Estado de Necessidade. 1.1. Conceito e natureza jurídica. 1.2. Elementos. 1.2.1. Prática de fato para salvar de perigo atual. 1.2.2. Ameaça a direito próprio ou alheio. 1.2.3. Situação não causada voluntariamente pelo sujeito. 1.2.4. Inexistência de dever legal de enfrentar o perigo. 1.2.5. Inevitabilidade do comportamento lesivo e inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado. 1.2.6. Conhecimento de situação de fato justificante. 2. Exigibilidade de conduta diversa. 2.1. Conceito e natureza jurídica. 2.2. Causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. 2.3. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente de culpabilidade. 3. Miserabilidade. 3.1. Definição e considerações preliminares. 3.2. Miserabilidade e a Constituição Federal de 1988. 3.3. Bens jurídico-penais violados pela miserabilidade. 3.4. Miserabilidade, pobreza e criminalidade. 3.5. Miserabilidade e sistema econômico. 3.5.1. A concepção marxista. 4. Estado de necessidade aplicado à miserabilidade. 4.1. Orientações doutrinárias. 4.2. Posicionamentos jurisprudenciais. 5. Inexigibilidade de conduta diversa aplicada subsidiariamente ou

alternativamente à miserabilidade. 5.1. Orientações doutrinárias. 5.2. Posicionamentos jurisprudenciais. 6. Institutos correlatos. 6.1. Desemprego. 6.2. Furto famélico. 6.3. Saques. 6.4. Crimes e Contravenções penais habituais e permanentes (jogo do bicho). 6.5. crimes ou contravenções contra o patrimônio ou com finalidade econômica, com menor potencial lesivo necessário. Exemplo excepcional de Rogério Greco. 6.6. Culpabilidade. Conclusão.

---

## **Introdução**

A pobreza e a miséria são instituições históricas e impactantes na realidade social. No presente artigo, objetivamos pesquisar e analisar acerca da possibilidade de admissibilidade e aplicação da pobreza ou miséria como causa excludente de crime. A miserabilidade dos agentes poderá ser arguida para isentá-lo da conduta criminosa? Seja como excludente de ilicitude (Estado de necessidade) ou excludente de culpabilidade (Inexigibilidade de conduta diversa)? O tema é matéria polêmica, divergindo opiniões, sobretudo na jurisprudência nacional.

Para a compreensão da possibilidade ou impossibilidade da aplicação da miserabilidade como excludente de crime, abordaremos primeiramente, os institutos do Estado de necessidade e Inexigibilidade de conduta diversa, antes da sua aplicação específica no tocante à miserabilidade do agente e seus possíveis requisitos doutrinários e jurisprudenciais. A temática da pobreza e da miséria não poderia ser ignorada, assim, a trataremos sob um enfoque jurídico-constitucional, criminológico e sociológico numa devida sessão.

Dentre os nossos principais objetivos, estão o estudo, a pesquisa e análise desse tema pouco aprofundado tanto na jurisprudência como na doutrina de Direito Penal. Tratar da miserabilidade e seus efeitos na sociedade ultrapassa os estreitos limites da esfera de atuação e cognição do Direito, assim sendo, referenciaremos nos em trabalhos de renomados

autores e doutrinadores à cerca do tema, bem como, alguns institutos correlatos, realizando ainda uma interdisciplinaridade sociológica e criminológica. A princípio, podemos mencionar alguns nomes como: Damásio de Jesus, Rogério Greco, Raul Zaffaroni, Newton e Walter Fernandes, Marilena Chauí, Karl Marx, dentre outros, a fim de realizarmos, uma obra de cunho abrangente e relevante valia.

O presente artigo adota o modelo de pesquisa bibliográfico, acadêmico e eletrônica. Discorreremos na 1ª sessão acerca do estado de necessidade, na 2ª sessão, sobre a Exigibilidade de conduta diversa, na 3ª sessão abordaremos a Miserabilidade, na 4ª, o Estado de necessidade aplicado à miserabilidade do agente, na 5ª sessão, à aplicação subsidiária da inexigibilidade de conduta diversa, na 6ª Sessão abordaremos alguns institutos correlatos a respeito do tema, e enfim, na sessão seguinte, a conclusão.

### **1. Estado de necessidade**

Ao tratarmos do Estado de necessidade, devemos realizar uma breve consideração sobre o conceito analítico de crime, conforme assevera César Bitencourt, citado por Rogério Greco: “a elaboração do conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a ação delituosa, compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral, situar-se-ia a culpabilidade e o dano moral do delito. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, divididos em aspectos objetivo e subjetivo. A construção do conceito analítico do delito, no entanto, veio a completar-se com a contribuição decisiva de Belling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico, predominante, passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável”. (BITENCOURT, 2000 apud GRECO 2009, p. 144).

Para a atual doutrina e jurisprudência de Direito Penal, o conceito analítico ou estratificado de crime é o que possui o caráter mais proveitoso ao direito, possibilitando o estudo e análise do crime em seus aspectos fracionados, bem como os institutos jurídicos que interessam para a determinação de crime e definição da conduta e do agente criminoso. Assim, na conceituação de Zaffaroni: “Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não está permitida em nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de maneira diversa nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável)”. (ZAFFARONI, 1996, p. 324).

O conceito analítico de crime subdivide o crime ou delito em três elementos principais: Tipicidade (Fato Típico), Antijuridicidade ou Ilícitude (Fato Antijurídico) e Culpabilidade (Fato Culpável), sendo necessário o preenchimento desses três elementos a conduta do agente para a definição de crime. Não trataremos das definições de cada um desses elementos nem tão pouco dos institutos que os integram, apenas aos pertinentes ao Estado de necessidade e mais adiante, à Exigibilidade de conduta diversa.

### **1.1. Conceito e natureza jurídica**

O Estado de necessidade, no conceito analítico de crime, integra um dos elementos excludentes de antijuridicidade, em conjunto com a Legítima defesa, Estrito cumprimento de dever legal e Exercício regular de um direito, conforme artigo 23 do CPB (Código Penal Brasileiro). Isto significa que nessas circunstâncias, ainda que o agente incida numa conduta prescrita em lei, definida como crime (Conduta Típica), não terá ele cometido um crime, devido à disposição legal e valorativa desses institutos.

O legislador definiu o Estado de necessidade no artigo 24 do Código Penal Brasileiro: “Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem

pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”. (BRASIL, Código Penal, 2012).

Através da definição legal, concluímos que característica elementar do Estado de necessidade é o confronto de direitos ou bens jurídicos protegidos, ao qual, em dadas circunstâncias não provocadas pelo agente, estará ele legitimado para sacrificar tal bem jurídico em função de algum bem jurídico alheio ou próprio, salvando o assim de perigo atual.

Podemos mencionar como exemplo, o agente que se encontra preso num recinto fechado durante um incêndio e para escapar das chamas, salvando sua vida e sua integridade física, destrói uma das portas ou janelas do cômodo. Teria ele cometido o delito de dano ao patrimônio, tipificado no artigo 163 do Código Penal Brasileiro? A resposta é não, em virtude do Estado de necessidade que elimina a ilicitude da conduta.

O *princípio da ponderação de bens* é um instituto correlato à excludente de ilicitude do Estado de necessidade, consoante lição de Rogério Greco: “Quando os bens estão acondicionados nos pratos dessa *balança*, inicia-se a verificação da prevalência de um sobre o outro. Surge como norteador do Estado de necessidade o *princípio da ponderação dos bens*. Vários bens em confronto são colocados nessa balança, a exemplo da vida e do patrimônio. A partir daí, começaremos a avaliá-los, a fim de determinar a preponderância, ou mesmo a sua igualdade de tratamento, quando tiverem o mesmo valor jurídico”. (GRECO, 2009, p. 321).

O princípio da ponderação de bens é a base norteadora, pois definirá se a violação a determinado bem jurídico praticado pelo agente é realmente plausível ou justificada em dadas situações. O bem jurídico sacrificado deve ser de valor menor ou equivalente ao bem jurídico protegido.

Portanto, o Estado de necessidade aplica-se em circunstâncias de confronto entre bens jurídicos protegidos pelo direito penal, estando também presentes os elementos e requisitos contidos no supramencionado artigo 24 do Código Penal Brasileiro.

## **1.2. Elementos**

Nas seções seguintes trataremos dos elementos legais e doutrinários de maior destaque, que caracterizam o Estado de necessidade (GRECO, 2009 e JESUS, 2010).

### **1.2.1. Prática de fato para salvar de perigo atual**

A prática de fato para salvar de perigo atual é mencionado logo no início do artigo 24 do Código Penal Brasileiro. Apesar da expressão literal do mencionado artigo, *perigo atual* ou perigo presente, para corrente doutrinária, aplica-se também ao *perigo iminente*, pois não se pode exigir que o agente espere o perigo iminente torne-se atual, aumentando a situação de risco. (JESUS, 2010. p. 127).

Sendo assim, o agente não precisa e nem seria justo que tivesse de esperar o perigo eminente tornar-se atual para então agir em sua defesa ou de terceiros, amparado pelo Estado de necessidade.

### **1.2.2. Ameaça a direito próprio ou alheio**

Outro elemento também expresso no texto da lei. O estado de necessidade, consoante inteligência do artigo 24 do Código Penal Brasileiro, pode ser praticado tanto em caso de ameaça a direito próprio, quanto a direito de terceiros. Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 127), não se exige qualquer relação jurídica específica entre os sujeitos, ou seja, não é exigida relação de parentesco, amizade ou subordinação entre o agente e o terceiro necessitado.

Portanto, assim como a Legítima defesa (art. 24, CPB), o Estado de necessidade pode ser invocado para amparar não apenas direito próprio, mas também de terceiros.

### **1.2.3. Situação não causada voluntariamente pelo sujeito**

Logicamente, não seria digno aceitar a alegação de Estado de necessidade, se o agente provocou, causou “dolosamente” a situação de risco. Mas se a causou culposamente?

A doutrina pesquisada aponta que essa excludente de ilicitude também se aplica se a situação for provocada culposamente pelo agente, pois a expressão literal do artigo de lei: “...que não provocou por sua vontade...”, a expressão *vontade*, se equipara a *dolo*, intenção. Nesse sentido, posiciona-se, dentre outros, Heleno Fragoso: “Não pode alegar o Estado de necessidade quem por sua vontade provocou o perigo. Essa fórmula refere-se exclusivamente ao dolo. Pode haver estado de necessidade se o agente causou culposamente a situação em que surge o perigo. Assim, por exemplo, se o agente provoca um incêndio por inobservância do cuidado devido, pode alegar o Estado de necessidade, se para salvar-se causa um dano a outrem inevitável”. (FRAGOSO, 1984, p. 190).

Reiterando, a situação não pode ser ocasionada pelo sujeito dolosamente, ou seja, intencionada, no entanto, a lei e a doutrina permitem que seja provocada culposamente, não descaracterizando o Estado de necessidade.

### **1.2.4. Inevitabilidade do comportamento lesivo e inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado**

O comportamento lesivo, ou seja, a conduta de lesão a um bem jurídico em defesa de outro, deve ser de inevitável. Isso se significa que o agente não deve possuir alternativa, senão praticar a lesão, logo concluímos, conforme interpretação da prescrição legal (art. 24 CPB), que

não haverá essa excludente de ilicitude se o agente poderia evitar a conduta lesiva para salvar-se do perigo.

Quanto à inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado, está relacionada ao Princípio da Razoabilidade ou da Ponderação dos bens jurídicos. Conforme assevera César Roberto Bitencourt: “O princípio da razoabilidade nos permite afirmar, com segurança, que quando o bem sacrificado for de valor superior ao preservado, será inadmissível o reconhecimento do estado de necessidade. No entanto, como já referimos, se as circunstâncias o indicarem, a inexigibilidade de outra conduta poderá excluir a culpabilidade”. (BITENCOURT, 2004, p.279-280).

Significa que em determinada circunstância, não se pode exigir que o agente aceite a lesão ou sacrifique o bem jurídico ameaçado, entretanto, o bem jurídico defendido, deve ser maior ou ao menos igual ao bem jurídico violado. Não sendo assim, o agente não incidirá nessa excludente de ilicitude, mas poderá, conforme caso concreto, excluir a sua culpabilidade, mais precisamente na análise da Exigibilidade de conduta diversa, outra excludente de crime, que será tratada mais adiante.

#### **1.2.5. Conhecimento de situação do fato justificante**

É o elemento inerente ao intencional ou moral do agente, que deve possuir potencial consciência de que está agindo em defesa de direito próprio ou de terceiro, conforme lições de Damásio de Jesus: “Não há Estado de necessidade quando o sujeito não tem conhecimento de que age para salvar um interesse próprio ou de terceiro. O fato necessário possui requisitos objetivos e subjetivos. Para a justificação de um fato típico não basta que ocorram os elementos objetivos da justificação, sendo necessário que o autor, além de conhecê-los, tenha as tendências subjetivas especiais de justificação”. (JESUS, 2010, pg. 129).

Á luz das lições desse renomado doutrinador, podemos concluir, a título de exemplo, que o agente ao cometer um aborto com a finalidade exclusiva de evitar o nascimento, se após o crime, souber que a gravidez



era de risco e representava ameaça à vida da gestante, não poderá ser amparado pelo Estado de necessidade, pois não sabia da situação de risco, bem como não cometeu a conduta lesiva para resguardar a vida da gestante.

O Código Penal Brasileiro (2012, art. 24) exige esse requisito subjetivo, pois está prescrito no artigo supramencionado, que o agente deve atuar *para salvar de perigo atual* direito próprio ou de outrem (grifo nosso).

## 2. Exigibilidade de conduta diversa

A Exigibilidade de conduta diversa constitui um dos subelementos da Culpabilidade ou Fato Culpável, sendo esta (culpabilidade), o terceiro e último elemento, segundo a teoria analítica do crime, necessário para a caracterização da conduta criminosa. A Culpabilidade é integrada pelos 3 subelementos: Imputabilidade, Potencial consciência sobre a ilicitude do fato e Exigibilidade de conduta diversa.[\[1\]](#)

A Culpabilidade não se confunde com a culpa (oposta ao dolo), que é um instituto referente à conduta do agente, integrante da tipicidade. Nesse sentido, objetiva e precisa é a lição do jurista alemão Hans Welzel (1987 apud Greco, 2009, p. 381) “culpabilidade é a reprovabilidade da configuração de vontade. Toda culpabilidade é, segundo isso, culpabilidade de vontade. Somente aquilo a respeito do qual o homem pode algo voluntariamente, lhe pode ser reprovado como culpabilidade.”

O conceito de culpabilidade de Welzel, clássico autor de Direito Penal, enfatiza que só poderá existir a culpabilidade penal se o sujeito agir conforme sua própria vontade, ou seja, violando à lei, incidindo *voluntariamente* num fato típico, quando possuía *liberdade, autonomia* para atuar de acordo com a norma jurídica. Essa característica imprescindível desse instituto (culpabilidade), será de muita valia para analisarmos a sua relevância, pois a ausência de

Culpabilidade resultará na ausência de delito, configurando-se portanto, numa *excludente de crime*.

### 2.1. Conceito e natureza jurídica

Reservamos a seção anterior para definições e esclarecimentos à cerca da Culpabilidade, cabendo agora, a análise específica da Exigibilidade de conduta diversa.

Acerca da Exigibilidade de conduta diversa ou Exigibilidade de obediência ao Direito, disserta César Roberto Bitencourt: “Um dos elementos mais importantes da reprovabilidade vem a ser exatamente essa possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da norma jurídica. O conteúdo da reprovabilidade, consiste em o autor *dever e poder* adotar uma resolução de vontade de acordo com o ordenamento jurídico e não a resolução de vontade antijurídica. O direito exige, geralmente, do sujeito imputável, isto é, daquele que pode conhecer a antijuridicidade do seu ato, que tome sua resolução de vontade conforme com esse conhecimento possível. Porém, reconhece Welzel, existem situações em que não é exigida uma conduta adequada ao Direito, ainda que se trate de sujeito imputável e que realize dita conduta com conhecimento da antijuridicidade que lhe é própria<sup>[2]</sup>. Nessas circunstâncias, ocorre o que se chama de inexigibilidade de conduta diversa ou inexigibilidade de obediência ao direito, que afasta o terceiro elemento da culpabilidade, eliminando-a, conseqüentemente”. (Bittencourt, 2010, pg.410).

Por meio dessas esclarecedoras lições dos renomados doutrinadores, concluímos que para a definição da conduta criminosa, deve-se apreciar se ao caso concreto, era o agente, capaz de determinar-se, ou seja, a agir conforme sua própria vontade, possuindo a alternativa de não proceder à prática do delito, só nessas circunstâncias, deve existir o crime, deve existir então o *juízo de reprovabilidade da conduta*, pois ainda que a conduta seja Típica e Antijurídica, não poderá ser Culpável.

Logicamente, que sendo necessário a Exigibilidade de conduta diversa para a configuração do crime, a *Inexigibilidade de conduta diversa* é portanto uma excludente de culpabilidade, e conseqüentemente uma *excludente de crime*. Se em dadas circunstâncias, não poderia o agente proceder de forma diversa, ainda que imputável e consciente da ilicitude do fato, não haverá crime algum, sendo sua conduta juridicamente aceitável. Embasamo-nos nas palavras de Welzel, citado por Bitencourt: “Seguindo o magistério de Welzel, uma vez configurada a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento do injusto (Potencial consciência sobre a ilicitude do fato), fica caracterizada materialmente a culpabilidade, o que não quer dizer, no entanto, que o ordenamento jurídico-penal tenha de fazer a reprovação da culpabilidade. Em determinadas circunstâncias, poderá renunciar a dita reprovação e, por conseguinte, exculpar e absolver o agente”. (Welzel, 1964 apud Bitencourt, 2010, p. 409).

Quanto à natureza jurídica, a Exigibilidade de conduta diversa é um dos elementos que constituem a culpabilidade (GRECO, 2009), conforme o conceito analítico de crime, sendo a *Inexigibilidade de conduta diversa* uma das excludentes de culpabilidade, resultando assim numa *excludente de crime*.

## **2.2. Causas legais de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa**

O Código Penal Brasileiro, expressa algumas causas que excluem a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, dentre elas, uma das explícitas é a que trata o artigo 22 do Código Penal Brasileiro (GRECO, 2009), que trata da coação irresistível e da obediência hierárquica: “Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível, ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. (BRASIL, Código Penal, 1984).

Outro exemplo (GRECO, 2009), é a conduta tipificado no artigo 128, inciso II do Código Penal Brasileiro, o caso do aborto praticado por

médico com o consentimento da gestante e de seu representante legal, em caso de gravidez resultante de estupro. Consoante o referido diploma: “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: ... Aborto no caso de gravidez resultante de estupro. II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. (BRASIL, Código Penal, 1984).

Não nos aprofundaremos em questões teóricas acerca desses institutos legais de causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, pois estaríamos a escapar do tema central desse artigo. Como discorreremos a seguir, não obstante existir situações previstas em lei, a inexigibilidade de conduta diversa ou inexigibilidade de conduta conforme o direito poderá ser aplicada como uma causa supralegal de excludente de culpabilidade.

### **2.3. Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente de culpabilidade**

A Inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade, e, portanto excludente de crime, em nosso ordenamento jurídico pode ser aplicado como causa supralegal de excludente de culpabilidade, conforme lição de Rogério Greco: “Causas supraleais de exclusão de culpabilidade são aquelas que, embora não estejam previstas expressamente em algum texto legal, são aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico... Nossa legislação penal, ao contrário da alemã, não proíbe a utilização do argumento da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade. Jescheck<sup>[3]</sup>, com base na legislação alemã, assevera que deve ser afastada a teoria da inexigibilidade como causa supralegal, pois segundo o renomado autor, a aceitação de uma causa supralegal de exculpação por inexigibilidade implicaria, tanto concebida subjetivamente quanto objetivamente, uma debilitação da eficácia de prevenção que corresponde ao direito penal e conduziria a uma desigualdade na aplicação do direito”. E continua dizendo que, “ainda nas situações difíceis da vida, a comunidade deve poder reclamar a obediência ao direito, ainda

que isso posa exigir do afetado um importante sacrifício”...A possibilidade de alega o de uma causa supralegal, em algumas situa es, como deixou entrever Johannes Wessels<sup>[4]</sup>, pode evitar que ocorram injustiças gritantes”. (GRECO, 2009, pg. 421).

Adotar a Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal excludente de Culpabilidade, significa que tal instituto poderá ser aplicado ou admitido em hipóteses não descritas na lei penal, a serem definidas com fulcro na aprecia o do caso concreto. Compartilhamos da tese que defende a aceita o desse instituto como causa supralegal, conforme adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois como tratado em situa es anteriores, sempre haverá inúmeras situa es práticas e concretas, impossíveis de serem previstas pelo legislador, nas quais o sujeito, determinado e imposto por circunstâncias ameaçadoras, alheias   sua vontade, não possuir  quaisquer alternativas para preservar direito, seja próprio ou alheio, a não ser a viola o da norma.

Concluímos portanto, em consonância com o posicionamento do jurista alemão Johannes Wessels, que a não aceita o da tese de Inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, conforme adotada pelo ordenamento jurídico alemão, legitima eventuais equívocos e injustiças.

### **3. Miserabilidade**

Nesta se o discorreremos acerca da pobreza, da miserabilidade, ambas tratadas também como hipossuficiência. Analisaremos esse tema sob um enfoque social, econômico, político e jurídico, apresentando o conteúdo obtido por nossa pesquisa.

#### **3.1. Defini o e considera es preliminares**

Pobreza   o estado ou qualidade de pobre, sendo pobre, aquele que não tem o necessário   vida, dinheiro ou recursos; miséria   o estado deplorável, indigência ou penúria (FERREIRA, 2010, p. 509, 593). Assim,

segundo o vernáculo, a miserabilidade é a pobreza em sua forma mais intensa, extrema, que envolve a carência de bens materiais e serviços fundamentais à digna sobrevivência humana.

Conforme os dados apresentados pelo IBGE<sup>[5]</sup> (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) (2011 apud G1 – Portal de notícias da Globo, 2011), o Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em situação de extrema pobreza, o que representa 8,5% da população.

Com base em dados do Censo de 2010, a pedido do governo federal, o IBGE realizou nessa amostra a identificação de pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza em função do programa social do governo federal intitulado “Brasil sem miséria”. De acordo com o levantamento, do índice da população brasileira que se encontra em situação de extrema pobreza, 4,8 milhões não possuem renda alguma, e 11,43 milhões possuem renda entre R\$ 1 (um real) a R\$ 70 (setenta reais).<sup>[6]</sup>

Ante as informações apresentadas, a pobreza e miséria no Brasil possuem dimensões trágicas, envolvendo milhões de famílias e pessoas, adultos e crianças, que vivenciam todos os dias os encargos e dificuldades de uma vida de carência alimentar, habitacional, educacional, deficiência quanto ao acesso à saúde, educação, transporte, emprego, trabalho, geração de renda, dentre outros. O alto índice de miserabilidade da população brasileira revela a necessidade de constantes debates e medidas que contribuam para atenuar essa situação.

### **3.2. Miserabilidade e a Constituição Federal de 1988**

É oportuno para este artigo, a análise do posicionamento da Constituição Federal de 1988 no tocante à pobreza e miséria. Segue a lição de Canotilho citado por Alexandre de Moraes acerca do conceito de Constituição, no sentido jurídico da palavra: “Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder

de governar, distribuição de competência, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas”. (CANOTILHO, 1991 apud MORAES, 2009, p. 6).

A constituição é o principal e hierarquicamente maior diploma jurídico de um Estado. Seus princípios e normas servem de arcabouço para a formação de um modelo social, político e jurídico de uma nação ou estado. Dada a pertinente relevância à Constituição Federal, então qual o seu posicionamento acerca da pobreza e miserabilidade?

A palavra pobreza é mencionada em três dispositivos importantes da CRFB/88 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988); no inciso III do artigo 3º, no inciso X do artigo 23 e no artigo 79 da ADCT (ato das disposições constitucionais transitórias), incluído pela emenda constitucional nº 31, de 2000, que instituiu o fundo de combate e erradicação pobreza, assim sendo: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil... III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;... Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:...X – combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;... Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse sociais voltadas para melhoria da qualidade de vida”. (BRASIL, Constituição, 1988, p. 9, 20, 89, grifo nosso).

A CRFB/88 assume um posicionamento de combate e repulsa à pobreza, reconhecendo-a como um fato nocivo, prejudicial ao bem viver do ser humano e da sociedade, adotando inclusive a erradicação da pobreza (o que por analogia inclui também a miséria) como um de seus

objetivos fundamentais. Compete-nos mencionar também os artigos 5º e 6º dos respectivos Capítulos I: Dos direitos e deveres individuais e coletivos, e II: Dos direitos sociais, ambos do Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à **vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes:... Art. 6º São direitos sociais **educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição”.<sup>[7]</sup> (BRASIL, Constituição, 1988, p. 9,13, grifo nosso)

Os direitos mencionados nos artigos 5º e 6º estão inseridos pela constituição num título denominado: DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, logo tratam-se de direitos básicos, essenciais e necessários à digna sobrevivência humana; são eles: *a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados*.

Ao pesquisarmos o conceito de pobreza e miséria, encontramos a definição de pobre como aquele que não possui o necessário, o fundamental à vida, conforme expresso na seção anterior. Sendo os direitos mencionados no parágrafo anterior como direitos e garantias fundamentais, à luz da Constituição brasileira, podemos deduzir que a pessoa não provida de algum ou alguns desses direitos, estará inserida numa circunstância de pobreza ou miserabilidade, conforme menor ou maior, respectivamente, a intensidade da carência.

### **3.3. Bens jurídico-penais violados pela miserabilidade**

A finalidade do direito penal é proteger os bens mais importantes, mais relevantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade,



assim constituem-se o bens jurídico-penais (GRECO, 2009). Os bens jurídicos constantes nos artigos 5  e 6  da CRFB/88 são exemplos de bens jurídicos penais que estão dentre os principais bens jurídicos protegidos, incluídos no rol dos *direitos e garantias fundamentais* da CRFB/88.

Quais são os bens jurídicos violados pela pobreza e miséria? Para respondermos essa questão, preliminarmente pesquisaremos acerca dos efeitos ou consequências da pobreza, tanto no indivíduo quanto na organiza o social. Segundo o sítio eletrônico WIKIPÉDIA: A enciclopédia livre[8]: “Muitas das consequências da pobreza são também causas da mesma criando o ciclo da pobreza. Algumas delas são: **fome, baixa esperança de vida, doenças, falta de oportunidades de emprego, carência de água potável e de saneamento, maiores riscos de instabilidade política e violência, emigra o, existência de discrimina o social contra grupos vulneráveis, existência de pessoas sem-abrigo e depressão”.**

(WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre, 2012, grifo nosso).

Os efeitos da miserabilidade tanto nos indivíduos, nas famílias quanto na sociedade são significativamente lesivos. A miserabilidade atinge direta ou indiretamente direitos fundamentais do ser humano, incluindo os bens jurídico-penais de maior valia, a exemplo da vida, integridade ou incolumidade física e psicológica, saúde, segurança, honra, liberdade, paz pública, assistência familiar, patrimônio (a pobreza e miséria obstam a sua aquisi o), igualdade, dentre outros.

### 3.4. Miserabilidade, pobreza e criminalidade

Na obra *Criminologia Integrada*[9], no capítulo que trata dos fatores sociais da criminalidade, Valter e Newton Fernandes abordam o tema da pobreza e miséria, ambas em subcapítulos distintos. Acerca da pobreza lecionam: “Na Itália, Marro[10] acentuava, após pesquisa sobre determinada popula o, **que a maioria dos criminosos não possuindo qualquer propriedade,   evidente que há uma rela o estreita entre a pobreza e o crime...** Há entre os criminosos, salienta Sutherland[11], a crença de que seus casos teriam sido mais bem estudados se eles não

fossem pobres. Aliás, essa ressalva é invocada por muitos advogados quando na defesa de seus clientes perante a Justiça... **De enfatizar, por ser a expressão da verdade, que os assaltantes, em sua quase totalidade, são indivíduos rudes, semianalfabetos e pobres quando não miseráveis.** Sem formação moral adequada, eles são párias da sociedade, nutrindo indisfarçável raiva e aversão, quando não ódio, por todos aqueles que possuem bens de certos modos ostensivos, especialmente automóveis de luxo e mansões, símbolos inquestionáveis de um *status* econômico superior”. (FERNANDES, Valter e FERNANDES, Newton. 2010, p. 341, grifo nosso).

À luz das lições citadas, a pobreza surge como fator motivador da criminalidade não apenas pelas carências de recursos e direitos fundamentais ao qual submetem os indivíduos, ameaçando constantemente à sua sobrevivência, integridade e saúde; mas também pelo ódio e discriminação que causam aos atingidos, em razão da nítida e expressiva desigualdade social presente mais intensamente nos países subdesenvolvidos. No tocante precisamente à miséria, seguem suas considerações: “A miséria é a pobreza elevada ao paroxismo. É o estado daqueles que tem muito pouco ou não tem mais nada. A estes falecem, mais ainda que os pobres, todas aquelas condições mínimas de sobrevivência com um resquício de dignidade. Essa miséria debilita centenas de milhões de pessoas em todo mundo, tornando-as, como pobres (de que são o quase superlativo social porque o superlativo social absoluto, o estado de carência total, é a condição de mendicidade), presas fáceis da senda do crime... No Brasil, por exemplo, a miséria e a fome delas decorrentes matam mais de 300 mil pessoas anualmente, entre adultos e crianças... Conjugados, esses fatores refletem duramente no agravamento das diferenças entre as classes sociais desses países, alentando largamente o processo de elitização pecuniária de uns poucos e levando a subproletarização a grande maioria cujas dolorosas vicissitudes diluem-se como lágrimas na tempestade de abastança das enxutas e insensíveis minorias... Não há como negar, entretanto, que a situação da miséria representa mais que considerável ingrediente no poder de decisão do

indivíduo que tende para o comportamento criminoso”. (FERNANDES, Valter e FERNANDES, Newton. 2010, p. 344).

É digno de consideração o estreito elo entre a criminalidade, a pobreza e a miséria apontado pelos criminologistas. O agente determinado por severa e indigna circunstância possui grandes probabilidades de incidir à prática de crime, sobretudo aos crimes contra o patrimônio ou com finalidades econômicas, como única forma de alcançar um padrão digno de sobrevivência ou apenas subsistir.

### **3.5. Miserabilidade e sistema econômico**

Ao tratar do sistema econômico como um dos principais fatores da criminalidade, Valter e Newton Fernandes citando os autores Bataglia, Lafargue, Bebel e Beguim<sup>[12]</sup>, aduzem: “Bataglia, Lafargue e Bebel apontaram também os efeitos nefastos da má distribuição de riquezas, como vício econômico da sociedade capitalista que, assegurando privilégios a alguns, condena muitos outros à miséria, à fome, à revolta, à violência e ao crime. Do mesmo parecer é Beguim, que dizia que 60 % ou mais dos crimes têm origem econômica”. (BATAGLIA, LAFARGUE, BEBEL e BEGUIM apud FERNANDES, Valter e FERNANDES, Newton. 2010, p. 107).

Com argumentos consubstanciados, os citados criminologistas enumeram o sistema econômico como uma das principais causas de diversos fatores sociais, dentre eles, a pobreza, a miséria e considerável parcela da criminalidade. A análise da instituição do sistema econômico, incluindo o modo capitalista de produção, contribui para uma maior compreensão da realidade social.

#### **3.5.1. A concepção marxista**

Karl Marx destacou-se como um dos mais relevantes teóricos das ciências humanas, seus trabalhos correlacionam-se com diversas disciplinas. Nesse artigo, vamos abordá-lo apenas nos pontos que consideramos oportunos ao nosso tema. Sobre a importância do

marxismo, aduz Marilena Chauí: “O marxismo permitiu compreender que os fatos humanos são instituições sociais e históricas produzidas não pelo espírito ou pela vontade livre dos indivíduos, mas pelas condições objetivas nas quais a ação e o pensamento humano devem realizar-se. Levou a compreender que os fatos humanos mais originários e primários são as relações do homem com a natureza na luta pela sobrevivência e que tais relações são as de trabalho, dando origem as primeiras instituições sociais... Assim, as primeiras instituições sociais são econômicas. Para mantê-las, o grupo social dominante cria ideias e sentimentos, valores e símbolos aceitos por todos e que justificam ou legitimam as instituições assim criadas. Também para conservá-las, o grupo social cria instituições de poder que a sustentam (pela força, pelas armas ou pela lei) as relações sociais e as ideias, valores, símbolos produzidos... Enfim, o marxismo trouxe como grande contribuição à sociologia, à ciência política e à história a interpretação dos fenômenos humanos como expressão e resultado de contradições sociais, de lutas e conflitos sociopolíticos determinados pelas relações econômicas baseada na exploração do trabalho da maioria por uma minoria de uma sociedade”. (CHAUÍ, 2001, p. 275).

Com base nessas lições, concluímos que o sistema econômico, como condição objetiva de existência humana, constitui o principal sistema ou organização da sociedade, sendo que a partir dele, se desenvolve as demais relações políticas, culturais e ideológicas da sociedade, determinando a forma de viver dos indivíduos, não apenas de trabalhar ou produzir, mas também de pensar e interpretar a própria realidade, tanto individual quanto social. Consoante as palavras do próprio teórico em coautoria com Friedrich Engels: “A maneira como os indivíduos manifestam sua vida reflete exatamente o que eles são. O que eles são coincide, pois, com a sua produção, isto é, tanto com o que eles produzem quanto a maneira que produzem. O que os indivíduos são depende, portanto, das condições materiais da sua produção”. (MARX e ENGELS, 2002, p. 11).

Nesses termos, os homens não agem e nem vivem de forma livre e consciente, na verdade estão severamente determinados, controlados pelo sistema econômico, ou seja, pelas condições materiais de produção e seus efeitos. Os trabalhadores (a classe majoritária) na organização capitalista de produção é submetida a um processo de exploração de trabalho e eliminação de mão de obra para o sustento dos privilégios de uma minoria economicamente dominante, mas também dominante no plano político, estatal e ideológico. Resultam assim, problemas crônicos na sociedade, como desigualdade, desemprego e miséria. Seguem as oportunas palavras de Marilena Chauí: “As lutas entre comerciantes e nobres, o desenvolvimento dos burgos, do artesanato e da atividade comercial conduzem a mudança que conhecemos: a propriedade privada capitalista. Essa nova forma de propriedade possui características inéditas e é uma verdadeira revolução econômica, porque realiza a separação integral entre proprietários dos meios de produção e forças produtivas, isto é, entre as condições e os instrumentos do trabalho e o próprio trabalho. Os proprietários privados possuem meios, condições e instrumentos do trabalho, possuem o controle da distribuição e do consumo de produtos. No outro polo social, encontram-se os trabalhadores como massa de assalariados inteiramente expropriada dos meios de produção, possuindo apenas a força do trabalho, colocada à disposição dos proprietários dos meios de produção, no mercado de compra e venda de mão de obra”. (CHAUÍ, 2001, p. 415).

Não obstante críticas à concepção marxista, muitas vezes questionáveis, a vertente sociológica desenvolvida por Marx e Engels é de relevante importância para compreensão da estruturação da sociedade e do nexo de causalidade entre inúmeras instituições sociais: Estado, política, cultura, ideologia, desigualdade social, desemprego, pobreza, miséria com o sistema econômico, este como a estrutura dominante e suprema da sociedade, com base no qual todas as demais relações sociais se desenvolvem.

Por fim, em consonância com os renomados filósofos, concluímos que o sistema econômico, especificamente a ordem capitalista vigente, é incontestavelmente uma força social expressiva, tendo relação de causa direta com a miserabilidade que submete milhares de pessoas e famílias a situações degradantes de sobrevivência, nessa perspectiva, inserindo-as como vítimas de uma injusta ordem social.

#### **4. Estado de necessidade aplicado à miserabilidade**

Analisada as características e requisitos do Estado de necessidade, da Inexigibilidade de conduta diversa, da pobreza e miserabilidade, apresentaremos agora os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da aplicação do Estado de necessidade à miserabilidade do(s) agente(s).

##### **4.1. Orientações doutrinárias**

A doutrina Penal costuma tratar da pobreza ou miserabilidade do agente, utilizando a denominação de “dificuldades econômicas”, não referindo-se precisamente à miserabilidade. Dentre os doutrinadores atuais, Rogério Greco é o que melhor trata da questão, consoante sua precisa apreciação: “Suponhamos que alguém, desempregado, depois de procurar exaustivamente por um trabalho honesto, chegue em casa e constate que na despensa não existem mais alimentos que possam sustentar a sua família. Suplica por doações, mas não as consegue. Ao ver seus filhos e sua mulher implorando por um alimento qualquer, o agente se desespera, vai até um supermercado mais próximo e subtrai um saco de feijão. Aqui, temos dois bens em confronto: de um lado, a sobrevivência (vida) do agente e de sua família; do outro, o patrimônio do supermercado, também protegido pelo ordenamento jurídico. Nesse confronto, é razoável que a vida prevaleça sobre o patrimônio, podendo o agente, no caso em tela, erigir a mencionada causa de justificação”. (GRECO, 2009, p. 336).

Ante o exposto, o renomado autor conclui que a miserabilidade pode preencher todos os requisitos para que a conduta do agente esteja amparada pela excludente de ilicitude do Estado de necessidade, onde será necessário o sacrifício de algum bem jurídico, em geral o patrimônio, para a defesa de um bem jurídico de maior relevância (vida, honra, etc) que   atingido pela pobreza ou miséria, sendo assim respeitados os princípios da pondera o e razoabilidade pertinentes ao instituto do Estado de necessidade.

#### 4.2. Posicionamentos jurisprudenciais

Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 129) o posicionamento majoritário da jurisprudência   pelo não aproveitamento da alega o de “dificuldades econômicas”; aproveita: EJFR[13], 68:25; não aproveita: RT, 518:377 e 488:380; JTACrimSP[14], 20: 220, 36: 282 e 65:393, RJDTACrimSP[15], 6:80.

Greco cita uma fundamenta o de decisão do extinto TACrim-SP (Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo) que, na concep o do autor, revela o senso comum dos magistrados acerca da delicada questão: “A miserabilidade do agente do furto não constitui causa excludente da criminalidade, caso contrário, ter-se-ia uma legião de miseráveis praticando furto impunemente, com grave repercussão na ordem pública” (JUTACrim.-SP 94/209. Relator Juiz Hélio de Freitas apud GRECO, 2009, p. 336, grifo nosso). Pesquisamos decisões de Tribunais mais atualizadas, seguem as ementas: “**Dificuldades financeiras e desemprego não configuram estado de necessidade**, principalmente tratando-se de roubo. S  há estado de necessidade existindo a atualidade de perigo, inevitabilidade e inexigibilidade de sacrifício do direito ameaçado” (Des. Amaral e Silva). [...] (AC n. 2008.021589-4, de Santa Cecília, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. de 27/05/08, grifo nosso).

Decisões de tribunais referentes ao furto famélico e furto qualificado, ao qual   levantada a tese dos institutos em questão: “**Necessidade. Furto famélico. Inaplicabilidade.** Para o reconhecimento

do furto”... (70035012897 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 17/11/2010, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/12/2010, grifo nosso). “**Furto qualificado consumado** –Autoria e materialidade delitiva provada –**Estado de necessidade inaplicável**. Suficientes as provas a demonstrar a materialidade e autoria delitiva do furto, cabível o decreto condenatório, não possuindo força para inquinar o decisum a mera ilação de dificuldades financeiras”. (15801720098260595 SP 0001580-17.2009.8.26.0595, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 25/10/2011, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 28/10/2011, grifo nosso).

A primeira ementa refere-se ao crime de estelionato, ao qual é arguida a tese de estado de necessidade e a segunda ao furto tentado: “**Estelionato – Autoria e materialidade delitiva provada. Estado de necessidade inaplicável**. Suficientes as provas a demonstrar a materialidade e autoria delitiva do estelionato, cabível o decreto condenatório, não possuindo força para inquinar o decisum a mera ilação de dificuldades financeiras. Estelionato – Princípio da insignificância – Não cabimento. O princípio da insignificância não é aplicável aos crimes cujas circunstâncias não evidenciam a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento ou a inexpressividade da lesão jurídica provocada”... (143170520078260019 SP 0014317-05.2007.8.26.0019, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 27/09/2011, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/09/2011, grifo nosso). “Apelação. Furto tentado. Réu absolvido. Recurso Ministerial. Hipótese de condenação não caracterizada hipótese de incidência do **Princípio da Insignificância ou de Furto famélico**. Apelo Provido”. (123801320108260032 SP 0012380-13.2010.8.26.0032, Relator: Nuevo Campos, Data de Julgamento: 10/11/2011, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/11/2011, grifo nosso)

Abaixo, ementa de uma decisão de caráter minoritária constante na obra de Rogério Greco, admitindo o estado de necessidade em razão



miserabilidade na prática da contravenção conhecida como jogo do bicho: “Estado de necessidade. Balanceados os interesses contrastantes entre a ordem social e as dificuldades financeiras do agente, reconhece-se o seu estado jurídico de necessidade, se pratica a contravenção do jogo do bicho para sobreviver”. (ACM 312.953 – Rel. Edmeu Carmesini apud GRECO, 2009, p. 337).

Nossa pesquisa constatou, no tocante as decisões majoritárias dos Tribunais e respectivos magistrados, posicionamento contrário à admissibilidade da miserabilidade e principalmente das dificuldades econômicas pessoais como fato justificante da aplicação do instituto do Estado de necessidade. Encontramos a aplicabilidade, com maior frequência, nas decisões referentes à modalidade de crime definido como *furto famélico* (a ser tratado em seção posterior).

## **5. Inexigibilidade de conduta diversa aplicada subsidiariamente ou alternativamente à miserabilidade**

Não sendo possível a aplicação do Estado de necessidade como excludente de ilicitude quanto à miserabilidade do agente, abordaremos a possibilidade de aplicação do instituto da Inexigibilidade de conduta diversa subsidiariamente, excluindo assim a culpabilidade e consequentemente o crime.

### **5.1. Orientações doutrinárias**

Damásio de Jesus ao pesquisar a jurisprudência, nos casos de furtos e saques, assim define: “A defesa nos casos de furto e saques, só apresenta relevância quando demonstrados os seguintes requisitos: 1º) que o fato tenha sido praticado para saciar a fome ou satisfazer necessidade vital; 2º) que tenha se apresentado como único e derradeiro recurso e 3º) que o objeto material subtraído tenha sido coisa capaz de diretamente contornar a emergência”. (TARS<sup>[16]</sup>, Acrim 2888.035.686, JTARS<sup>[17]</sup>, 67:73 apud JESUS, 2010, p. 130).

Consoante citação, Damásio define três requisitos para a aplicação da Inexigibilidade de conduta diversa nos casos de dificuldades econômicas ou miserabilidade apenas nos delitos de **furto e saque**: 1. **Que o fato tenha sido praticado para saciar a fome ou satisfazer necessidade vital**, 2. **Que tenha se apresentado como único e derradeiro recurso** e 3. **Que o objeto material subtraído tenha sido coisa capaz de diretamente contornar a emergência**(grifo nosso).

Assim, nesses moldes, o primeiro requisito estabelece que o fato deve ser meio para a satisfação de necessidades vital, ou seja, fundamental a digna sobrevivência, assim como alimentos, água, moradia, roupas, afastando-se qualquer possibilidade na prática de furtos e saques de bens supérfluos. O segundo requisito exige que o agente não possua outra opção, ou seja, não tenho conseguido a satisfação de sua necessidade pedindo ou requerendo auxílio a terceiros, por exemplo. O terceiro requisito exige que o objeto possa satisfazer diretamente a necessidade, o que tornaria impossível a aplicação da excludente de inexigibilidade de conduta diversa nos casos de furtos e saque de dinheiro, consoante o posicionamento do autor e da jurisprudência que o embasou.

## 5.2. Posicionamentos jurisprudenciais

Realizando nossa pesquisa, destacamos as ementas das seguintes decisões: “Apelação Criminal. Furto. Materialidade e autoria. Comprovadas. Furto famélico. Estado de necessidade. Não caracterizada. **Excludente de culpabilidade**. Não configurada. Furto privilegiado. Redução da Pena. Justiça gratuita. Competência do juízo da execução. Consoante entendimento jurisprudencial desta corte, O Furto famélico é admitido quando o agente pratica o delito em estado de necessidade extrema com o propósito de saciar sua fome, quando dele não se podia exigir conduta diversa. Afasta-se a alegada causa excludente de culpabilidade consistente na **Inexigibilidade de conduta diversa**, quando o agente poderia atuar conforme o ordenamento jurídico, o que torna incabível a absolvição”... (314936820108070003 DF 0031493-68.2010.807.0003, relator: Souza e Ávila, data de julgamento:

12/04/2012, 2ª turma criminal, data de publicação: 17/04/2012, dj-e pág. 256, grifo nosso).

Nas duas ementas seguintes, são arguidas as teses de Inexigibilidade de conduta diversa ao delito de roubo e no estelionato, respectivamente: “Roubo simples. Condenação. Pleito absolutório calcado **nainexigibilidade de conduta diversa.Impossibilidade de acolhimento**. Materialidade e autoria do fato incontroversas. Réu confesso seguramente reconhecido pela vítima e testemunha presencial. **Dificuldades financeiras que não justificam conduta criminosa**. [...]. Não configuração de maus antecedentes. Penas reduzidas para o piso mínimo. Confissão espontânea. Reconhecimento. Necessidade, sem reflexo nas penas. Incidência da Súmula 231, do STJ. Regime prisional semiaberto que se justifica pelo histórico criminal do réu. Recurso parcialmente provido”. (754654720088260224 SP 0075465-47.2008.8.26.0224, Relator: Luís Carlos de Souza Lourenço, Data de Julgamento: 17/03/2011, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 21/03/2011, grifo nosso). “Penal. Processo penal. Estelionato. Princípio da insignificância. Estado de necessidade. Inexigibilidade de conduta diversa.. 1 [...]. 2. A simples alegação de haver praticado o delito em face **do estado de necessidade** não se mostra suficiente para fundamentar pedido de absolvição, se nos autos não há provas dessa afirmação. 3. Não restando demonstrados os fatos que justificariam a situação de **inexigibilidade de conduta diversa**, impossível a absolvição da acusada por esse fundamento. 4. Nega-se provimento ao recurso”. (77045320098070010 DF 0007704-53.2009.807.0010, relator: Alfeu Machado, data de julgamento: 10/02/2011, 2ª Turma criminal, data de publicação: 14/02/2011, dj-e pág. 170, grifo nosso).

A ementa seguinte aborda o posicionamento acerca do tema referente ao polêmico delito de tráfico de drogas: “Acórdão ementa: Apelação criminal. **Tráfico de drogas e associação para o tráfico**. Absolvição. Impossibilidade. Depoimento de policiais. Validade. Redução da pena requerida pela segunda recorrente no sentido de

reconhecimento da delação premiada. Inviabilidade – artigo 33, 4º, da lei antidrogas. Redução. Impossibilidade. **Inexigibilidade de conduta diversa** – dificuldades financeiras. Não configuração. Recurso conhecido e improvido. 334º. [...] 4. **Não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa em relação ao crime praticado pela segunda recorrente pois o fato de alguém passar por dificuldades financeiras não o habilita a se tornar um criminoso.** Lei de tóxicos 5. recursos conhecidos e improvidos”. (TJES, classe: apelação criminal, 26110004053, relator: José Luiz Barreto Vivas – relator substituto: Ewerton Schwab Pinto Júnior, órgão julgador: segunda câmara criminal. data de julgamento: 07/03/2012, data da publicação no diário: 16/03/2012). (26110004053 es 26110004053, relator: José Luiz Barreto Vivas, data de Julgamento: 07/03/2012, Segunda Câmara Criminal, data de publicação: 16/03/2012, grifo nosso).

A apreciação crítica de Rogério Greco acerca da postura dos tribunais e magistrados quanto ao tema é oportuno, conforme suas palavras: “Contudo, parece-nos que os nossos tribunais ainda não se convenceram do estado de miséria e fome por que passa a população mais carente e, ignorando esse quadro conhecido por todos nós, talvez querendo manter a ordem pública à custa da população mais fraca e desprezada pelos políticos de ocasião, vêm proferindo decisões conflitantes ...”. (GRECO, 2009, p. 337).

É notável a resistência dos tribunais e seus magistrados quanto à admissibilidade da miserabilidade como uma circunstância justificante da exclusão da ilicitude (Estado de necessidade) ou exclusão de culpabilidade (Inexigibilidade de conduta diversa) do agente. Divergente da doutrina, a jurisprudência majoritária, geralmente não aceita a tese defensiva de Estado de necessidade e Inexigibilidade de conduta diversa referente à miserabilidade do agente, fundamentando que a pobreza e miséria não justificam condutas criminosas ou que não houve provas suficientes nos autos do estado de miséria, da extrema necessidade do réu.

Constam entendimentos contrários em decisões minoritárias, aceitando alguma das duas teses excludentes de crime e absolutórias, com maior presença nos casos do “furto famélico”, sendo mais comum, a absolvição com base no Princípio da Insignificância ou Crime de Bagatela.

## **6. Institutos correlatos**

Selecionamos alguns institutos relevantes e pertinentes, que nos aprofundarão no desenvolvimento do tema.

### **6.1. Desemprego**

Nesse artigo abordamos a questão da miserabilidade como possível fato excludente de ilicitude (Estado de necessidade) ou de culpabilidade (Inexigibilidade de conduta diversa) resultando assim na descriminalização de sua conduta e, processualmente falando, na absolvição sumária do agente que atua sob tal circunstância. Mas quanto ao desemprego? A alegação de desemprego poderia também ser aproveitada? Weber Batista citado por Greco reponde a essa questão: “exige a doutrina, para a configuração do estado de necessidade, a impossibilidade de evitar por outro modo o perigo. Por isso, como se tem decidido, não o caracteriza o simples desemprego [...] e, com maior razão, o fato do agente perceber pouco salário [...]. Lógico concluir, portanto, [...] que não pode alegar o estado de necessidade o agente que sofre as agruras comuns a toda classe trabalhadora do país e que, além de estar empregado – o que não acontece a todos – não faz prova de que passa por situação de especial dificuldade” (Batista apud Greco, 2010 p. 38).

O desemprego não se confunde com miserabilidade, apesar de ambos, conforme pesquisado e analisado, serem instituições vinculadas, com o desemprego podendo ser fator que precede a pobreza e miséria. Mesmo desempregado o agente pode possuir outras fontes pessoais de renda como prestações alimentícias, aluguéis de imóveis ou economias pessoais, garantindo ao menos sua sobrevivência e satisfação das necessidades vitais, o que tornaria desnecessária a sua conduta, não

sendo cabível portanto, consoante posicionamento doutrinário em destaque, nem a excludente de ilicitude (Estado de necessidade) nem a de culpabilidade (Inexigibilidade de conduta diversa) para a simples alegação de desemprego.

## 6.2. Furto famélico

Segundo Aurélio Ferreira<sup>[18]</sup> (2010, p. 339), o vocábulo famélico significa faminto. Por interpretação, o furto famélico é o furto praticado por pessoa faminta ou em razão de pessoa faminta, para saciar a fome própria, de sua família ou até de terceiros, quando submetido à miserabilidade, evitando doenças ou até a morte por inanição, ou seja, por falta de absorção de nutrientes necessários à sobrevivência. Rogério Greco disserta sobre a questão: “Em tese, o fato praticado pelo agente seria típico. Entretanto, a ilicitude seria afastada em virtude da existência do chamado estado de necessidade. Podemos concluir que o furto famélico amolda-se às condições necessárias ao reconhecimento do estado de necessidade, uma vez que de um lado, podemos visualizar o patrimônio da vítima e, do outro lado, a vida ou a saúde do agente, que corre risco em virtude da ausência de alimentação necessária à sua subsistência [...] No entanto, como em todo raciocínio que diz respeito ao estado de necessidade, ambos os bens em confronto são juridicamente protegidos, o agente deve subtrair patrimônio alheio (alimento) que cause menos prejuízo uma vez que, havendo alternativa de subtração, deve optar por aquele menos lesivo à vítima, pois caso contrário, não poderá beneficiar-se com a causa de justificação em estudo”. (GRECO, 2010, p. 38).

O furto famélico preenche os requisitos caracterizadores da excludente de ilicitude penal do estado de necessidade. Mas ao pesquisarmos e analisarmos os entendimentos jurisprudenciais no capítulo anterior, concluímos que na prática há muitas exigências quanto à prova da miserabilidade do agente ou da aceitação dos magistrados da miséria, ou até mesmo da fome, como fator que pode tornar a conduta criminosa a única alternativa capaz de contornar a situação de

emergência. Não foi fácil, mas encontramos uma decisão favorável a alegação de furto famélico, eis a ementa: “Apelação. Furto tentado. Réu absolvido. Recurso ministerial. Hipótese de condenação não caracterizada hipótese de incidência **do Princípio da insignificância ou de Furto famélico**. Apelo provido. (123801320108260032 SP 0012380-13.2010.8.26.0032, Relator: Nuevo Campos, Data de Julgamento: 10/11/2011, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/11/2011).

Observamos em nossa pesquisa que a maioria das alegações de furto famélico pelos advogados, pleiteando a absolvição pelo Estado de necessidade ou Inexigibilidade de conduta diversa, é rechaçada pelos tribunais e julgada improcedente, fundamentado inúmeras vezes na insuficiência de provas.

### 6.3. Saques

Saquear é o ato de despojar com violência, roubar, furtar (FERREIRA, 2010, p. 685). Difere do furto famélico, pois o objeto do delito não é necessariamente alimentos e a motivação do agente pode não ser a satisfação da fome. Damásio de Jesus se pronuncia acerca da questão, com embasamento jurisprudencial: “Não basta, pois, que haja uma necessidade de alimentos, medicamentos, terras para plantar, empregos, etc. Urge que a conduta, em face da iminência de lesão em destruição de um bem (vida, p. ex.), seja necessária (inexigibilidade de comportamento diverso) e realizada em situação grave e atual (RJDTACrimSP[19], 24:162), exigindo-se prova cabal e não mera alegação (JTACrimSP[20], 82:206 e 86:425; RT[21], 574:370)[..] Nos dias atuais, de crise financeira, exige menor rigorismo na apreciação (RT, 576:380)”. (JESUS, 2010, p. 130 e 155).

Com fulcro na jurisprudência supracitada constante na obra de Damásio de Jesus, podemos extrair alguns requisitos para a exclusão do crime e isenção do agente em caso de prática de saques motivadas pela condição de miséria, são eles: 1. **Necessidade vital (alimentos, medicamentos, terras, emprego, etc.)**, 2. **Iminência de lesão em**

**destruição de um bem (vida por exemplo), 3. Conduta necessária (inexigibilidade de conduta diversa), 4. Conduta realizada em situação grave e atual, 5. Prova cabal desses requisitos, com menor rigorismo na apreciação em tempos de crise (grifo nosso).**

#### **6.4. Crimes e contravenções habituais e permanentes (jogo do bicho)**

Conforme palavras de Damásio de Jesus (2010, p. 32) crime permanente é aquele em que o momento consumativo se alonga no tempo sob a dependência da vontade do sujeito ativo, e Rogério Greco (2010, p. 110) define crimes habituais, como os delitos em virtude do qual se exige do agente um comportamento reiterado, uma prática repetitiva, necessário à sua configuração. Como exemplo de crimes permanentes, temos o sequestro e o cárcere privado, e como exemplos de crimes habituais podemos citar o curandeirismo e o exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica.

A exploração e prática do jogo do bicho são classificadas como uma Contravenção Penal de caráter habitual, amoldada no artigo 50 da LEP (Lei de contravenções Penais) referente à prática de jogos de azar. Greco ilustra a real circunstância de muitos envolvidos nessa questão: “Situação que acontece de forma constante, ainda, é a prática do jogo do bicho. Normalmente, os apontadores são pessoas de meia idade, que já não são aceitas no mercado trabalho e que somente encontram na prática contravencional um meio de sustentar a si e a sua família. Após baterem de porta em porta à procura de emprego, acabem por desembocar na contravenção, que os aceitam sem restrições [...]”. (GRECO, 2009, p. 336).

Damásio de Jesus (2010, p. 130) afirma que o entendimento jurisprudencial majoritário não admite a aplicação do Estado de necessidade nos crimes permanentes e habituais, por faltar-lhe os requisitos da condição de atualidade do perigo e inevitabilidade do mal. O referido doutrinador cita um entendimento contrário dos tribunais,



aproveitando a excludente do estado de necessidade nos casos de crime de exercício ilegal de arte dentária (RT, 547: 366).

H  entendimentos de aceita o do Estado de necessidade referente   contraven o penal de explora o do jogo do bicho, conforme fundamenta o: “Estado de necessidade. Balanceados os interesses contrastantes entre a ordem social e as dificuldades financeiras do agente, reconhece-se o seu estado jurídico de necessidade, se pratica a contraven o do jogo do bicho para sobreviver”. (ACM 312.953 – Rel. Edmeu Carmesini, apud GRECO, 2009, p. 337).

A doutrina e jurisprudência majoritária posicionam-se pela impossibilidade da aplica o do Estado de necessidade aos crimes permanentes e habituais, devido ao fato de que nessa modalidade de crime, o agente ao saciar sua necessidade, ainda que vital, por não haver nessa circunstância de crime a condi o de atualidade do perigo e inevitabilidade do mal. Como já tratamos ao abordar os requisitos do estado de necessidade, para determinada corrente doutrinária, o perigo não precisa ser atual, mas sim eminente, ou seja, estar prestes a acontecer, e a inevitabilidade do mal pode existir conforme a análise do caso concreto, assim sustenta Rogério Greco em sua abordagem acerca do tema.

Tomemos por exemplo o caso ilustrativo supracitado de Rogério Greco, que infelizmente se repete todos os dias com milhares de brasileiros. Depois de tempos   procura de emprego e sem consegui-lo, pedindo e mendigando sem obter auxílio significativo, o agente certificase pela sua vivência e experiência de que tal prática delituosa ou contraven cional   sua única fonte de conseguir o mínimo recurso necessário ao seu digno sustento e de sua família, nessas circunstâncias, deve-se exigir que após conseguir os rendimentos do primeiro mês praticando o delito habitual, ele abandone-o? Sendo que os rendimentos do crime representam quantia apenas suficiente para sua sobrevivência? A questão   pouco debatida pela doutrina e jurisprudência.

Consoante posicionamento doutrinário, comprovado o liame entre a miserabilidade e falta de alternativas à pessoa com a sua conduta delituosa, é plenamente plausível o aproveitamento do Estado de necessidade, e quando não possível por critérios técnicos, deve-se admitir subsidiariamente a Inexigibilidade de conduta diversa também nos crimes habituais e permanentes.

#### **6.5. Crimes ou contravenções com ou sem finalidades econômicas com o menor potencial lesivo necessário. Exemplo especial de Rogério Greco**

Pelo conteúdo de nossa pesquisa de doutrina e jurisprudência, os crimes com finalidade econômica, incluindo os crimes contra o patrimônio, podem ser objeto de aplicabilidade do Estado de necessidade e Inexigibilidade de conduta diversa referente à miserabilidade. O eventual excesso na conduta deve ser punível, exigindo-se que o sujeito atue no sentido de praticar a menor lesão possível com o objetivo de saciar sua necessidade de sobrevivência resultante do estado de miséria.

O latrocínio, por exemplo, está no rol dos crimes contra o patrimônio, mas, com base na doutrina e jurisprudência, não se pode admitir em hipótese alguma, que o agente cometa um latrocínio para livra-se da miséria. No entanto, as excludentes de crime quanto à miserabilidade do agente podem ser aplicadas não apenas nas práticas de delitos ou contravenções com finalidades econômicas, conforme excepcional exemplo de Rogério Greco: “Suponhamos que, durante uma ronda policial, um casal de mendigos, cuja *morada* é embaixo de um viaduto, seja surpreendido no momento em que praticava relação sexual. Ali, embora seja um local público, é o único lugar onde esse casal conseguiu se estabelecer, em face da inexistência de oportunidades de trabalho, ou mesmo de programas destinados a retirar as pessoas miseráveis da rua a fim de colocá-las em local habitável e decente. Poderíamos assim, atribuir a esse casal a prática do delito de ato obsceno, tipificado pelo art. 233 do Código Penal? Entendemos que não, pois que foi própria sociedade que o marginalizou e o obrigou a criar um *mundo*

*próprio, uma sociedade paralela, sem as regras ditadas por essa sociedade formal, legalista e opressora. Não poderíamos, portanto, no exemplo fornecido concluir que o casal atuou culpavelmente, quando a responsabilidade na verdade, seria da sociedade que os obrigou a isso".* (GRECO, 2009, p. 426).

Esse exemplo, ao qual o casal sacrifica o pudor público em virtude de seu direito à vida íntima, nos esclarece que a miserabilidade ao qual o sistema político-econômico submete milhões de pessoas, pode violar inúmeras necessidades e direitos das mais diversas ordens, impossíveis de serem estabelecidos num rol taxativo, e além disso, que a miserabilidade pode ser fator impositivo e determinante para prática de delitos que não tenham apenas por motivação o interesse econômico.

## **6.6. Cculpabilidade**

A teoria da cculpabilidade foi apresentada pelos doutrinadores Raúl Zaffaroni e José Pierangeli, conforme lecionam: “Todo sujeito age numa circunstância dada e com âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que possuem um menor âmbito de autodeterminação, condicionados desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma *coculpabilidade*, com a qual a própria sociedade deve arcar”. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte geral, p. 610-611).

Rogério Greco também se pronuncia acerca desse instituto e seus consequentes efeitos: “A teoria da cculpabilidade ingressa no mundo do Direito penal para apontar e evidenciar a parcela de culpa de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade quando da prática de

determinadas infrações penais pelos *seussupostos cidadãos*. Contamos com uma legião de miseráveis que não possuem um teto para se abrigar, morando embaixo de viadutos ou dormindo em praças ou calçadas, que não conseguem emprego, pois o Estado não os qualificou para que pudessem trabalhar, que vivem a mendigar por um prato de comida, que fazem uso de bebida alcoólica para fugir á realidade que lhes é impingida. Quando tais pessoas praticam crime, devemos apurar e dividir essa responsabilidade com a sociedade”. (GRECO, 2009, p. 425).

E conclui com as seguintes palavras: “Mas, na prática, como podemos levar a efeito essa divisão de responsabilidade entre a sociedade e aquele que, em virtude de sua situação de exclusão social, praticou determinada infração penal? Não podemos, obviamente, pedir a cada membro do corpo social que cumpra um pouco da pena a ser aplicada. Assim, teremos, na verdade, duas opções: a primeira, dependendo da exclusão social que se encontre a pessoa que, em tese, praticou um fato definido como crime, será a sua absolvição; a segunda, a aplicação do art. 66 do Código Penal”. (GRECO, 2009, p. 426).

O mencionado artigo 66 do código Penal supracitado por Greco, refere-se a uma atenuante supralegal, ou seja, casos não previstos em lei em que a pena pode ser reduzida, conforme a análise e apreciação do caso concreto. Conforme redação do artigo 66 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, Código Penal, p. 520): “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstâncias relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

A coculpabilidade serve de base para as questões que envolvem delitos e contravenções praticadas sobre a influência da miserabilidade do agente, reconhecendo a culpa concorrente da sociedade e não apenas da pessoa. Difere-se da concepção marxista, pois esta define a sociedade, em suas relações econômicas (sistema de produção), como a principal causa da miserabilidade, que submete pessoas à situação de extremo desamparo, não havendo, em dadas circunstâncias, outra forma de contorná-la e alcançar uma digna sobrevivência, senão através do crime.

Conforme conclui Rogério Greco, pela análise da coculpabilidade, sendo grave a situação de exclusão e miserabilidade, o agente poderá ser absolvido, quando não tão grave ou suportável, deverá ser beneficiado pela atenuante do art. 66 do Código Penal Brasileiro.

### **Conclusão**

Não há previsão legal da miserabilidade como causa excludente de crime nem como fato expressamente prescrito de atenuação da pena. Analisamos a pobreza e a miserabilidade, e concluímos que o estado de miséria caracteriza uma situação extrema, com efeitos e danos de toda ordem, tanto ao indivíduo vitimado por tal circunstância quanto à sociedade como um todo. Circunstância tal, que viola e oprime severamente a pessoa humana, impedindo seu acesso aos direitos fundamentais constitucionais, que são os bens jurídicos de maior relevância, os quais, são protegidos pelo Direito Penal.

Newton Fernandez e Valter Fernandes apontam a pobreza e a miserabilidade como um dos principais fatores sociais da criminalidade. Apreciando a concepção marxista através de obras do próprio autor e de Marilena Chauí, constatamos que o sistema político-econômico possui vinculação direta com a pobreza e a miséria.

Na doutrina de Direito Penal encontramos maior conteúdo nas obras de Rogério Greco e Damásio de Jesus, ambos admitem a possibilidade da aplicação, ao menos da Inexigibilidade de conduta diversa, quando do comprovado estado de miserabilidade do agente e em determinadas circunstâncias e requisitos.

Conforme nossa pesquisa jurisprudencial, as decisões majoritárias convergem para a não aceitação da situação de miserabilidade como excludente de crime, com exceção para alguns casos de “furto famélico” onde se admite a aplicação da excludente de ilicitude do Estado de necessidade. Em muitas decisões não se admite a alegação do furto famélico com fundamento em insuficiências de provas quanto a

miserabilidade do agente. Encontramos na obra de Rogério Greco, decisões mais transigentes, admitindo o Estado de necessidade e Inexigibilidade de conduta diversa inclusive em delitos e contravenções habituais, aos quais o agente faz do delito sua fonte pessoal e familiar de subsistência.

Nosso entendimento é pela possibilidade da aplicação e admissão das excludentes de crime (Estado de necessidade e Inexigibilidade de conduta diversa) quando legítima a situação de miserabilidade vivenciada pelo sujeito e a prática de crime ou contravenção tornou-se a única alternativa capaz de satisfazer necessidades fundamentais. Ao pesquisar e estudar esses conceitos, inclusive os institutos correlatos, a exemplo do furto famélico e da coculpabilidade de Zaffaroni, concluímos pela “razoabilidade” da aplicação dessas excludentes de crimes quanto à miserabilidade do agente. A inevitabilidade da conduta lesiva ou inexigibilidade de comportamento diverso em razão da miserabilidade do agente poderá ser provada por todos os meios admitidos em direito, dentre eles, a inspeção judicial das condições vitais e habitacionais do agente e sua família.

A tese jurisprudencial de que não é possível aplicar as excludentes de crime em caso de miserabilidade porque legitimará os milhões de miseráveis à prática de crimes abalando a ordem social, consolida uma concepção preconceituosa que ignora a situação de miserabilidade como uma circunstância extrema, violadora dos direitos fundamentais, restringindo a pessoa de direitos essenciais, sem os quais não se pode nem aos menos subsistir. Esse posicionamento, assim como apreciado por Rogério Greco, demonstra um caráter preconceituoso e antidemocrático, pois revela uma designação de manutenção da ordem econômico-social à custa dos mais oprimidos.

Enfim, compreendemos a polêmica, controvérsia e problemática acerca do tema. A possibilidade de aplicação do Estado de necessidade ou da Inexigibilidade de conduta diversa na hipótese de miserabilidade do autor do crime ou contravenção, carece de melhor debate e

aprofundamento tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência de Direito Penal.

### Referências

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva. 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República federativa do Brasil. **Vade Mecum Saraiva**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Aprova o Código Penal Brasileiro. **Vade Mecum Saraiva**. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2001.

FERNANDES, Valter e FERNANDES, Newton. **Criminologia Integrada**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Aurélio. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – Parte geral**. Rio de Janeiro. Forense, 1993.

G1-PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em extrema pobreza, diz governo**. São Paulo, 03 de mai. de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627->

[milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html](#)>.

Acesso em 09 de jul. 2012, 17:28:25.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – Parte geral**. Ed. 11. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal – Parte especial**. Ed. 12. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal – Parte especial**. Ed. 12. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, v. 3.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva 2011. v. 1.

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

MARX, K. & ENGELS, F. **A Ideologia Alemã**. Trad. Castro e Costa, L. C.. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos tribunais, 2010.

PORTAL JUSBRASIL. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/buscaq=estado+de+necessidade+furto&s=jurisprudencia>>. Acesso em 14 de jul. de 2012, 11:25:31 a 12:37:15.



WIKIPÉDIA: A enciclopédia livre. **Pobreza**. Consequências da pobreza. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pobreza>>. Acesso em 10 de jul. de 2012, 18:43:10.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal – Parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1996.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

#### NOTAS:

[1] GRECO, Rogério. Curso de direito penal – Parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2009. p.144.

[2] Welzel, Hans. El Nuevo sistema. 1964, p. 121 apud Bitencourt, César. Tratado de Direito penal. Parte geral 2010, p. 410.

[3] JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de derecho penal, v. I, p. 688.

[4] WESSELS, Johannes. Derecho penal – Parte General, v. I, p. 126-127.

[5] G1-PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. Brasil tem 16,27 milhões de pessoas em extrema pobreza, diz governo. São Paulo, 03 de mai. de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/05/brasil-tem-1627-milhoes-de-pessoas-em-situacao-de-extrema-pobreza.html>>. Acesso em 09 de jul. 2012, 17:28:25.

[6] Idem.

[7] Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64 de 2010

[8] WIKIPÉDIA: A enciclopédia livre. Pobreza. Consequências da pobreza. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pobreza>>. Acesso em 10 de jul. de 2012, 18:43:10.

[9] FERNANDES, Valter e FERNANDES, Newton. *Criminologia Integrada*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[10] Na supramencionada obra de Valter e Newton Fernandes não foram encontradas quaisquer referências a este autor, não constando sequer nas referências bibliográficas.

[11] Idem

[12] Valter e Newton Fernandes não apresentam quaisquer referências das obras citadas desses autores.

[13] Ementário de jurisprudência do Tribunal Regional Federal (1ª Região).

[14] Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

[15] Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

[16] Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

[17] Julgados dos Tribunais de Alçada do Rio Grande do Sul

[18] FERREIRA, Aurélio. *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 8. Ed. Curitiba: Positivo, 2010.

[19] Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

[20] Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

[21] Revista dos Tribunais.

## A HERMENÊTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

**STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS:**  
Advogado. Especialista em direito civil e empresarial pela UFPE e especialista em Filosofia e teoria do direito pela PUC-MINAS.

**Resumo:** O presente estudo acadêmico faz uma análise hermenêutica via pesquisa doutrinária acerca da função social do contrato e seus critérios de interpretação.

---

### Introdução

A importância da interpretação contratual se dá no alcance da revelação da vontade comum. A exteriorização expressa da vontade não consiste somente em revelar o sentido das respectivas partes, mas naquilo que a vontade representa considerando suas limitações e consequências.

Após um estudo sobre a interpretação da função social do contrato, induz finalmente a conclusão do presente estudo, considerando todos os conhecimentos inseridos no trabalho acadêmico aliada a uma pesquisa jusfilosófica.

A importância do contrato como instrumento político, econômico e social justificado pela intervenção do Estado, passa pelo preenchimento intimamente ligado aos valores morais, sociais, culturais e ideológicos de cada momento histórico da sociedade.

Paulo Lobo (2011, p. 175) desfragmenta a distinção da aplicação da lei com a intenção de quem redige o contrato:

A interpretação dos contratos apresenta peculiaridades distintas das interpretações da lei. A lei é predisposta pela autoridade legislativa; o contrato é fruto de acordo das partes. A lei é abstrata e geral; o contrato é concreto e relativo às partes. A lei não depende do consentimento ou aprovação dos destinatários para valer e ser eficaz; o

contrato vale e é eficaz a partir do consentimento de suas partes. A finalidade da lei é de regular interesses particulares e determinados. A aplicação da lei não leva em conta a intenção de quem a edita; a do contrato busca exatamente essa intenção comum exteriorizada. A lei é uma regulamentação heterônima: o contrato é uma regulamentação autônoma.

Como consta nos critérios de interpretações do Código Civil de 2002, nos arts: 110 a 114 da parte geral:

1. A intenção comum deve ser levado em consideração, afinal o contrato é lei entre as partes.
2. Quando houver conflito de significados, a intenção comum sempre prevalecerá.
3. Se uma das partes fizer reserva mental de não se obrigar ao que foi exteriorizado na declaração formal, esta deve prevalecer sobre a reserva mental. Recordando que o ônus da prova é de quem se utilizar da reserva mental.
4. Ao contrário do costume do senso comum: Silêncio não significa consentimento. Exceto se: o uso e circunstância que envolvam determinado contrato e em determinada comunidade o admitam – deve ser considerado. Ou quando não for exigível na declaração de vontade expressa.
5. A boa-fé objetiva deve ser prioridade da interpretação, assumindo entre as partes a presunção de lealdade íntegra.
6. Os contratos benéficos, como a doação e a fiança devem ser interpretados em sentido estrito, não agravando a situação da parte que beneficia a outra.

Esses são os direcionamentos que norteiam a interpretação contratual, entretanto, tratando-se de um contrato cuja intervenção é da função social, então questiona-se pragmaticamente qual a interpretação possível para aferir a alcançar ao princípio da sociabilidade.

Para Paulo Roberto Toniazzi, (2008, p. 77), os critérios estabelecidos que favoreçam o desenvolvimento a repartição mais

equilibrada das riquezas, bem como que coíbam qualquer desigualdade dentro da relação contratual, desde o momento de sua formação até sua complexa execução, a partir de certas vedações para que o seu uso não se converta em abuso, mas, também, de certas imposições, para que sua utilização possa se converter na satisfação de interesses coletivos. Ou seja, a intervenção efetivamente benéfica não alcançará somente uma das partes, mas todas as partes e todos os terceiros interessados; ou seja, a sociedade.

Marighetto, afirma que (2012, p. 66), a interpretação sistemática é a ideal para a intervenção do Estado, pois além de respeitar os limites da autonomia privada, é necessário considerar os conceitos de microrrelacionamento e do macrorrelacionamento econômico, pois tanto a livre concorrência como a liberdades e garantias individuais e sociais estão em jogo.

A função social como princípio não deixa de ser uma cláusula aberta, inclusive considerada cláusula geral pela ausência de critérios legais da intervenção contratual.

JHERING (1943, p. 16), recorda que: “o direito não é uma teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.”

Uma norma, ou princípio com força normativa, carregando sentido normativo vago, o direito perde sua força. Por isso, seguindo o princípio da concretidade de Reale, (1983, p. 13), o legislador não deve legislar em abstrato. A cláusula geral possui dois significados: no sentido de designar a técnica legislativa de criação de normas, como próprias normas resultantes de produção legislativa.

Referente a interpretação do contrato no tocante a função social; Reale defende a que a interpretação seja interpretada de acordo com o espírito da lei, bem como seu travamento lógico e técnico, acompanhado por uma base de fundamentação ética. (1986, p. 3)

A consequência para o excesso de abrangência e generalidades é que o tratamento jurídico se rende ao domínio de casos, o

que se configurará um realismo jurídico baseado em precedentes, enfraquecendo o princípio da legalidade.

A função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípuo efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum. (GAGLIANO, 2012, p. 63)

Paulo Nader é favorável na flexibilização do sentido normativo, pois tal flexibilidade acompanha a modernidade, (2003, p. 47):

(...) A necessidade de flexibilização do ordenamento pátrio, ao afirmar que o animus desse novo Código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja a defender a chamada ‘escola de direito livre’, encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito em moda na atualidade do chamado ‘direito alternativo’. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais.

Arruda Alvim, (2003), considera as cláusulas gerais como conceitos abertos, que não contém elementos definitórios mais exaurientes e demandam o preenchimento de espaços por obras da atividade jurisdicional à luz da conjuntura e das circunstâncias presentes no momento da aplicação da lei, tendo como eixo de gravidade o caso concreto.

“Conceitos legais e indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”, para Nery Júnior. (2003, p. 144). Considera, assim as “normas abertas”. O resultado de uma norma aberta, no caso da cláusula aberta para Nery Júnior, é a impossibilidade de um trabalho integrativo,

mas simplesmente interpretativo. Por outro lado, Nery Júnior (2003, p. 143), enxergar um lado positivo em relação às cláusulas gerais, pois elas podem prolongar a aplicabilidade dos institutos jurídicos. Amoldando às necessidades da vida social, evitando o engessamento da lei: “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.” (2003, p. 402).

Humberto Theodoro Júnior (2008, p.144), faz uma análise da evolução normativa, aliás, interpretativa acerca das codificações e linguagens; fazendo um paralelismo entre sistemas antigos com o atual, e como afeta o ordenamento jurídico:

Do rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas, passou-se a um diploma normativo dinâmico, cuja virtude maior é a aptidão para adquirir, progressivamente a dimensão que os códigos do passado pretendiam encerrar; de ponto, em enunciados universais e frios. Reconhece-se de antemão, que não se tem o propósito de obra perfeita e absoluta. Torna-se como ponto de partida a idéia de que o direito privado deve ser visto como um “sistema em construção”, onde as cláusulas gerais constituem disposição que utilizam, intencionalmente, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluida”, ou “vaga”, com propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar, ou desenvolver normas jurídicas, mediante reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. É um estímulo constante à conveniência com os princípios e regras constitucionais, que durante a maior parte do século XX permaneceram à margem

das indagações dos civilistas e operadores do direito civil. (2008, p. 144)

Robert Alexy (2009, p. 39) lidera o pensamento de transformar a ordem constitucional em um sistema predominantemente denominado por valores auto-aplicáveis. Já JURGEN HABERNAS (1997, p. 321-322), critica essa inconveniente sistema dessa possível ordem jurídica, sustentando que criar uma ordem concreta e permanente de valores ameaça causar ausência de preceitos jurídicos. O que classifica de: “sistema normativo tendencialmente exaustivo”.

Canotilho (1987, p. 257) defende a clareza de normas argumentando no sentido de segurança jurídica, pois a norma necessita ser precisa e determinante para um mínimo de concretude. Assim, o autor desfragmenta a seguinte classificação: 1 – Alicerçar posições juridicamente protegidas por cidadãos. 2 – constituir uma norma de actuação para a administração. 3 – possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Para Maria Helena Diniz (2010, p.365), a interpretação da aplicação do princípio da função social se dá de acordo com os direitos da personalidade, colocando como em evidência a dignidade da pessoa humana:

O art. 421 é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. A ‘função social do contrato’ prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presente interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.



Marcelo Neves (2013, p. 14) assim como os autores supramencionados, também adverte sobre o princípio normativo do princípio. Assim o autor distingue imprecisão semântica da discricionariedade.

A imprecisão semântica se dá mediante as formas de ambiguidade (conotativo), e vagueza (denotativo). Assim, a imprecisão se torna um refém de uma referência e circunstância do texto normativo. Já a discricionariedade não deve ser confundida com a imprecisão semântica, pois, um sentido estreito acerca do exercício do ato, ficando a cargo de condições políticas (oportunidade e conveniência), ou seja, discricionariedade através da competência em que a própria lei lhe atribui.

Ademais, Neves (2013, p.15) ainda se refere às características hermenêuticas do princípio como “teses de demarcação frágil”, quando se atribui a generalidade ou especificação da norma. Assim a fonte da problemática é determinar o grau de abstração da norma. Pois segue a proporção de: maior a generalidade normativa, maior estímulo ao método de interpretação indutivo. Os princípios encontrados por generalizações ou abstrações no sistema normativo não devem ser confundidos com os princípios sectoriais, como os de direito administrativo e direito tributário. Sectoriais por ter como característica menor generalidade, e menor abstração, porque segue um apontamento direcionando princípio e regra na mesma equivalência material.

Ao tratar do princípio da função social do contrato, identifica-se uma identidade não ao direcionamento, mas ao próprio conteúdo da norma, eis que é encontrado nesse presente princípio uma abrangência generalizante. Quando o princípio possui alto teor de generalidade, afasta-se assim o mundo fático da dimensão normativa.

DWORKIN, (1977, p. 23), como positivista, remete o seguinte ensino: é lícito e moralmente aceitável ao juiz utilizar os princípios quando o juiz suas vias legais estiverem esgotadas. Eis então outro sentido de discricionariedade no sentido autoritário, porque não será possível se fundamentar da legislação e sim a aplicação de uma interpretação de um princípio. Afinal, como próprio Dworkin aborda: “o juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes no exercício do seu poder.”.

O autor entende por princípio: “Um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política, ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade.”.

Sobre a moralidade apontada por Dworkin; João Maurício Adeodato (2009, p.96) adverte sobre o *decisionismo*, tema em que o juiz decide o que a lei significa através dos princípios. Dessa forma o juiz mediante interpretação moral, estimula ampliar ainda mais a vagueza e a ambiguidade, assim é iminente a possibilidade dos juízes se transformarem em porta-vozes da moral da sociedade.

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima face*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, esse princípio é fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.

Na citação acima ALEXY (2009, p. 92), preocupar-se com a construção dos direitos definitivos, para tal construção é necessário que haja colisão, no entanto, é perigoso uma regra depender de princípio, pois este não é uma razão definitiva para um juízo concreto.

A máxima sobre postulações das regras no ordenamento germânico-romano:

*Lex posteriori revogat lex priori. Lex specialis derogat legi generali*

A questão sobre a estrutura normativa da revogação e especificação; os princípios teriam a mesma aplicação? Obviamente a resposta é a negativa, afinal, princípios são meras diretrizes normativas que fundamentam e constituem a razão essencial das normas jurídicas. A questão é: a real possibilidade do Juiz ultrapassar sua interpretação normativa daquilo que foi extraído da lei mediante princípio. Ainda que os princípios possuem a finalidade em assegurar a unidade sistemática de um ordenamento jurídico.

No art. 4 da introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. Portanto, como o autor Marcelo Neves estabeleceu a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade, como consta na própria lei um sentido de discricionariedade, assim que houver omissão legislativa. A questão é: a discricionariedade pode tornar-se uma arbitrariedade na dependência interpretativa do juiz.

Referente a questão da revogação e segurança jurídica, mais uma vez João Maurício Adeodato se preocupa com o distanciamento entre texto e norma (de decisão), afirma sobre a separação dos poderes – modelo aperfeiçoado por Montesquieu – a principal preocupação referente ao significado (texto de lei), para o significante (texto de decisão). Na medida em que se afasta a lei da decisão judicial, a tripartição dos poderes é comprometida. Pois o poder legislativo com a finalidade de legislar, não mais o faz, porque o judiciário se torna um porta-voz do significado da lei mediante um princípio.

Ainda João Maurício Adeodato faz uma crítica profunda acerca do uso da linguagem como instrumento de dominação política (2002, p. 40):

O cerne da função de domínio político exercida pela linguagem jurídica está em seu distanciamento da realidade, na abstração que leva a efeito para absorver a contingência, conforme exposto na análise da dogmática. **O perigo desse tipo de generalização está na perda de controle, por parte de quem pretende uma visão científica do direito, do conteúdo da sua**

**própria terminologia.** A advertência não é nova e para ser encontrada no chamado “realismo jurídico” de Ross e Olivecrona, por exemplo, que chamam atenção para as “palavras ocas”. A vantagem da utilização de tais palavras pela dogmática jurídica é que elas provocam emoções reais nas pessoas e conseqüente ação por parte delas. Controlando o conteúdo dado à palavra “propriedade”, por exemplo, a dogmática pode provocar uma aceitação tácita diante de situações diametralmente diferentes transferindo a discussão para o nível meramente conceitual, qualificando e assim controlando: a propriedade capitalista é uma, a socialista é outra, há a propriedade urbana e rural, a pública e privada, etc.

Para uma questão de tamanha profundidade sobre cláusulas gerais, eis que o presente estudo invoca a força científica da dogmática jurídica. Esta que por sua finalidade é de criar condições razoáveis ao operador do direito para um maior domínio e compreensão da norma. Pois a ciência jurídica permite a descoberta através da descrição do significado objetivo que na norma é conferida. Na lição de Tércio Ferraz, sobre a dogmática jurídica: (2003, p.68):

Em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar a ciência dogmática está às voltas com a identificação do direito, tendo em vista a decidibilidade de conflitos. Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhe os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função operacional. Eles servem para operacionalizar a tarefa de

sistematização. São por isso conceitos operativos: com eles se operam definições, classificações, sistemas.

É preciso, então, criar um sentido de decidibilidade para manter um ordenamento jurídico coeso e coerente. Tal estrutura do ordenamento possa não afetar na interpretação de um princípio com carga de alta generalidade. Tanto a certeza e a segurança jurídica são essenciais para manter o domínio teórico da matéria normativa.

A certeza, segundo Tércio (2003, p.112) é para evitar o máximo de ambiguidades e vaguidades de sentido. Pois um sentido é ambíguo quando se conceito é impreciso, tendo as qualificações tanto do significado e do significante indeterminadas. A imprecisão limitável das palavras que se aplica ao caso específico, é o que caracteriza o sentido vago.

Eis que a dogmática analítica (FERRAZ, JR. 2003, p.139), ajuda na absorção de um conceito operacional para um princípio de cláusula geral como a função social do contrato. Tal conceito operacional pode ser encontrado em conjunto com a integração de normas jurídicas válidas. Pois, a dogmática capta o ordenamento jurídico cujo complexo elemento normativo de forma sistemática para atender a exigência da *decibilidade* pura, ou seja, certa e segura.

Após uma abordagem diversa acerca da filosofia do direito e da dogmática jurídica como interpretação do princípio, segue adiante a conclusão do presente trabalho acadêmico:

## Conclusão

O debate entre princípios e regras demonstra didaticamente uma perfeita alegoria sobre o alcance na norma e a decisão judicial, precisamente, o momento exato em que o Direito se configura como um instrumento de justiça, questiona-se: que tipo de justiça?

A alusão ao mito do embate entre Hércules e a Hidra se faz numa síntese da moral da história: Hércules equipara-se ao juiz, enquanto que a Hidra, o princípio a ser interpretado. O prognóstico é simples: A Hidra por ser um animal mitológico fantástico cuja tinha várias cabeças e não bastava Hércules arrancar uma delas, mas deveria saber qual a cabeça

arrancar, porque o ponto fraco consistia justamente em uma cabeça que delimitava a Hidra, e conseqüentemente atribuía a vitória do embate à Hércules.

Através desta alegoria é útil para que o juiz saiba qual “cabeça será cortada”, ou seja, quais princípios excluirá para dar prosseguimento na sua interpretação da norma ao caso específico.

O presente tema é sobre o princípio da função social do contrato. Neste tema também acompanha outros institutos jurídicos como outros princípios: (boa fé objetiva e equidade material), ademais os princípios são testemunhas de uma fase da Constitucionalização do Direito Privado. Assim, possuem o encargo de estabelece ruma conexão ontológica com a própria Constituição Federal.

Do direito Romano até o Direito contemporâneo é notório um diferente tratamento dogmático de como ser utilizado o conceito da função social no próprio contrato. Da dicotomia, parte-se de premissas interessantes e inquietantes acerca do instituto: a) O *pacta sunt servanda* pode sofrer uma flexibilização desde que seja para o bem estar social. b) Tal flexibilização não compromete a natureza jurídica da concretização do negócio jurídico. c) Aliás, mediante a referida flexibilização é possível dar mais segurança jurídica (ironicamente), por haver uma pessoa legítima e interessada na relação jurídica. d) Esta relação contratual não pode ser mais isolada como foi em outros tempos. e) Aponta-se uma crise contratual, porque segundo Marighetto, o contrato era utilizado como um instrumento – muitas vezes – privilegiando somente uma das partes. f) Neste tipo de relação jurídica com uma onerosidade maior para uma das partes, quando há um desequilíbrio de obrigação – não interessa a sociedade.

Questionou-se qual a finalidade dos diversos conceitos acerca da função do contrato. Assim, é plausível ter propriedade, não somente na precisão ao delimitar o que é a função social do contrato, mas de ser peremptório em afirmar o que não pode ser a função social do contrato.

Ademais, as fundamentações doutrinárias se enriquecem na medida em que há uma correlação com a natureza jurídica *dopacto sunt servanda* – alinhando-se com outros princípios já supramencionados na presente conclusão, conectando-se também com fundamentação da

propriedade privada e enrijecendo na própria segurança jurídica do presente ordenamento.

Apesar das inúmeras conceituações da palavra social e diversos tipos de ideologias acompanhados na semântica da palavra, só pode ser possível a utilização deste princípio específico se estiver acompanhando, ou seja, em harmonia com outros princípios que reconhecem a aplicação de um ordenamento jurídico sistemático, tal sistematização é tida como a própria constitucionalização do direito privado.

Não basta, apenas um conhecimento sobre o tema, é preciso conhecer a forma como os tribunais do país estão aplicando-o. E numa pesquisa bem objetiva, foi possível concluir que o princípio da função social do contrato foi tido como uma sustentação acessória. Ou seja, nas decisões a função social do contrato nunca esteve isolado, mas sempre acompanhando de outro argumento principal.

Se o princípio está sendo utilizando como fundamentação acessória da qual segue a motivação principal, é possível tomar duas conclusões acerca do fato: a) Ou a força normativa do princípio em questão não é límpida o suficiente ou não possui força o suficiente – por ser um princípio, talvez – ou pelo seu excesso de abrangência. b) Ou demonstra de fato uma obrigação tanto ao intérprete como no aplicador do direito, só é possível a utilização do princípio mediante o acompanhamento de outros institutos.

Tais conclusões sobre a aplicação jurisprudencial do instituto comprovam uma instabilidade, porque não são meramente conclusões, mas premissas para outras questões no tocante do próprio limite da decisão jurídica. Logo, as conclusões requerem um dilema sobre a eferverscência do significado (lei), do significante (texto da decisão). Pois não basta conhecer os conceitos jurídicos e como a sua aplicação, mas pragmaticamente sua efetiva aplicação. No entanto, antes é preciso questionar se o princípio interpretado possui o mesmo conteúdo daquilo que o legislador se dispôs mediante sua técnica legislativa.

É preciso lembrar mais uma vez da alegoria do combate de Hércules e a Hidra. Pois, de qualquer maneira o princípio da função social do contrato não deixa de ser abrangente, carregando assim um conceito

jurídico indeterminado. E como tal, uma indeterminação pode ser considerada uma antinomia no ordenamento jurídico. Tal detalhamento acerca da imprecisão semântica do princípio requer uma atenção especial, motivo pelos quais tantas vezes no último tópico tratou-se de uma advertência. Ainda que o princípio se harmonize na segurança jurídica ao acompanhar outros princípios e regras do próprio Direito Constitucional; um princípio não deixa de ser maleável, ou seja, fácil de manipular.

O presente estudo, em momento algum, propôs-se em atribuir uma solução. A proposta original era ter uma verificação profunda sobre a temática. Com uma perspectiva atípica por não utiliza uma doutrina clássica, afinal novos conceitos necessitam de novos autores e principalmente de novas formas de abordagens. Assim, o presente trabalho acadêmico procurou tratar de diversos âmbitos do direito, utilizando inclusive matérias de natureza zetética. O presente tema passa fatalmente a questionar a própria índole do ordenamento jurídico uma vez que não basta a conceituação, deve-se reconhecer sua aplicação e fazer um questionamento permanente sobre o significado e significante de um princípio.

### **Referências:**

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva. 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros. da dogmática jurídica à teoria do direito/ coordenadores:. - Rio de Janeiro: Forense, 2009

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A função social dos contratos do novo Código Civil*. In Revista dos Tribunais, Volume 815, São Paulo: RT, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. ver.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO. J.J .Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 4ªed. Coimbra, Almedina, 1987.



DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.998.

DWORKIN. **Taking Rights Seriously**. 6ªed. Londres. Duckworth. 1977

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ciência do direito**. 2. Ed., 15 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo; Saraiva. 2012

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

\_\_\_\_\_. **Princípios sociais dos contratos do CDC e no novo código civil**. Disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil#ixzz2VO7wuq00>. Acessado em 05 de junho de 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

NEIVA, Cristina de Araujo. **Instituições de ensino superior comunitárias a (des) necessidade da construção do marco legal das: O embasamento constitucional e legal do setor público não estatal no Brasil**. Disponível

em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2011/neivaaraujo.pdf>. Acesso em 31/05/2013.

**NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale, São Paulo: LTR, 2003**

**NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.**

**REALE, Miguel. O projeto do Código Civil. São Paulo: Saraiva. 1986.**

**THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. Rio de Janeiro. Forense. 2003**

**TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. A função social do contrato: Limite da Liberdade de Contratar. Florianópolis: conceito editorial. 2008.**

## CHARLATANISMO E CURANDEIRISMO: DA FÉ AS PUBLICIDADES DE MEDICAMENTOS E ESTÉTICA

**SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:** Jornalista, educador, escritor, produtor de vídeo aulas. Articulista: JusBrasil, Jusnavigandi, JurisWay, Academia Brasileira de Direito (ABDIR), E-gov UFRS, Editora JC, Investidura Portal Jurídico.

**Resumo:** O ser humano, desde a aurora, sempre procurou meios para se tratar. Mesmos nos animais não humanos é comum a observação de vê-los procurarem certos tipos de plantas para melhorar as suas saúdes. O hábito de comer barro é outro indício instintivo do animal não humano para suprir a necessidade de ferro no organismo. O uso de ervas medicinais já foram consideradas obra do demônio pela Igreja Católica, durante a Santa Inquisição. com o advento da ciência materialista, afastar superstições do racionalismo científico, muitas práticas seculares foram consideradas como curandeirismo. É bem verdade que existem pessoas de má-fé, as quais exploram o sofrimento alheio para enriquecimento. Não podemos esquecer de que a homeopatia já fora considerada charlatanismo pelo médicos alopatas [de cultura acadêmica ortodoxa], pois as “aguinhas” não passavam de “água com açúcar”. Afinal, há algum liame entre curandeirismo e a medicina , ou esta é o supremo meio seguro de cura?

---

Não é de hoje que as Igrejas Evangélicas têm transmitido o Poder de Deus através de várias curas. Nas sessões, fieis se levantam e dão os seus testemunhos de que estão curados. Basta uma simples oração do bispo ou bispa para que todos os males físicos desapareçam. AIDS, tuberculose, artrites, artroses etc.

Desde que as Igrejas Evangélicas passaram a explorar este campo emotivo dos fieis, não para de crescer fieis a procura de curas para seus males. A fé tem poder, e já é comprovado cientificamente. Pacientes que possuem alguma fé, em qualquer tipo de religião ou filosofia, ou até mesmo no poder de cura corporal, ou fé compulsória – “Melhorarei por que

precisam de mim.” – têm se beneficiado, concomitantemente, com o tratamento médico.

Existem curas pela fé, as quais são inexplicáveis pela medicina ocidental. Existem as curas, também, nos centros Kardecistas, umbandistas etc. Conduto, não pedem para os frequentadores dispensarem os tratamentos médicos.

## Código Penal - Charlatanismo e Curandeirismo

### CAPÍTULO III

#### DOS CRIMES CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

##### Charlatanismo

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

##### Curandeirismo

Art. 284 - Exercer o curandeirismo:

I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

Por parte:

1) Charlatanismo:

- a) Sujeito ativo – qualquer pessoa pode cometer essa prática, é a pessoa que pratica a ação de charlatanismo, é o charlatão;
- b) Sujeito passivo – é a coletividade, é a pessoa que sofre a ação de charlatanismo;
- c) Tentativa – se admite;
- d) Consumação – é o mero ato de propor cura de doença por meio infalível e secreto.

2) Curandeirismo:

- a) Sujeito ativo – qualquer pessoa pode cometer essa prática, é a pessoa que pratica a ação de curandeirismo, é o curandeiro;
- b) Sujeito passivo – é a coletividade, é a pessoa que sofre a ação de curandeirismo;
- c) Tentativa: não se admite, pois a prática de curandeirismo tem que ser reiterada;
- d) Elemento subjetivo: dolo.

Jurisprudências:

1) Charlatanismo:

“Não constitui charlatanismo divulgação de descoberta de tratamento com a afirmação de ter sido sua eficiência comprovada, sem inculcar-se infalibilidade de cura”. (TACrim, JTACrim, 16/147).

“É preciso apurar sempre um forte resíduo de má-fé, para identificar-se o crime de charlatanismo. Deve-se ter sempre em vista a preocupação de verificar se o fato ocorre com inequívoco dolo”. (TACrim, RT, 299/434)

## 2) Curandeirismo:

“Se a cura que o réu apregoa, para os males de quem procurava, era pedida comunitariamente, através de orações, pura questão de fé, tal prática não configura o delito de curandeirismo, tendo em vista a liberdade de culto assegurada pela Constituição”. (TACrim, RT, 446/414).

“Por se o curandeirismo uma fraude, não lhe vem em socorro a liberdade religiosa assegurada na Constituição do Brasil. A lei não protege o ilícito, como também não dá cobertura ao embuste, à mentira, à mistificação, pois vale mais o interesse coletivo protegido que um proselitismo particular a um risco cuja extensão não tem medida”. (TACrim, RT, 395/298)

“Aquele que, sem habilitação médica, se arroga a faculdade de curar, de receitar, de diagnosticar, sob pretexto de que é espírita, de que age sob a influência do sobrenatural, mediunizado, coisa que o senso comum repele e nenhum país policiado admite, comete o delito de curandeirismo, previsto no art. 284 do CP. (TACrim, RT, 208/494)

“Benzimentos, aplicações de ‘banho de defesa’, defumações, passes e prescrição de medicamentos para tratamento de moléstia, não constituem simples prática religiosa, mas exercício de curandeirismo, sob o disfarce de religião”. (TACrim, RT, 327/400)

A medicina alopática e medicamentos

Se verificarmos ao longo de sua história, quando comparadas com a medicina homeopática e até a fototerápica, os medicamentos alopáticos mudam diuturnamente, enquanto os medicamentos da homeopatia são, em sua maioria, seculares. Contemporaneamente, os medicamentos alopáticos se insurgem como verdadeiros “cura tudo”, somente cuidando de pequenos alertas no final das publicidades:

“Não desaparecendo os sintomas, procure seu médico.”

Tanto os médicos quanto as indústrias farmacêuticas louvam os últimos lançamentos medicamentosos, depois, através dos resultados práticos em seres humanos, não aos que se oferecem como cobaias antes dos medicamentos serem comercializados ao público, soam alarmes quanto aos efeitos colaterais devastadores. E cada vez mais medicamentos recém-lançados são retirados de circulação. Não seriam tais promessas de “cura total” contidas nas publicidades de medicamentos alopáticos uma forma de curandeirismo e charlatanismo?

Há casos em que os médicos se surpreendem com curas milagrosas, e o paciente diz que a cura veio pela fé. Separar o liame entre fé e medicina ortodoxa não é tarefa fácil. A Justiça, então, tentam buscar um meio termo. As jurisprudências, ao decorrer dos tempos, mudam, conforme amadurecimento psicológico cultural, dos acontecimentos reais que causam mais estragos do que curas. Eis um desafio para os operadores de direito, para os doutrinadores, já que a fé cada vez mais é requisita em tempos sombrios causados pelas mudanças climáticas, pelas ações nefastas de indústrias alimentícias que só pensam nos lucros, e não na real saúde humana. Aliás, a vida corrida tem gerado um fenômeno contemporâneo muitíssimo prejudicial às futuras gerações: a dependência de alimentos semiprontos ou prontos. É cada vez mais o hábito de consumir alimentos processados, que são riquíssimos em gordura, sal e açúcar. E tais substâncias viciam os consumidores. A OMS soou o alarme mundial sobre a obesidade mórbida. E tal obesidade vem crescendo a cada dia. A partir da década de 1930, nos EUA, os fast-foods passaram a ser a coqueluche consumista dos norte-americanos. No inícios do século XXI, os EUA

concentram a população mais obesa do mundo. Os gastos para os tratamentos são em ordens de bilhões de dólares. Os problemas se alastram na economia (PIB), pois menos trabalhadores, menos produção. No Brasil, 50 % (cinquenta por cento) dos brasileiros estão obesos, e a tendência é alcançar a obesidade mórbida. Seria, também, uma conduta de charlatanismo e curandeirismo das indústrias alimentícias que consagram seus produtos como verdadeiros promotores de saúde e vitalidade? Nas publicidades é fácil notar o apelo emotivo aos consumidores de que os alimentos fornecem vitaminas e sais minerais, além de energia, as necessidades orgânicas diária.

A quantidade de açúcar, gordura e sal, quando se analisam as quantidades de fibras, de vitaminas e sais minerais, não resta dúvida de que se trata de publicidades enganosas, consubstanciadas no charlatanismo e curandeirismo. Contudo, como a medicina não é uma ciência exata, a Justiça permite, dentro de uma razoabilidade, alguns prejuízos [efeitos colaterais] aos pacientes. Não obstante, a mesma Justiça que permite absolvições das industriais farmacêuticas, não pode, jamais, descuidar do preceito primordial: efeitos existem, mas não se pode permitir lançar no mercado medicamentos com slogan de “Cura tudo”. E as publicidades endereçando o poder de cura de medicamentos, cada vez mais, têm apelado para o “Cura tudo”.

Não muito diferente publicidades apelativas de “Corpo perfeito!” tem vitimado, principalmente, milhares de mulheres. Vítimas de persuasivas publicidades explorando o inconsciente coletivo, as tendências culturais e, principalmente, alimentação versus obesidade. Criou-se um endeusamento do “corpo perfeito”, ou seja, uma silhueta que se diz benéfica ao ser humano. E as perfeições vão desde corpus musculosos até anoréxicos. Alguns kg a mais denotam sedentarismo, desleixo com a própria saúde. Contudo, as causas à obesidade são várias, a começar pelos alimentos industrializados, pela escassez de tempo imposto pelo consumismo, mesmo que destrua a flora e a fauna, pelo agrotóxicos. Somando tudo isso, se tem uma histeria coletiva pelo corpo perfeito. E essa



histeria é insuflada pelas habilidosa publicidades de cirurgia plástica, suplementação alimentar.

Enfim, nunca se presenciou tantos atos de charlatanismo e curandeirismo na história humana. O pior de tudo, é que a Justiça não tem como diferenciar, contundentemente, o liame entre charlatanismo, curandeirismo e resultados reais.

## EXPLICITAÇÕES AO PROGRAMA ÁREAS PROTEGIDAS DA AMAZÔNIA (ARPA): SINGELO PAINEL AO DECRETO Nº 4.326/2002

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Inicialmente, cuida salientar que o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Quadra assinalar que a segunda parte do inciso I do §1º do artigo 225 da Constituição de 1988 traz à baila o manejo dos recursos naturais. Cuida reconhecer que o substantivo manejo, acompanhado do adjetivo ecológico, permitem o reconhecimento do caráter técnico-científico no trato dos recursos naturais.

**Palavras-chaves:** Meio Ambiente. Áreas Protegidas. Floresta Amazônica

**Sumário:** 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Explicitações ao Programa Áreas Protegidas da Amazônia (ARPA): Singelo Painel ao Decreto nº 4.326/2002.

---

## 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um

dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito é, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade,

contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de direito de terceira dimensão encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto

de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

## 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da

premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras [...] tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em

ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Desta feita, decorrente do fato supramencionado, produz efeito erga omnes, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subsiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda de exposição, quadra apontar que o direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Salta aos olhos que, com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, ergo, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se



diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

### **3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema**

No que concerne ao meio ambiente natural, cuida salientar que tal faceta é descrita como ambiente natural, também denominado de físico, o qual, em sua estrutura, agasalha os fatores abióticos e bióticos, considerados como recursos ambientais. Nesta esteira de raciocínio, oportunamente, cumpre registrar, a partir de um viés jurídico, a acepção do tema em destaque, o qual vem disciplinado pela Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000, que regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências, em seu artigo 2º, inciso IV, frisa que “recurso ambiental: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora”[16]. Nesta esteira, o termo fatores abióticos abriga a atmosfera, os elementos afetos à biosfera, as águas (inclusive aquelas que se encontram no mar territorial), pelo solo, pelo subsolo e pelos recursos minerais; já os fatores bióticos faz menção à fauna e à flora, como bem assinala Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes

valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em testilha. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação ou, ainda, quando conseguem, esta se dá de maneira lenta em razão dos aspectos estruturais e característicos daqueles, como se observa no petróleo e nos metais em geral. Por derradeiro, os denominados recursos inesgotáveis agasalham aqueles que são “infundáveis”, como a luz solar e o vento. Salta aos olhos, a partir das ponderações estruturadas, que os recursos naturais, independente da seara em que se encontrem agrupados, apresentam como elemento comum de caracterização o fato de serem criados originariamente pela natureza. Nesta linha, ainda, de dicção, cuida assinalar que o meio ambiente natural encontra respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput e §1º, incisos I, III e IV.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas [omissis]

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

Ora, como bem manifestou o Ministro Carlos Britto, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 3.540, “não se erige em área de proteção especial um espaço geográfico simplesmente a partir de sua vegetação, há outros elementos. Sabemos que fauna, flora, floresta, sítios arqueológicos concorrem para isso”[20]. Verifica-se, assim, que o espaço territorial especialmente protegido do direito constitucional ao meio ambiente hígido e equilibrado, em especial no que atina à estrutura e funções dos diversos e complexos ecossistemas. Nessa esteira de exposição, as denominadas “unidades de conservação”, neste aspecto de afirmação constitucional, enquanto instrumentos de preservação do meio ambiente natural, configuram áreas de maciço interesse ecológico que, em razão dos aspectos característicos naturais relevantes, recebem tratamento legal próprio, de maneira a reduzir a possibilidade de intervenções danosas ao meio ambiente.

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento a concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado algures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

#### **4 Explicitações ao Programa Áreas Protegidas da Amazônia (ARPA): Singelo Painel ao Decreto nº 4.326/2002**

Em uma primeira exposição, cuida apontar que o Decreto nº 4.326, de 08 de agosto de 2002, foi responsável por instituir, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Programa Áreas Protegidas da Amazônia - ARPA, a ser desenvolvido com recursos ordinários de programas daquele Ministério da mesma categoria de programação, com recursos oriundos de cooperação internacional internalizados pelo Programa Piloto para a Proteção de Florestas Tropicais do Brasil - PPG7, regulado pelo Decreto nº 2.119, de 13 de janeiro de 1997, e com recursos de doação internacional e nacional. O ARPA tem por finalidade expandir e consolidar a totalidade de áreas

protegidas no bioma Amazônia, de modo a assegurar a conservação da biodiversidade na região e contribuir para o seu desenvolvimento sustentável de forma descentralizada e participativa. O ARPA terá caráter estratégico e será executado em articulação com o PPG7.

São objetivos específicos do ARPA: (i) a criação de unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável na região amazônica; (ii) a consolidação das unidades de conservação de proteção integral; (iii) a manutenção das unidades de conservação de proteção integral e dos serviços de vigilância das unidades de conservação do uso sustentável (reservas extrativistas e reservas de uso sustentável); e (iv) a criação de mecanismos que garantam a sustentação financeira das unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável em longo prazo. O ARPA será dirigido pelo Comitê do Programa, que terá como membros necessários: I - o Secretário-Executivo do Ministério do Meio Ambiente, que o presidirá; II - os Secretários de Coordenação da Amazônia e de Biodiversidade e Florestas do Ministério do Meio Ambiente; III - o Presidente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; IV - um representante do Fórum Estadual de Secretários de Meio Ambiente da Amazônia; V - um representante da região amazônica, designado pela Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente - ANAMMA; VI - um representante dos doadores de recursos privados; e VII - um representante do Fundo Nacional de Biodiversidade - FUNBIO.

Na ausência do Secretário-Executivo do Ministério do Meio Ambiente, as reuniões do Comitê do Programa serão presididas pelo titular da Secretaria de Coordenação da Amazônia. O Ministro de Estado do Meio Ambiente poderá designar outros representantes da sociedade civil e do Governo Federal para integrar o Comitê do Programa, de modo a assegurar a paridade do colegiado. De acordo com a natureza dos assuntos em pauta, o Comitê do Programa poderá convidar outras pessoas de notável saber para participar das suas reuniões. Ao lado disso, a participação no Comitê do Programa não será remunerada, cabendo aos órgãos nele representados a prestação de apoio técnico e administrativo aos respectivos representantes. Ao Comitê do Programa compete, prioritariamente: I - deliberar sobre o planejamento estratégico do ARPA, estabelecendo procedimentos, diretrizes e critérios para a formalização de convênios e contratos nele previstos; II - acompanhar e avaliar as atividades do ARPA; III - articular a participação dos órgãos governamentais e dos governos estaduais da Amazônia no ARPA; IV - analisar e emitir pareceres sobre os relatórios de desempenho técnico-financeiro; V - analisar e aprovar o Plano Operativo Anual do ARPA.

## Referência:

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/caatinga>>. Acesso em 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Disponível em: <[www.trf2.jus.br](http://www.trf2.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

#### NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. Jurid Publicações Eletrônicas, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio.

Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação

e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução N° 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da



solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

[16] BRASIL. Lei Nº. 9.985, de 18 de Julho de 2000. Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

[18] REBELLO FILHO, Wanderley; BERNARDO, Christianne. Guia prático de direito ambiental. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1998, p. 19.

[19] BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 jul. 2015.

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225, § 1º, III) - Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegetação em área de preservação permanente - Possibilidade de a administração pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial - Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) - Colisão de direitos fundamentais - Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional

explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada - Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da

generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº 2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 jul. 2015.

**Universidade Anhanguera-Uniderp**  
**Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**DANO MORAL E JUSTIÇA DO TRABALHO.**

**MARIA FERNANDA PACI**

ANDRADINA/SP  
2009

**MARIA FERNANDA PACI**

**DANO MORAL E JUSTIÇA DO TRABALHO.**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito e Processo do Trabalho.

**Universidade Anhanguera-Uniderp  
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**

**ANDRADINA/SP  
2009**

## **DEDICATÓRIA**

Primeiramente agradeço a Deus e dedico este trabalho à minha querida família, em especial aos meus pais que ao longo desses anos apoiou-me e entendeu a minha ausência, bem como ao meu amor Murilo Hirata Shimada, meu maior incentivador.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a DEUS por ter me orientado em todos os momentos, e me mostrado a luz quando muitas vezes pensei em desistir.

Por fim agradeço a todos que direta ou indiretamente me ajudaram na realização desse trabalho.

## RESUMO

O trabalho ora elaborado trata-se de um sucinto levantamento acerca da nova competência da justiça do trabalho, mas precisamente no tocante a sua capacidade para julgar o dano moral e averiguar os reflexos que isso tem na relação de emprego.

De uma forma concisa discorreremos sobre o dano moral, buscando conceituar esse fenômeno e para tanto trazemos em nosso apoio lições de renomados juristas. Também falaremos sobre as formas de definição encontradas no ordenamento jurídico atual.

Nosso objetivo maior, como ficará demonstrado neste, é enfrentar o problema da fixação da competência territorial trabalhista, para julgamento de ação indenizatória proveniente de ofensa à moral ocorrida durante o liame laboral.

**Palavras-chave:** Justiça do Trabalho; Dano Moral; Competência; Princípios; Aplicabilidade, Sociedade.



## ABSTRACT

The work now prepared it is a short survey about the new competence of the labor courts, but precisely in regard to their ability to judge the moral damage and determine the consequences this has on the employment relationship.

In a concise manner we carry on about the moral, seeking to conceptualize this phenomenon and for that we bring in our support lessons from renowned jurists. We'll also talk about ways of definition found in the current law.

Our main goal, as will be demonstrated in this, is to face the problem of fixing the labor jurisdiction for judgment of indemnity lawsuit from offense to moral occurred during working bond.

**Keywords:** Work justice; Moral damage; competence; principles; Applicability Society.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
CAPÍTULO 1	
CONCEITO DE DANO MORAL .....	11
1.1. Conceito negativo ou excludente .....	11
1.2. Dano moral com dor ou alteração negativa do estado anímico e psicológico da pessoa .....	13
1.2.1. Dano moral com lesão a determinada categoria de direitos.....	14
CAPÍTULO 2.	
DANO MORAL E DIREITO DO TRABALHO.....	16
2.1. O direito do trabalho e a tutela dos direitos personalíssimos .....	20
CAPÍTULO 3.	
CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA.....	22
3.1. Competência material e o art. 114 da CF.....	23
3.2. Posição do STF sobre a competência material da justiça do trabalho .....	26
3.3. Competência da Justiça do Trabalho para julgar o dano moral .....	27
3.4. Hipóteses que configuram a ocorrência de dano oral trabalhista .....	29
3.4.1. Fase pré-contratual.....	29
3.4.2. Fase contratual.....	32
3.4.3. Fase da extinção do contrato de trabalho.....	36
CAPÍTULO 4.	
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO.....	39
CAPITULO 5.	
FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA .....	41
5.1. Pecuniária.....	41
5.1.1. Formas de quantificação.....	42
5.2. In natura.....	44
5.3. Atestatória.....	45
CAPÍTULO 6.	
DA PRESCRIÇÃO.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

## INTRODUÇÃO

Antes de tudo se deve falar que o tema ora debatido é de longe um dos mais controversos e discutidos no atual sistema jurídico brasileiro, especialmente no que envolve competência da justiça trabalhista.

Sendo assim, é sabido que discorrer sobre danos morais na Justiça do Trabalho é um palimpsesto, sobre o qual se escreve e se volta a escrever. Muitas dúvidas e incertezas insistem e persistem. O assunto em tela ainda está mais para a polêmica do que para a prática da relação de emprego e pacificação jurisprudencial.

O texto percorrerá um itinerário lógico, atendo-se a temas e institutos necessários para o convencimento da tese defendida, e pincelará conceitos e classificações relevantes para um entendimento lógico e estrutural do tema.

Dessa forma, este trabalho tem a finalidade de abordar a nova competência da justiça do trabalho, mas precisamente no tocante a sua capacidade para julgar o dano moral e averiguar os reflexos que isso tem na relação de emprego.

De uma forma concisa discorreremos sobre o dano moral, buscando conceituar esse fenômeno e para tanto trazemos em nosso apoio lições de renomados juristas. Também falaremos sobre as formas de definição encontradas no ordenamento jurídico atual.

Nosso objetivo maior, como ficará demonstrado neste, é enfrentar o problema da fixação da competência territorial trabalhista, para julgamento de ação indenizatória proveniente de ofensa à moral ocorrida durante o liame laboral.

Para isto argumentamos de um modo mais incisivo sobre a prevalência da justiça do trabalho no julgamento do dano moral que envolva estritamente a relação empregatícia.

Ademais é indubitável que nas relações de trabalho o direito à reparação do dano moral encontra solo fértil. E são muitas as razões.

Urge salientar também que não é difícil vislumbrar-se uma ofensa à honra ou à dignidade do trabalhador empregado, pois a CF assegura a todas as pessoas a sua dignidade e os valores sociais do trabalho. Porém há de se falar também que a mesma

ofensa pode ocorrer à pessoa do empregador. E ocorre, ainda que não seja comum ações que tramitam na Justiça do Trabalho em que o autor é o empregador e não o empregado.

Não se pode olvidar que o trabalho é o fator por excelência de todo o sistema produtivo, é a mola - mestra que impulsiona a sociedade, e, por isso, foi inserta no art. 170 da Constituição Federal, que estabelece a valorização do trabalho humano na ordem econômica da sociedade.

É claro que este estudo não procura esgotar o tema, tampouco delimitar pormenorizadamente os seus aspectos incontroversos. A expectativa a respeito é que a presente obra se preste a incentivar a promoção de propostas mais completas e originais, capazes de possibilitar, de vez, a solução de tão relevante matéria.

# Capítulo I

CONCEITO DE DANO MORAL

## 1. CONCEITOS DE DANO MORAL.

Inicialmente necessário se faz uma breve conceituação acerca do Dano Moral. A tese da admissibilidade do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro se enraizou com o advento da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu o reconhecimento do direito de personalidade. Assim, a existência do direito à indenização por dano moral é, hoje, inquestionável, o mesmo, porém, não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão. Este é um dos temas mais polêmicos, dada a sua complexidade.

Grandes dúvidas surgiram a respeito, até mesmo com o advento da Constituição Federal, doutrinadores e judiciário caminhavam em direções opostas, sendo que para alguns doutrinadores pátrios a admissibilidade do dano moral está consumada e, para outros, tal hipótese não era admitida. Da mesma forma ocorria com o poder judiciário, pois em alguns tribunais o dano moral era reconhecido, enquanto em outros, ignorado.

A doutrina se divide entre os que identificam o dano moral com a “dor”, em sentido amplo ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo –, e os que veem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica.

### 1.1. Conceito negativo ou excludente.

A doutrina comumente define o dano moral sob a forma negativa, em contraposição ao dano material ou patrimonial. Procura-se, desse modo, conceituar o dano moral por exclusão.

Veremos a seguir como a doutrina francesa define dano moral e a sua amplitude.

Dessa forma, Mazeaud e Tunc indicavam expressamente que “o dano moral é o que não atinge de modo algum ao patrimônio e causa tão só uma dor moral à vítima”.<sup>1</sup>

Savatier definia o dano moral como: “todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária”.<sup>2</sup>

Já na doutrina brasileira é comum encontrar a definição negativa. Como podemos vislumbrar nas palavras do ilustre mestre Pontes de Miranda:

“Dano Patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>MAZEAUD, Henry y Leon; TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil.

<sup>2</sup>SAVATIER, René. Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français. 1951. Tomo II, nº 525, p. 92.

<sup>3</sup>MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 1959. Tomo XXVI, p. 30.

Temos também o conceito adotado pelo ilustre Agostinho Alvim adotou na qual se sintetiza em dizer que: “Dano moral ou não patrimonial é o dano causado injustamente a outrem, que não atinja ou diminua o seu patrimônio.”<sup>4</sup>

Desse modo tal definição de dano moral não contribui e nada para entender o seu real significado, uma vez que, tão somente se preocupa em ratificar o seu caráter não patrimonial, ou seja, corresponde a uma ideia negativa (ao referir por exclusão que os danos morais são os que não podem considerar-se patrimoniais).

Assim, pode-se notar que a esta corrente sustenta não haver como indenizar em pecúnia o sofrimento e a dor moral, não possibilitando à vítima, pleitear reparação econômica por dano causado a um bem jurídico de valor imensurável, classificando como imoral a ideia de reparação, por deixar de lado a sensibilidade, que do ponto de vista, ficaria à mercê de valor monetário.

## **1.2. Dano moral como dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico da pessoa.**

Nesta definição procura-se vislumbrar realmente o estado psicológico, espiritual da pessoa, a suas expectativas, dores e sofrimentos que emergem do seu ego, da sua honradez, personalidade e caráter. Identifica-se, assim, o dano moral com a dor, em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também os sentimentos negativos, como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação. É a dor moral ou o sofrimento do indivíduo.

Defende Jorge Bustamante Alsina que:

“Pode-se definir o dano moral como a lesão aos sentimentos que determina dor ou sofrimentos físicos, inquietação espiritual, ou agravo às afeições legítimas e, em geral, a toda classe de padecimentos insuscetíveis de apreciação pecuniária”.

<sup>5</sup>

Silvio Rodrigues denomina dano moral como: “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem.”<sup>6</sup>

Leciona o douto Carlos Alberto Bittar, que os danos morais:

“se traduzem em perturbações de ânimo, sendo em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. 1949, nº 157, p. 195.

<sup>5</sup> ALSINA, Jorge Bustamante. Teoria General de La Responsabilidad Civil. 1993, p. 97.

<sup>6</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 1989. Vol. 4, p. 206.

<sup>7</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por Danos Morais. 1994, p. 31.

Aguiar Dias, reproduzindo lição de Minozzi, observa que para caracterizar o dano moral impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que:

“... não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”.<sup>8</sup>

Como se vê nesta segunda corrente leva-se em conta não só o simples fato de conceituar o dano moral como um simples “não dano patrimonial, mas sim o sentimento de dor, angústia e vergonha que o indivíduo passa no seu amago.

Assim, tais estados psicológicos, constituem não o dano em si, mas sua consequência ou repercussão. Confunde-se o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são vistos como um só fenômeno. Mas o dano não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou na alma da vítima.

### **1.2.1 Dano moral como lesão a determinada categoria de direitos.**

As mudanças no estado de alma do lesado, decorrente do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano. Assim, o dano moral, é caracterizado pela ofensa a uma dada categoria de interesses ou direitos – os quais, comumente, provocam as consequências, os efeitos ou os resultados que se confunde com o próprio dano.

Impõe-se, portanto, necessário identificar que interesses ou direitos são esses cuja violação dá ensejo à reparação moral.

Sendo assim, o direito que enseja a reparação por dano moral seria o direito a personalidade. A noção de dano moral como lesão a direito da personalidade é difundida por grande parte da doutrina. Para o Professor Sergio Cavalieri Filho:

“o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.”<sup>9</sup> .

Temos assim que além de seu patrimônio material, o indivíduo é titular de direitos que integram sua personalidade, sendo estes direitos relacionados à sua liberdade, sua honra, sua vida, integridade física e psíquica, não podendo ser impunemente atingidos sem

<sup>8</sup> AGUIAR DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. 1987. Vol. II, p. 852.

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 1998, p. 74.



a reparação.

Crítica também sofre essa denominação, porém já está enraizada em nossa tradição a expressão dano moral, que é empregada pela nossa Constituição e por diversos diplomas legais (em especial pelo Código Civil). É também, uma expressão disseminada, nos países de tradição romano-germânica. Na França, *dommage moral* ou *préjudice moral*; na Espanha, *daño moral*; na Itália, *danno morale*.

Por este motivo entende e defende tal corrente a tese de que o lesado ao pleitear a indenização, não está comercializando sua dor, mas sim, na condição de titular do direito, utilizando-se da faculdade da reparação, para compensar a perda do bem juridicamente tutelado.

# Capítulo II

DANO MORAL E DIREITO DO TRABALHO.

## 2. DANO MORAL E DIREITO DO TRABALHO.

O dano moral no direito do trabalho não é algo novo, ou de pouca expressividade, visto que enquanto se discutia no direito comum a possibilidade de reparação econômica do dano exclusivamente moral, a Consolidação das Leis do Trabalho, desde a sua promulgação, já contemplava o dano moral e a sua reparação pelo empregado ou pelo empregador, em decorrência da ruptura do contrato de trabalho pela prática de ato lesivo da honra ou da boa fama (artigos 482, letras j e k, e 483, letra e), mediante o pagamento ou desoneração de pagamento das indenizações correspondentes ao distrato do pacto laboral motivado por essa justa causa.

Porém, se formos pesquisar, os verbetes dos índices alfabéticos remissivos dos livros de Direito do Trabalho, dificilmente encontraremos relacionada à expressão "dano moral".

Por que dificilmente isto ocorre?

Porque essa matéria só passou a adquirir relevância a partir da Constituição de 5 de outubro de 1988, em face do registro feito nos incisos V e X de seu artigo 5º, que enumerou, entre os direitos e garantias fundamentais:

"o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e declarou serem invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".<sup>10</sup>

Anteriormente, vinculava-se a enunciação ato lesivo da honra e da boa fama, ao capitulado no Código Penal de 1940, que configura como delitos a calúnia, a difamação e a injúria (artigos 138, 139 e 140).

Hodiernamente, faz-se a ligação com a Carta Magna, porque é mais atual falar-se em, sim, Direitos da Personalidade, originando-se daí toda a problemática sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer de processos sobre indenização de dano moral e sobre critérios para fixar o valor da indenização, no caso de acolhimento do pedido.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias tinham a concepção de que apenas em relação aos bens materiais, porque estes poderiam ser efetivamente avaliáveis, o dano era determinável e suscetível de ressarcimento. Essa noção persistiu mesmo diante da amplitude do art. 159 do Código Civil pátrio, que comporta qualquer modalidade de dano.

---

10 Mini Códigos RT, 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais. 2007.

As poucas decisões que acolhiam a reparabilidade do dano moral o faziam devido a sua repercussão econômica e não a sua dimensão moral por si só. Acabava-se indenizando o dano moral que também refletia no patrimônio do lesado, quando na verdade dever-se-ia indenizar pela violação de um bem jurídico tutelado sem repercussão patrimonial, por isso, deve-se provar a relação entre o ato ilícito e o lesionamento íntimo, independentemente de afetação econômica.

Mas, houve uma mudança significativa a respeito de tal problemática e, hoje, no Direito positivo brasileiro, podemos encontrar a reparação do dano moral protegido pela seguinte legislação:

- Constituição Federal, art. 5º, V e X;
- Código Civil Brasileiro, arts. 159, 1.537, 1.538, 1.547, 1.548, 1.550;
- Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VII;
- Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 17; entre tantos outros diplomas legais.

Contudo, convém destacar que se em algum do Direito o conceito de dano moral pode ter alguma aplicação é precisamente no campo do Direito do Trabalho. A razão está na subordinação a que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito.

A posição doutrinária ressalta, portanto, o caráter patrimonial decorrente do contrato de emprego, sendo uma relação que não esgota a riqueza do contrato, por não se resumir apenas ao pagamento do salário, mediante a contraprestação do trabalho. Uma das principais funções das normas laborais está em assegurar o direito à dignidade das partes envolvidas na tão difícil relação, empregado/empregador.

Assim, nas condições privadas, na maioria das vezes, existe um jogo de valores econômicos e, como exceção, podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, de forma indireta, fazendo com que os trabalhadores arrisquem seus bens pessoais.

O trabalhador tem o dever de cumprir pessoalmente a principal prestação ao seu cargo, incorporando-se a uma organização alheia, tendo por obrigação realizar suas tarefas em lugares e condições determinadas, submetendo-se às faculdades de direção e disciplina, reconhecidas por Lei ao empregador. Pode-se dizer, que os atores destes incidentes jurídicos, na maioria das vezes, são os empregados (pessoas físicas que prestam serviços de natureza não eventual ao empregador, sob dependência deste, mediante salário, de acordo com o artigo 3º da CLT) e o empregador, representando a empresa, a qual assume os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços, também nos termos do art. 2º da CLT.

Este conceito existe desde a Revolução Industrial, onde os trabalhadores exerciam suas funções em condições subumanas, até a atualidade. Desde aquele tempo, muito se tem conquistado, no que se refere às considerações sobre relações de trabalho, principalmente no tocante à dignidade do trabalhador, por ficar num patamar de inferioridade, expondo-se a qualquer tipo de atitude, capaz de ferir o seu moral, com repercussões até mesmo irreparáveis.

Neste sentido, há entendimentos que existe uma grande possibilidade das pessoas, por vontade própria ou não, causarem prejuízos umas às outras. Assim, a relação humana e jurídica existente entre empregado e empregador, não está ileso destas contingências, que se caracterizam na prática de atos ilícitos. O problema está no fato da relação de emprego possuir disciplina jurídica, correspondente à relação de emprego, ou seja, troca de trabalho versus remuneração, estando excluídos da órbita do Direito Civil, uma vez que a demanda está relacionada a prática de atos ou fatos de natureza civil, na específica situação de empregado e empregador.

A responsabilidade civil estabelece as diretrizes relacionadas à obrigação de reparar danos causados à outra pessoa, em decorrência de um ato ilícito, representativo de um dever geral de conduta ou por descumprimento de uma obrigação contratual. Neste sentido, há dano moral, quando um indivíduo expõe outro a uma situação vexatória e de desequilíbrio, tanto psíquico, quanto mental.

O dano moral trabalhista se estabelece em uma via de mão dupla, podendo ocorrer em ambas às direções, isto é, a responsabilidade pelo dano pode ser originada pelo empregador como, também, pelo empregado.

A relação capital-trabalho evidencia outro tipo de realidade, em que estão perpetradas de atos equivocados, configuradores do dano moral trabalhista, motivadas por ações de empregador contra empregado, devido a uma gigantesca inferioridade econômica, cultural e de subordinação.

Os princípios que norteiam a teoria da responsabilidade são extensivos também ao Direito do Trabalho, isto porque a proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão, cabendo reparação ao dano moral trabalhista, caso este venha ocorrer.

Desse modo, o Contrato de Trabalho firmado entre as partes, deve estabelecer sempre, direito e obrigações aos valores personalíssimos e morais. Havendo qualquer ofensa a tais direitos, culmina na autorização da rescisão contratual pelo empregado e

empregador, sob o pálio dos artigos 482 e 483 da CLT, como também a postulação de Indenização Patrimonial e Moral cabível.

Portanto, pode-se concluir que, o trabalhador é realmente a parte mais fraca na relação de emprego, sendo por isso, submetido, em muitos casos, a suportar determinadas ordens, que além de lhe magoar, denigre sua imagem perante seus colegas de trabalho.

Entretanto, vale lembrar que o dano moral pode ser praticado, tanto pelo empregador, como pelo empregado, existindo fatos de ocorrência frequente na relação empregado/empregador que são ensejadoras de reparação por danos morais, podendo ser citados, como exemplos, os casos:

Publicação do nome do empregado em jornais ou outro órgão de imprensa, por abandono de emprego. Esta é uma prática reprimível, haja vista que, o empregador detém todos os dados pessoais de seu empregado e, por isso, poderia fazê-lo via correio, sem tornar público à relação que os envolve. Seu procedimento expõe publicamente o nome do empregado e, dependendo da abrangência do veículo de comunicação utilizado, o nome daquele, poderá ser divulgado de forma negativa, podendo lhe causar grandes prejuízos.

**Assédio Sexual:** Também é um dos grandes problemas que afetam a convivência entre ambose assola atualmente a relação trabalhista. Quando ocorrido no local de trabalho, pressupõe-se uma insinuação ou uma intimidação, por parte de um superior contra um subordinado, com o intuito de utilizar-se deste poder para obtenção de vantagens.

De acordo com a OIT, o conceito de assédio sexual, pode ser entendido como “insinuações, contatos físicos forçados, convites ou pedidos intermitentes”, apresentando pelo menos uma destas características: “ser claramente uma condição para dar ou manter o emprego; influenciar em promoções ou na carreira do assediado, ou então, prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima.”

**Acidente de Trabalho:** Fato no qual o trabalhador venha a sofrer lesões físicas de toda ordem, principalmente nos casos em que ocorrer deformação física irreversível. A dificuldade enfrentada pelo trabalhador está na resistência do empregador em fornecer ao acidentado a ficha de acidente, burlando a legislação e assim, evitando que o trabalhador se beneficie da estabilidade.

## **2.1. O direito do trabalho e a tutela dos direitos personalíssimos.**

A partir da demonstração das várias peculiaridades com relação ao dano moral trabalhista, em face de preceitos constitucionais, a orientação com base nos estudos de Jorge Pinheiro Castelo é particularmente contundente na exposição acerca da vocação

ontológica do Direito Trabalhista para a proteção de direitos pessoais ligados à dignidade do trabalhador, da vinculação do Direito Trabalhista à tutela do Direito Personalíssimo, fazendo análise histórica, considerando a origem do Direito Trabalhista, sua estrutura e sua finalidade, voltada à defesa da dignidade dos trabalhadores.

Temos que O Direito do Trabalho, social, nasceu com o destino de minimizar as injustiças perpetradas pela força do capital sobre a pessoa do trabalhador. Ora, se esse Direito ampara até mesmo o menor prejuízo financeiro sofrido pelo empregado, como deixaria fora de seu resguardo às lesões que esse mesmo empregado pode sofrer nos atributos de sua personalidade (em sua honra, boa fama, integridade física, espiritual) em virtude de ato ilícito praticado pelo empregador no contexto da relação trabalhista?

A justiça do Trabalho tem julga todos os tipos de lides trabalhistas, incluindo-se nesse rol as lesões aos direitos personalíssimos do empregado (infelizmente corriqueiras) e eventualmente do empregador, com vistas a manter a harmonia e o respeito entre as partes contratantes, sobretudo se levarmos em conta as diretrizes traçadas pela Lei Maior que estatui como pilares do nosso Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana” e os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, e como fundamento da nossa ordem econômica a valorização do trabalho humano.

Essa afinidade finalística do Direito do Trabalho seria um dos elementos justificadores da atração do tema do dano moral para sua esfera.

A Proteção à dignidade do trabalhador inscreve-se e faz parte do conteúdo necessário do contrato de trabalho, integra-o como as outras múltiplas restrições ao exercício da autonomia contratual.

Nessa linha de raciocínio defendemos a tese de que a única proteção adequada aos direitos personalíssimos ocorre no âmbito do Direito e, por consequência, da Justiça do Trabalho.

Ora, se a proteção aos direitos personalíssimos do trabalhador não só integra como, mais do que isso, constituem a base e o fundamento do Direito do Trabalho e cláusula tácita de todo e qualquer contrato de trabalho, como poderíamos excluir da apreciação da Justiça Trabalhista a lesão aos mesmos, caracterizadora do dano moral.

Forçoso reconhecer, como integrante do Direito do Trabalho, o dano moral oriundo da relação trabalhista e, por via de consequência, a competência da Justiça Trabalhista para dele conhecer e julgar.

# Capítulo III

CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA



## CONSIDERAÇÕES SOBRE COMPETÊNCIA.

O tema de dano moral na justiça trabalhista já gerou várias celeumas e interrogações. Em decorrência disto se faz mister elucidar alguns pontos acerca da Competência. É o que veremos então. A jurisdição é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, literalmente "dizendo o direito", de forma a assegurar a ordem jurídica e proteger os interesses tutelados pela lei.

O fato de ser uma função do Estado faz com que a jurisdição seja exercida em todo o território nacional.

Decorre que jurisdição é a função estatal de resolver conflitos de interesses concorrentes, assegurando a ordem jurídica e proteção dos interesses tutelados pela lei. Esta é una e indivisível e por isso, monopolizada pelo Estado, sendo necessária sua distribuição, para uma melhor administração da Justiça, evitando a insegurança Jurídica.

Conforme ensinam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, no Brasil:

"A distribuição da competência é feita em diversos níveis jurídico-positivos, assim considerados: a) na Constituição Federal, especialmente a determinação da competência de cada uma das Justiças e dos Tribunais Superiores da União; b) na lei federal (Código de Processo Civil, Código de Processo Penal etc.), principalmente as regras sobre o foro competente (comarcas); c) nas Constituições estaduais, a competência originária dos tribunais locais; d) nas leis de organização judiciária, as regras sobre competência de juízo (varas especializadas etc.). Essa é uma indicação meramente aproximativa. No estudo da competência em direito processual civil, penal, trabalhista etc., é que se identificam com precisão as regras com que o direito positivo disciplina a competência. As normas gerais sobre esta encontram-se nos Códigos de Processo Penal e de Processo Civil."<sup>11</sup>

Sobre os critérios determinantes da competência, vale lembrar que eles se dividem em:

- **Critério Objetivo** está relacionado com os elementos da causa (sujeito, causa de pedir e pedido). Sendo em razão da pessoa, razão da matéria e em razão do valor da causa. De todos os critérios objetivos, o mais importante para o Direito do Trabalho é o critério material.

A competência material, *ratione materiare*, decorre da natureza Jurídica da questão controvertida, sendo esta fixada pelo pedido e pela causa de pedir. Se o conteúdo que

<sup>11</sup> Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pellegrini, & Dinamarco, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993, p. 195.

fundamenta o pedido decorrer da relação de emprego, a competência será da Justiça Trabalhista.

- **Critério Funcional**, a competência é obtida tendo em vista as diversificadas funções que o juiz é, sim, chamado a exercer no processo (órgão julgador de 1ª instância, órgão revisor, etc).

- **Critério Territorial**, que se refere à associação de um elemento vinculado em lei, para a atuação de cada Órgão Jurisdicional.

### 3.1. Competência material e o art. 114 da CF.

O art. 114 da Constituição Federal estipula que:

“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre os trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do distrito Federal, dos Estados e da união e, na forma da Lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.<sup>12</sup>

Fazendo uma análise cuidadosa do artigo citado da vigente Carta Magna concluímos que, definitivamente, 03 (três) são as regras constitucionais de competência material da Justiça do Trabalho, que podem ser assim sistematizados:

- a) Competência material natural ou específica;
- b) Competência material decorrente;
- c) Competência material executória.

A competência material específica nada mais é do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, é a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos a todo esse título (ou seja, com essa qualificação jurídica), numa relação jurídica de emprego.

Destarte, inexistente a necessidade de autorização legal, para que venha a ser confiada à solução de uma lide ao Judiciário Trabalhista, pois a previsão constitucional basta por si mesma.

<sup>12</sup> Mini Códigos RT, 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais. 2007.

Assim, pouco importa o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo-se relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre outras). Basta estar-se diante de relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho, independentemente de lei.

A Competência Material Decorrente é o cerne de toda a discussão em torno da competência da Justiça do Trabalho, para reparar o dano moral, esta teoria é entendida da seguinte maneira: para solucionar controvérsias decorrentes de outras relações jurídicas diversas das relações de emprego, a Justiça do Trabalho só será competente se presentes dois requisitos: a expressa previsão de uma lei atributiva dessa competência e se a relação jurídica derivar de uma relação de trabalho.

Esse princípio encontra fundamento na parte final do art. 114 da Constituição da República, que, depois de situar, na esfera da competência da Justiça do Trabalho, os dissídios entre empregados e empregadores, o faz, também, na forma da lei, para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A correta interpretação desse segundo princípio nos leva à conclusão que visa o mesmo à previsão de possibilidade de competência da Justiça do Trabalho para controvérsias trabalhistas entre sujeitos que não se enquadrem na qualificação jurídica de "trabalhadores" e/ou "empregadores".

Observe-se, porém, que não estamos a afirmar que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho pode ser decidida pelo Judiciário Trabalhista.

O que inferimos da regra constitucional é que é possível a existência de competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides de outros sujeitos distintos dos previstos na sua regra de competência material natural, desde que haja lei específica que preveja tal hipótese.

Já o Princípio da Competência Executória das próprias sentenças, é uma consequência natural da atuação estatal na jurisdição trabalhista.

Nas brilhantes palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, abre-se, aqui:

"uma perspectiva larga, sabendo-se que, na execução de sentenças, a Justiça do Trabalho vê-se diante de questões que envolvem a aplicação do Direito Comercial, Civil, Administrativo, e outros setores do Direito positivo, porque da penhora de bens pode resultar inúmeras questões de natureza patrimonial. A penhora é o momento em que, diante da atuação da lei no mundo físico, surgem problemas sobre as condições em que se encontram os bens penhorados, alguns onerados com hipoteca, penhor, alienação fiduciária, responsabilidade dos sócios, sucessão, arrematação, adjudicação, remição etc., questões que o Juiz do Trabalho terá de

resolver, e para as quais é competente para executar as sentenças da Justiça do Trabalho."<sup>13</sup>

Assim, quando o art. 114 da CF./88 se refere à competência para julgar, "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho", não está se referindo a controvérsias não previstas nas normas trabalhistas entre empregadores e empregados, mas sim a litígios em que figurem, em um ou nos dois polos da relação, sujeitos distintos das figuras citadas, mas que a controvérsia seja decorrente de uma relação de trabalho.

Isso porque, consoante já foi explicitado, a lide entre empregadores e trabalhadores, enquanto tal deve ser sempre da Justiça do Trabalho, o que não se pode afirmar em relação a litígios regulados pelo Direito do Trabalho, mas entre outros tipos de pessoas, sendo necessária, por isso, a promulgação de uma lei específica atribuidora de competência.

Um bom exemplo disso é a recente Lei 8.984/95, que, em seu art. 1º, declara: "Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador."

Outra hipótese é o permissivo do art. 652, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere competência às Juntas de Conciliação e Julgamento para "os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice". Nesses casos, não se vai, de forma alguma, conferir direitos trabalhistas aos sujeitos da lide, haja vista que não estão numa relação de emprego, mas sim tão somente vai se apurar o conteúdo civil da contratação, notadamente a remuneração acertada. Se não houvesse essa previsão, a competência fatalmente seria da Justiça comum estadual, tendo em vista que os litigantes não seriam empregadores e empregados.

### **3.2. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a competência material da justiça do trabalho.**

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, interpretou o art. 114 da Constituição Federal de 1988 no sentido que ora defendemos, sustentando que ainda que o mérito da questão envolva normas de Direito Civil, a competência deve ser da Justiça do Trabalho, caso a controvérsia seja decorrente da relação de emprego.

---

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Amauri, Curso de Direito Processual do Trabalho. 16ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 100/101).

A ementa da decisão tem por teor:

*"EMENTA - Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho.*

*1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.*

*2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho." (Ac. STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 - Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.5.90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22.2.91, p. 1259).*

Comentando tal decisão, observa Valdir Florindo:

que não há, nem deve haver "dúvidas que o presente Acórdão representa a posição daquela Corte quanto a real competência da Justiça Laboral, não permitindo que as questões que advêm da relação de emprego sejam entregues à outra justiça, senão à Trabalhista.

Absurdo seria imaginar que no decorrer do conflito trabalhista, uma questão de ordem civil fosse destinada à Justiça Comum. Não nos parece correto do ponto de vista lógico-jurídico. Penso que o objetivo é concentrar todo o conflito trabalhista numa só esfera judiciária, permitindo a solução de forma única e mais completa do dissídio, no caso da Justiça do Trabalho."<sup>14</sup>

Temos então que a competência material da Justiça do Trabalho é a qualidade jurídica ostentada pelos sujeitos do conflito intersubjetivo de interesses: empregado e empregador.

Consequentemente a circunstância de o pedido alicerçar-se em norma do Direito Civil, em si e por si, não tem o condão de afastar a competência da Justiça do Trabalho se a lide assenta na relação de emprego, ou dela decorre.

### **3.3. Competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral.**

Inicialmente, quando se fala em competência da justiça do trabalho para julgar o dano moral não se pode esquecer que o direito contratual do trabalho se destaca com o direito civil, existe, assim, uma zona cinzenta que dificulta o reconhecimento da própria

<sup>14</sup> FLORINDO, Valdir, Dano Moral e o Direito do Trabalho, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p. 94/95.

competência entre a Justiça Comum e a do Trabalho, nos casos em que se discute dano moral praticado por trabalhador ou pelo tomador dos seus serviços.

Sendo assim, o que necessita ser feito é a análise do dano moral ocorrido para constatar se a competência é ou não da Justiça do Trabalho.

Se a lesão é intentada contra a pessoa, enquanto cidadão, a competência será, inquestionavelmente, da Justiça Comum. Se, de outra forma, o dano é praticado contra a pessoa, enquanto empregado ou empregador, sendo, portanto, decorrente do contrato de trabalho, a competência será da Justiça laboral.

Dessa forma, para o dano moral ser da competência da Justiça do Trabalho, não é necessário a promulgação de uma lei específica aferidora de competência. Pois a expressão "na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" diz respeito não à matéria, mas sim aos sujeitos da relação, que, obviamente, também deve ser oriunda de relações de trabalho.

Na acertadíssima opinião de Jorge Pinheiro Castelo, o

"direito civil e a Justiça Comum não têm condições de apreciar o dano moral trabalhista, visto que inadequados a dar conta e compreender a estrutura da relação jurídica trabalhista, bem como um dano moral que é agravado pelo estado de subordinação de uma das partes, já que estruturados na concepção da igualdade das partes na relação jurídica. O dano moral trabalhista tem como característica uma situação que o distingue absolutamente do dano moral civil, e que inclusive o agrava, qual seja, uma das partes encontra-se em estado de subordinação. Só o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho se mostram adequados a dar conta e compreender as razões específicas da tutela do direito moral atribuídas ao trabalhador subordinado."<sup>15</sup>

Temos, então que a afinidade finalística do Direito do Trabalho – manter a honra, a harmonia e o respeito entre as partes contratantes – é um dos elementos justificadores para a atração do Dano Moral à sua esfera, uma vez que a proteção do trabalhador faz parte do conteúdo necessário ao contrato de trabalho e se integra como as outras múltiplas restrições do exercício da autonomia contratual.

Assim, o dano moral trabalhista se distingue absolutamente do dano moral civil, por que uma das partes encontra-se em estado de subordinação. Só o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho se mostram adequados a dar conta e compreender as razões específicas da tutela do direito moral atribuídas ao trabalhador subordinado.

<sup>15</sup> Castelo, Jorge Pinheiro, "Dano Moral Trabalhista. Competência" in "Trabalho & Doutrina", nº 10, São Paulo, Editora Saraiva, setembro/1996, p. 39.

Ainda nos valendo da "communis opinio doctorum", registra Carlos Alberto Bittar, uma das maiores autoridade brasileiras em responsabilidade civil, que

"realiza-se, assim, em sua plenitude, a satisfação dos interesses lesados em um só processo, como o manda um sistema coerente de distribuição de justiça."<sup>16</sup>

Conclui-se que os princípios sobre a responsabilidade, são de aplicação a todo o campo do direito, donde resulta que se estendem ao Direito do Trabalho. A proteção da personalidade do trabalhador é um dos deveres do empregador, compreendido no de previsão e, conseqüentemente, cabe a reparação do dano moral trabalhista, já consagrada pela jurisprudência. Assim, não há como não deixar de reconhecer que as disposições constitucionais sobre a reparação do Dano Moral têm aplicação no Direito do Trabalho, não se excetuando.

Vale mencionar, que as normas do Código Civil acerca da responsabilidade civil, são aplicáveis subsidiariamente no referido Direito Especial, pelo fato e não serem incompatíveis e, no caso de existir uma lacuna da Legislação Trabalhista.

### **3.4. Hipóteses que configuraram a ocorrência de dano moral trabalhista.**

Com relação à constituição sistemática da relação de trabalho, entende-se que esta pode ser dividida em 3 fases distintas: Fase Pré Contratual, Fase da Execução do Contrato e Fase Rescisória ou Pós Contratual.

Vamos a elas:

#### **3.4.1 Fase pré – contratual.**

Nesta fase, o empregador busca obter o maior número de informações sobre os possíveis candidatos a um posto de trabalho na empresa. O empregador procura selecionar seus empregados, verificando suas aptidões profissionais.

Entretanto, há limites nesta investigação, não podendo ser invasiva, sob pena de violação da lei e/ou da intimidade do trabalhador. Deve ocorrer um procedimento onde se colete somente informações, necessárias, com razoabilidade e pertinência. Não são permitidos nesta fase os seguintes atos:

##### **a) Atos Discriminatórios:**

Com relação às transgressões, deve ser levantada a hipótese violada pela Lei 9.029/95, a qual proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para

---

<sup>16</sup> BITTAR, Carlos Alberto, Reparação Civil por Danos Morais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 231.

efeito de acesso à relação de emprego”, principalmente aquela que diz respeito à “exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez, para quaisquer fins”, estando susceptível à pena de responsabilidade pelo Dano Moral advindo, de acordo com a Lei 9.263/96.

Tal medida adotada pelas empresas contratantes resulta em desrespeito à intimidade ou vida privada, quando, por alguma hipótese da candidata se encontrar em estado gestacional (ou então, pela possibilidade da existência de tal condição, por haver esta última circunstância, a simples solicitação de atestado médico, para a verificação ou não, de tal condição).

Há também casos em que se é exigida exames para a verificação se o candidato à vaga é consumidor de álcool ou drogas. Este procedimento não é semelhante às realizações de exames no curso da relação trabalhista que prima pelo combate interno às drogas e alcoolismo, visando à recuperação dos funcionários que possam estar envolvidos neste tipo de situação.

A lei 9.029/95 proíbe tais procedimentos: exigência de atestado de gravidez e esterilização. Estes não só visando a admissão do candidato, como também para efeito de sua permanência na relação laboral.

O art. 1º da sugerida lei dispõe:

“Art. 1º: Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º: Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez;

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genérica;

b) promoção de controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Deste modo, por se tratar de ato reconhecidamente ilícito, nada impede que seja pleiteado reparação por dano moral.

## **b) Exames Grafológicos.**



Este também é outro caso que se verifica a ocorrência de Dano Moral. Nele o empregador elege a aplicação de prova grafológica, com o escopo de desvendar o caráter e a personalidade do candidato ao emprego, praticando, assim, transgressão à tutela da intimidade, pois, utilizando-se da escrita, procura desvendar o caráter e personalidade de uma pessoa.

A grafologia implica em intromissão ilegítima, não podendo ser utilizado, como critério de seleção, nem mesmo com o consentimento do candidato.

### **c) Vida pessoal e opiniões pessoais**

Da mesma maneira, as indagações e verificações sobre opiniões políticas, filosóficas ou religiosas do futuro candidato, da mesma forma sobre sua vida afetiva familiar, pois estas irão interferir em suas aptidões profissionais.

Para que, durante a entrevista, o empregador não invada a intimidade do candidato, devem-se formular questões diretamente vinculadas à sua aptidão profissional, essencial para realização das funções relacionadas ao cargo, tais como: experiências obtidas, certificados, diplomas, trabalhos anteriormente realizados e os motivos do desligamento da empresa, anteriormente contratante, bem como a capacidade profissional do requerente.

Todos os atos citados possuem reconhecidamente a possibilidade de existência de dano moral na fase pré-contratual, porém polêmica é a aceitação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar esses pleitos referentes a este período.

Desta maneira entendemos que somente por exceção é que se deve reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para o dano moral pré-contratual.

O período das tratativas para a eventual formação de um contrato de trabalho, ainda que possa estar propenso à ocorrência de danos morais, não deve estar sob a competência da Justiça do Trabalho pelo argumento dogmático de que inexistem, neste momento, a qualificação jurídica necessária dos sujeitos, qual seja, a condição de empregadores e empregados.

Ou seja, ainda inexistem contratos preliminares, a competência desse modo deve ser, logicamente, da Justiça estadual comum, por não ter efetivamente uma relação de emprego após as tratativas.

Corroborando este posicionamento, veja-se o seguinte aresto jurisprudencial:

*"Danos morais. Incompetência da Justiça do Trabalho. A recusa da admissão, mesmo repetida, por ex-empregador, não justifica a competência da Justiça do Trabalho, para apreciar o pedido de 'danos morais', sob o argumento de existência de um 'pré-*

*contrato'. Incorrendo a figura mencionada na doutrina e, por isso mesmo, qualquer relação de trabalho ou de emprego com as reclamadas, a matéria não se encontra dentro da competência da Justiça do Trabalho, senão da Justiça Comum, para o processo e julgamento da questão. Exceção de incompetência julgada improcedente em primeira instância e mantida no juízo ad quem. Recurso do reclamante a que se nega provimento." (TRT 9ª Reg., 2ª T., RO 5.193/90, Rel. Juiz José Montenegro Antero, j. 25-7-1991, DJPR 06/09/91, p. 148.)*

É preciso salientar, entretanto, que se afasta da competência da Justiça do Trabalho somente o dano ocorrido numa fase de negociações para a eventual constituição de uma relação de emprego, que não chega, portanto, a se concretizar.

### **3.4.2 Fase Contratual.**

Há de se destacar que é reconhecida a competência da Justiça do Trabalho para apreciação de pleito de reparação de dano moral decorrente da relação de emprego, inexistindo qualquer dúvida quanto às lesões ocorridas durante a execução do contrato de trabalho, ao contrário do que ocorre com as demais fases.

Conseqüentemente durante o período compreendido no desenvolvimento regular do contrato de trabalho, muitas hipóteses de danos causados ao patrimônio moral do empregado pelo empregador, podem ocorrer, notadamente em razão do constante estado de sujeição/subordinação do primeiro ao segundo, como também dos deveres de obediência e lealdade, que devem nortear a relação empregatícia. Podemos citar:

#### **a) Rebaixamento funcional.**

O artigo 468 da CLT deixa explícito que o rebaixamento funcional do empregado é inadmissível, havendo a possibilidade de rescisão indireta (art. 483, "e" da CLT).

Desta forma, durante a execução do contrato de trabalho, todos os tipos de benefícios existentes, tanto explícitos, quanto implícitos, sustentam-se no contrato de trabalho, passando a fazer parte do conjunto de direitos e deveres que obrigam as partes.

O rebaixamento de cargo é injustificável, sendo sempre tal prática abusiva e nula. Se este for de forma pacífica, reconhecido como ato ilegal por parte do empregador, será cabível Ação de Reparação por Danos Morais, ocorridos pela prática de ato ilícito, por colocar o empregador em situação vexatória, acabando por ridicularizá-lo perante seus colegas de trabalho.

**b) Assédio sexual.**

Este incidente se verifica devido ao fato da facilidade que o ambiente de trabalho propicia uma aproximação entre as pessoas, quer em função prolongada da jornada de trabalho, como também pelo contato frequente imposto pelo desenvolvimento das tarefas cotidianas, até mesmo pelo processo natural de aferição entre homem e mulher.

Nada impede que neste tipo de convívio, colegas de trabalho tenham um relacionamento amoroso, nascido pelo conhecimento do comportamento e da personalidade do companheiro de trabalho.

Porém, podem ocorrer casos em que a paixão despertada em um, pode não ser correspondida pelo outro, mesmo que o interessado insista.

Se esta circunstância se verificar entre trabalhadores de nível hierárquico diferente e/ ou entre empregador e empregado, tendo um deles a capacidade de poder decidir sobre a permanência ou não da outra pessoa na empresa, bem como influir nas promoções de sua carreira. Tal conduta será caracterizada como assédio sexual, se esta ultrapassar os limites da razoabilidade, ou seja, se ocorrerem pressões ou ameaças (implícitas ou explícitas) com o objetivo evidente de obter “favores sexuais” daquele que está sendo assediado.

São elementos configuradores do assédio sexual: a conduta que tenha conotação sexual, que não haja receptividade, que seja repetitiva em se tratando de assédio verbal, dispensando a necessidade quando o assédio for físico, resultando num ambiente desagradável no trabalho, colocando o próprio emprego, atentando também contra a integridade e dignidade da pessoa. Este tipo de situação, desconfortável, gera humilhação, insulto e intimidação do subordinado.

Assim, se ocorrer à adoção de algumas destas condutas descritas, importando na transgressão da esfera da intimidade do assediado, será vislumbrada a ocorrência do dano moral, passível de concessão da correspondente indenização compensatória.

**c) Monitoramento de e-mail**

Esta é uma questão recente, tendo em vista os grandes avanços tecnológicos, pois a utilização do computador somado aos benefícios da internet e constas de e-mail são responsáveis por um grande fluxo de informações que economizam tempo, trazendo uma maior agilidade.

Entretanto existe outro lado, em que facilita perda de tempo e a ociosidade com a navegação em site de bate papo, e-mails contendo piadas, bem como anexos, os quais não estão relacionados com os tipos de trabalhos exercidos.

Para manter o controle do rendimento da empresa, é utilizado programas que possibilitam ao dirigente ter conhecimento do tempo despendido em site que não guardam correspondência com as respectivas funções e com a atividade da empresa.

Já o controle de e-mails, para muitos entendedores, é semelhante à proteção que as cartas fechadas possuem – art. 5º, XII, da Constituição Federal, que declara que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...)”.

Portanto, a interceptação de dados, mesmo que relativos à comunicação efetuada na rede interna da empresa, praticada pelo empregador, é ato criminoso. Isto se deve à segurança que o empregado sente ao se utilizar de uma “senha” de acesso, que garante somente a ele o acesso às mensagens a ele direcionadas.

Entretanto, outra corrente adotada na maioria das decisões pelo TST, preconiza que a fiscalização do empregador sobre as ferramentas de trabalho de seus funcionários não fere a garantia constitucional de sigilo de correspondências assegurada aos cidadãos.

O fundamento para tal posicionamento reside no fato de que o e-mail corporativo é de titularidade do empregador, e concedido ao empregado como uma ferramenta de trabalho, de forma que a fiscalização não viola a garantia do sigilo de correspondências.

Como já dito o posicionamento ora analisado vem se consolidando no TST, pois várias decisões se afigura no mesmo sentido e em situações semelhantes.

Vejamos:

*ACÓRDÃO Nº: 20060929744*

*PROCESSO TRT/SP Nº: 01130200404702004*

*RECURSO ORDINÁRIO – 47 VT de São Paulo*

*RECORRENTE: 1. NESTLE BRASIL LTDA.*

*2. ROBERTO BICINERI PEREIRA*

*EMENTA: Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.*

*TRIBUNAL: 2ª Região*

*ACÓRDÃO NUM: 20060929744 DECISÃO: 09 11 2006*

*TIPO: RO01 NUM: 01130 ANO: 2005*

*NÚMERO ÚNICO PROC: RO01 - 01130-2004-047-02-00*

**EMENTA**

*Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade. Não fere norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail corporativo, sobretudo quando o empregador dá a seus empregados ciência prévia das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico.*

*DECISÃO - por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso da Reclamada, para excluir da condenação a indenização por dano moral e julgar a ação improcedente e negar provimento ao apelo do Reclamante. Custas em reversão, das quais fica o isento o autor, em face da declaração juntada a fls. 28.*

**d) Revistas Pessoais.**

Conforme o art. 373-A, da CLT que dispõe:

“Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.”

Assim, é bem discutível tal questão visto que esta prática é o ponto máximo ante ao antagonismo existente entre o poder de controle e fiscalização do empregador e o direito do empregado à preservação de sua intimidade.

Grande parte da doutrina, somada às decisões dos Tribunais entende que a prática fere a dignidade do trabalhador, não devendo ser procedida.

Vejamos algumas decisões:

**RECURSO ORDINÁRIO**

**RECORRENTE: SEBASTIÃO ARNALDO MOREIRA**

**RECORRIDO: TRANSBANK SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA e DIGIPRO PROCESSAMENTO DE DOCUMENTOS DE VALORES LTDA**

**ORIGEM: 84ª VARA DO TRABALHO/SÃO PAULO.**

*Ementa: Revista Íntima prevista em regulamento empresarial. Dano Moral caracterizado. A obrigatoriedade de o obreiro despir-se perante os demais colegas conduz ao procedimento patronal comprometedor da dignidade e violador da intimidade do trabalhador. A inserção de regras de conduta estabelecidas em regulamento próprio não excluem os direitos de personalidade do trabalhador.*

*DANO MORAL – Realização de revista íntima. O eg. Tribunal Regional consignou que a reclamante era submetida a revistas cotidianas, nas quais lhe era demandado abaixar as calças até os joelhos e levantar a camisa até os ombros. O poder fiscalizatório do empregador de proceder a revistas encontra limitação na garantia de preservação da honra e intimidade da pessoa física do trabalhador, conforme preceitua o art. 5º, inciso X, da Constituição da República. A realização de revistas sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados. Precedentes do eg. TST. (TST – RR 1.565/2001-664-09-00.2 – 3ª T. – Relª Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – DJU 20.08.200408.20.2004)*

Ficou entendido então, que a revista íntima configura uma agressão ao patrimônio moral do empregado, repercutindo em pleito da indenização respectiva.

### **3.4.3 Fase da extinção do contrato de trabalho.**

Em se tratando fase pós-contratual, existem inúmeras situações em que é assegurado o direito à indenização por dano moral. Pode ocorrer no ato da rescisão contratual, como também logo após esta. Tanto o empregador, como o empregado podem transgredir a esfera de defesa do patrimônio moral da parte contrária, ensejando assim a correspondente indenização compensatória.

Tantas são as hipóteses para ocorrência deste incidente, serão somente abordadas as de maior incidência:

#### **a) Informações desabonadas ou inverídicas**

Havendo solicitação de carta de referência do futuro empregador, bem como informações sobre a conduta do ex-funcionário no ambiente laboral, estas deverão ser as mais verdadeiras possíveis, limitando-se às funções desempenhadas, período de trabalho. Isto, de maneira que não seja tecido nenhum comentário acerca de aspectos íntimos ou pessoais, notadamente no que se refere aos fatos desabonadores, sob pena de caracterizar eventual lesão de sua honra subjetiva.

#### **b) Anotação do motivo da dispensa na CTPS.**

É desnecessária a anotação na carteira do ex-empregado, o motivo de seu desligamento. O empregador deve atentar-se ao fato de não lançar informações inverídicas ou desabonadoras, sob pena de vir, também, a gerar dano à honra desse.

**c) Comunicação de abandono de emprego em órgão de imprensa.**

Os elementos caracterizadores do abandono de emprego são: o elemento material, correspondente à ausência injustificada no emprego, num lapso temporal fixado pela jurisprudência em 30 dias e o elemento psicológico, consubstanciado na intenção de não mais trabalhar (“animus abandonandi”).

Para que o abandono seja efetivamente comprovado não basta a ausência injustificada do empregado há pelo menos 30 dias, é necessário que faça sua convocação, para que se apresente à empresa e retome suas atividades, em prazo razoável (sob pena de caracterização da debatida justa causa para rescisão contratual). O procedimento deve ser feito por meio de carta registrada, telegrama de confirmação de entrega, notificação extrajudicial ou qualquer outro meio que demonstre a efetiva cientificação do abandono de seu posto.

A publicação do abandono de emprego em jornais periódicos não comprova efetivamente a cientificação do empregado, pois não há como provar seu acesso a tal veículo. Além disto, esta publicidade de afastamento injustificado provoca lesão de cunho moral, pois é dever da empresa possuir todos os dados de seus funcionários, principalmente, residência/domicílio, onde possa ser encontrado.

# Capítulo IV

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO DANO MORAL DECORRENTE  
DE ACIDENTE DE TRABALHO.



Um aspecto interessante, dentro do tema de reparação do dano moral trabalhista e a competência da justiça trabalhista é em relação ao dano moral decorrente de acidente de trabalho, causado dolosa ou culposamente pelo empregador.

Isso porque o art. 129 da Lei 8.213 dispõe, in verbis:

"Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I - na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão; e

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho - CAT.

Parágrafo único. O procedimento judicial de que trata o inciso II deste artigo é isento do pagamento de quaisquer custas e de verbas relativas à sucumbência."

Embora entendamos, de lege ferenda, que a competência deveria ser da Justiça do Trabalho, que é muito melhor aparelhada para conhecer e julgar esta matéria, não há qualquer dúvida de que a competência para apreciar e julgar litígios diretamente relativos a acidentes do trabalho é da Justiça estadual.

Todavia, a hipótese ventilada neste tópico é bem distinta.

Com efeito, enquanto a ação de acidentes do trabalho, em que figura o INSS, numa típica hipótese de responsabilidade civil objetiva, é da competência da Justiça Comum, a ação de reparação de dano moral decorrente de acidente de trabalho, causado dolosa ou culposamente pelo empregador, somente pode ser da competência da Justiça do Trabalho, eis que os sujeitos da lide figuram em função da qualidade jurídica de empregador e empregado, numa discussão de controvérsia decorrente da relação de emprego, em que se vai discutir a responsabilidade subjetiva do empregador (hipótese do art. 159 do Código Civil).

Neste sentido é o posicionamento de Valdir Florindo, para quem:

"é da competência da Justiça do Trabalho, com base no artigo 114, da Constituição Federal, alinhada com os setores, doutrinário e jurisprudencial, o dano moral que seja decorrente do acidente de trabalho, posto que figura na ação, o empregado e seu empregador, discutindo um conflito originado na relação de emprego, consistente em indenização compensatória, a ser paga pelo empregador, caso tenha agido com dolo ou culpa, com fulcro nos artigos 159 do Código Civil Brasileiro e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal."<sup>17</sup>

<sup>17</sup> FLORINDO, Valdir, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p. 124.

# Capítulo V

FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA.

## FORMAS DE REPARAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA.

Concedido o dano moral, se faz mister analisar quais são as formas e modos de reparação que pode ocorrer.

### 5.1. Pecuniária.

Conforme assevera João de Lima Teixeira Filho:

"Não há negar que a compensação pecuniária domina nas condenações judiciais, seja por influxos do cenário econômico, antes instável e agora em fase de estabilização, seja pela maior liberdade do juiz em fixar o quantum debeatur. Deve fazê-lo embanhado em prudência e norteado por algumas premissas, tais como: a extensão do fato inquinado (número de pessoas atingidas, de assistentes ou de conhecedoras por efeito de repercussão); permanência temporal (o sofrimento é efêmero, pode ser atenuado ou tende a se prolongar no tempo por razão plausível); intensidade (o ato ilícito foi venial ou grave, doloso ou culposos); antecedentes do agente (a reincidência do infrator deve agravar a reparação a ser prestada ao ofendido); situação econômica do ofensor e razoabilidade do valor."<sup>18</sup>

Dois são os sistemas que a dogmática jurídica oferece para a reparação pecuniária dos danos morais: o sistema tarifário e o sistema aberto.

No primeiro caso, há uma predeterminação, legal ou jurisprudencial, do valor da indenização, aplicando o juiz a regra a cada caso concreto, observando o limite do valor estabelecido em cada situação.

Já pelo sistema aberto, atribui-se ao juiz a competência para fixar o quantum subjetivamente correspondente à reparação/compensação da lesão, sendo este o sistema adotado no Brasil.

Assim, a compensação pecuniária, para Santos:

“ocorre mediante o pagamento da indenização, ou seja, pagamento em dinheiro, em quantia proporcional ao agravo, mas não equivalente”, pois, torna-se impossível tal equivalência”.<sup>19</sup>

Uma vez que a dor não tem preço, podendo somente o dinheiro atenuar a manifestação dolorosa e deprimente sofrida pela vítima, de modo que seja compensatória a esta, mas nunca equivalente.

Desta forma, o dinheiro na indenização por Danos Morais como já dito é meramente compensatório, isso porque não se pode restituir a dor ao estado anterior, como

---

18 Teixeira Filho, João de Lima, "O Dano Moral no Direito do Trabalho" in "Revista LTr", vol. 60, nº 09, Setembro de 1996, p. 1171.

19 SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

ocorre na reparação dos Danos Patrimoniais. Nesta, o juiz deve estabelecer o conteúdo do dano, considerando o dano emergente e o lucro cessante. Para fixar o valor da indenização, deve, portanto, o magistrado observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que ela se constitua em compensação ao lesado e sirva de desestímulo ao agente causador do dano.

### **5.1.1 Critérios de quantificação.**

Vale mencionar que o critério de fixação do dano moral pode se dar pelo arbitramento e pelo sistema de dias-multa. Porém este trabalho vai se ater especificamente ao critério de arbitramento, sendo o mais utilizado no ordenamento jurídico.

#### **a) Arbitramento.**

A quantificação do dano moral se dá por meio do Juiz, investindo na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido.

Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes ou, mesmo, adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de "justiça no caso concreto".

Nesse sentido, ensina Washington de Barros Monteiro que:

"inexiste, de fato, qualquer elemento que permita equacionar com rigorosa exatidão o dano moral, fixando-o numa soma em dinheiro. Mas será sempre possível arbitrar um quantum, maior ou menor, tendo em vista grau de culpa e a condição social do ofendido."<sup>20</sup>

Assim, é facultado expressamente que o julgador possa valer-se de seus próprios critérios de justiça, quando vai decidir, não estando adstrito, às regras e até parâmetros ou métodos de interpretação pré-estabelecidos.

É preciso, sem sombra de dúvida, que o magistrado, enquanto órgão jurisdicional, não fique com seu raciocínio limitado à busca de um parâmetro objetivo definitivo (que não existe, nem nunca existirá) para todo e qualquer caso, como se as relações humanas pudessem ser solucionadas como simples contas matemáticas.

Dessa forma, propugnamos pela ampla liberdade do juiz para fixar o quantum condenatório já na decisão cognitiva que reconheceu o dano moral. Saliente-se, inclusive,

---

<sup>20</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, Curso de Direito Civil - Direito das Obrigações, 26ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1993, p. 414

que se o valor arbitrado for considerado insatisfatório ou excessivo, as partes poderão expor sua irresignação a uma instância superior, revisora da decisão prolatada, por força do duplo (quicá triplo ou quádruplo, se contarmos a instância extraordinária) grau de jurisdição.

Temos então que para a fixação devem-se levar em conta duas finalidades: punir o infrator e compensar a vítima. Deve ser um valor alto e suficiente para garantir a punição, cujo caráter é educativo, mas não alto demais para justificar enriquecimento sem causa ou mesmo abuso no direito de (re)educar o infrator.

Desse modo entende-se que a reparação do dano moral, embora represente uma compensação à vítima, deve, sobretudo, constituir uma pena, ou seja, uma sanção ao ofensor, especialmente num País capitalista em que vivemos, onde cintilam interesses econômicos. Vários autores, do porte de Ripert, Demogue, Svatier e Llambías, citados por Wladimir Valler sustentam que a reparação do dano moral constitui uma pena, ou seja, um castigo ao ofensor.

Portanto, a imposição de indenização ao causador de danos é forma de manutenção da paz social, porque visa reparar o status quo ante do indivíduo e estabelecer uma reprimenda educativa, para evitar a repetição de atos lesivos que afrontam princípios e normas de convivência entre os particulares, resguardando a dignidade humana e a própria dignidade dos contratos, quer eminentemente privatistas, quer de cunho institucional, como é o caso do contrato de trabalho.

Vejamos algumas decisões do STJ:

*Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

*Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 337771*

*Processo: 200101057940 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão:*

*16/04/2002 Ministro: CESAR ASFOR ROCHA*

*RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VÔO INTERNACIONAL. AGÊNCIA DE TURISMO. FRETAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA AFRETADORA. DANO MORAL. CABIMENTO. QUANTUM. RAZOABILIDADE EM FACE DAS CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS DO CASO CONCRETO. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO. I – Nos termos da orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção, a empresa afretadora responde pelo dano oriundo da deficiente prestação do serviço de transporte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor. II – Ausente prova de caso fortuito, força maior ou que foram tomadas as medidas necessárias para que não ocorresse o dano decorrente do*

*atraso do vôo, cabível é o pedido de indenização por danos morais. III – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte financeiro das partes, orientando-se o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.*

*Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

*Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 305566*

*Processo: 200100222374 UF: DF Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 22/05/2001 Ministro: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA*

*PROCESSO CIVIL. DANO MORAL, ARBITRAMENTO. O arbitramento da indenização de dano moral é da exclusiva alçada do juiz, que nem deve cometê-la a peritos nem pode diferi-la para a liquidação de sentença. Recurso especial conhecido e provido.*

### **5.2 In Natura.**

Na reparação "in natura", é difícil obter uma satisfação dos interesses da pessoa ofendida, uma vez que se torna impossível reconstituir os efeitos indesejáveis do Dano Moral.

Preleciona Reis:

[...] na reparação natural o lesado recebe coisa nova da mesma espécie, qualidade e quantidade, em substituição àquela que foi danificada, ou, não sendo possível a sua reposição, o devedor deverá pagar o equivalente em dinheiro, que é uma forma subsidiária de cumprimento da obrigação de reparação das coisas destruídas.<sup>21</sup>

A indenização in natura pode ser cumulativa com a reparação em dinheiro. São conferidos amplos poderes ao juiz para a definição da forma e da extensão, possibilitando compensação e satisfação ao ofendido, em um só processo.

Dessa maneira, em razão dos objetivos visados pelo autor e à luz da análise das circunstâncias, pode o juiz fazer incidir da condenação sobre o patrimônio do lesante, sua pessoa, ou ambos, em consonância com os poderes de que se investe no processo civil.

### **5.3 Atestatória.**

Há doutrinadores que asseguram se configurado e comprovado o Dano Moral

---

<sup>21</sup> REIS, Clayton. Os novos rumos da indenização do dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Trabalhista, não basta à indenização de forma in natura ou in pecúnia; faz-se necessária outra forma de reparação: a Atestatória.

Uma das formas de reparação, que pode ser cumulativa com a indenização pecuniária ou in natura, é o fornecimento pelo empregador de carta de referência ao empregado, de sorte que ele possa obter um novo emprego, bem como fazer publicar em jornal de grande tiragem, um aviso ou nota informando que o empregado não praticou qualquer ato ilícito por ocasião de sua dispensa.

Corroborando tal afirmação é o entendimento Florindo:

[...] mister se faz à entrega de carta de boa referência, posto que a pecúnia tem efeito meramente compensatório, haja vista que não é possível voltar ao status quo ante, sendo que os efeitos do dano continuarão a existir, ainda que de forma diminuída, acompanhando o trabalhador durante toda a sua existência, razão por que a concessão de referida carta terá como visão principal o futuro.<sup>22</sup>

Ratifica-se que além da indenização em pecúnia, cabe também a indenização Atestatória, no sentido do empregador fornecer carta de boa referência ao empregado, bem como publicar em jornal de grande circulação nota, informando que o empregado não praticou nenhum ato ilícito, de maneira que este possa no futuro, obter novo emprego.

Torna-se constrangedor ao trabalhador, ao procurar uma recolocação no mercado de trabalho, apresentar uma cópia de sentença, em vez de uma carta de referência fornecida pelo empregador.

Porém, não há motivos para o empregador se recusar a emitir a carta de referência, uma vez que é expressa no artigo 8º da CLT, que assim dispõe: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse se classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

---

22 FLORINDO, Valdir, Dano Moral e o Direito do Trabalho, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996, p.94/95.

# Capítulo VI

## DA PRESCRIÇÃO



## DA PRESCRIÇÃO

O prazo prescricional para o empregador ajuizar ação trabalhista, consoante prescreve o art. 7º, inciso XXXIX, alínea “a”, da Constituição Federal, é de 2 anos. Assim, trata-se de prazo prescricional para que o ajuizamento da ação, que não se confunde com prazo dos créditos trabalhistas, pois este é de 05 anos retroativos, a contar da extinção da relação de trabalho. O Min. Afonso Celso, entende que:

“Uma vez rescindido o contrato de trabalho, estão imprescritas todas as verbas compreendidas entre a data da extinção do contrato e os cinco anos anteriores, uma vez que não decorridos os dois anos após a rescisão”. (TST, Ac 1ª T. 000/94, Rel. Min Afonso Celso, DJU de 24.3.95, p. 6.934)

A interrogação está em saber que prazo prescricional o dano moral, oriundo da relação de trabalho está sujeito, uma vez que os direitos da personalidade são imprescritíveis.

A resposta para esta pergunta não é totalmente pacífica. Um primeiro entendimento preconiza que a resposta mais justa seria o prazo de 20 anos, por ser o prazo prescricional de índole de direito material e não processual e, também, pelo fato do art. 8º da CLT, estatuir que: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”, então, nada mais óbvio que seja aplicado a prescrição prevista no Código Civil, uma vez que o dano moral é previsto no Direito Civil, não sendo, por conseguinte, inalienável, intransmissível, irrenunciável e imprescritível.

Mas para outra corrente, verifica-se que o Código de 2002 reduziu sobremaneira o prazo ordinário da prescrição anteriormente estabelecido (CCB/1916), passando de vinte para dez anos (art. 205). Redução ainda maior foi conferida ao prazo de prescrição referente à pretensão de reparação civil por dano material ou moral, que passou de vinte para três anos, nos termos do artigo 206, § 3º, V.

Entendem alguns doutrinadores que, se a ação versar sobre indenização por acidente ocorrido nas relações de trabalho, indene de dúvidas que se aplicam as regras de Direito Civil, incidindo, portanto, a prescrição prevista no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, observada a regra de transição prevista no artigo 2.028, a despeito de remanescer competente a Justiça do Trabalho para apreciar a demanda (CF/88, art. 114, inc. I).

Impende destacar, no tocante à aplicação da prescrição civil, a incidência das regras de direito intertemporal quanto à redução do prazo de vinte para três anos, observando-se a

regra de transição prevista no artigo 2.028 do Novo Código, que estabelece: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Essa vertente considera que a indenização por dano moral ou material decorrente de acidente do trabalho constitui direito de natureza eminentemente civil, não sendo possível, por isso, aplicar-se o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da CF/88.

Propugna tal corrente, que a reparação por acidente do trabalho, lato sensu, por decorrer da responsabilidade civil, não é crédito de natureza trabalhista, mas verba indenizatória com esteio em norma civil, porquanto resultante de ato ilícito praticado pelo empregador, ainda que no curso da relação de trabalho, devendo prevalecer à prescrição prevista no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002. Considera, assim, que o acidente do trabalho não é uma decorrência natural da execução do contrato de trabalho, mas um fato extraordinário, alheio à expectativa do empregado, sendo, o dano daí oriundo, tipicamente pessoal, não compensável como crédito trabalhista.

Sob tal entendimento, atestam seus adeptos que a indenização assim pleiteada decorre de regras do Direito Civil e que, sendo a prescrição instituto de direito material, somente é possível a aplicação do instituto com previsão em diplomas correlatos. Alegam, ainda nessa esteira, que o prazo prescricional constitucionalmente estatuído (CF/88, art. 7º, XXIX) apenas remete aos créditos trabalhistas típicos, como aviso prévio, férias, horas extras, etc., não alcançando créditos trabalhistas como as indenizações por danos morais e materiais.

Salientam, como amparo à argumentação, que prazos prescricionais diversos são aplicados ao direito de ação cujo objeto consista em direitos eminentemente trabalhistas, sendo de trinta anos a prescrição para se reclamar valores de FGTS (Lei nº 8.036/90) e de dez anos o prazo para a postulação referente ao PIS-PASEP (Decreto-lei nº 2.052/83), ilustrativamente.

Reforçam, ainda, a posição adotada, sustentando que não há vinculação entre os institutos da prescrição e o da competência, já que o primeiro é regido pelo direito material e o segundo pelo direito processual, não cabendo argumentar-se que, uma vez reconhecida à competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ação de indenização por acidente do trabalho deva-se aplicar a prescrição trabalhista.

Rodrigo Dias explica que um dos fatores que implicaram resistência de alguns operadores do direito à aplicação da prescrição civil de três anos foi à influência do

princípio protecionista, visto que quando o prazo prescricional civil era mais longo (Código Civil de 1916), a resistência era menor.

Considerando a regra de transição relativa à alteração dos prazos, conforme o art. 2.028 do Código Civil de 2002, a conclusão é bastante simples: se já se decorreram mais de dez anos da violação do direito, prevalecerá a prescrição vintenária, prevista no código revogado. Caso contrário, se ainda não se atingiu a metade do prazo previsto no Código de 1916, isto é, dez anos, contados da violação do direito, então o prazo prescricional será o do novo Código, ou seja, três anos, tendo por 'dies a quo' a data de entrada em vigência do CC de 2002, dia 10.1.2003, conforme art. 2.044 do mesmo diploma legal.

## CONCLUSÃO.

Como se verifica no todo exposto neste trabalho e cotejando a Constituição Federal, legislações ordinárias, jurisprudência e doutrina, apresentou-se de forma clara um conjunto de fundamentos essenciais para se traçar os relevantes aspectos da nova competência da Justiça do Trabalho.

Tudo isso para que não haja um desvirtuamento de sua essência e função, uma vez que não se pode extrair diretamente da Emenda Constitucional nº 45/04 tal certeza, pois esta não prescreveu claramente sobre a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar as ações relativas a fato ocorrido fora da relação de trabalho, mas que, com ele, guarde relação; mas tão somente como nas ações propostas por sujeitos que, por via reflexa, sofrera alguma lesão ensejadora de reparação.

Entretanto o ora trabalho se atentou mais a explicar sobre a competência entendida no art. 114, VI, da Constituição Federal, que é aquela proposta pela vítima direta do evento danoso – trabalhador ou empregador.

Assim, levando em conta todos os argumentos tecidos e entendimentos colacionados, conclui-se que a atribuição da competência à Justiça Comum para apreciar ações indenizatórias por dano decorrente de relação trabalhista não pode ser admitida; pois não se coaduna com o atual estágio em que se encontra o Judiciário Trabalhista.

Temos então que a atual competência da justiça do trabalho veio fortalecer esta enquanto instituição imbuída de apreciar todos os conflitos decorrentes do trabalho humano, de modo a preservar os valores sociais do trabalho conferindo dignidade e cidadania ao trabalhador.

Essa mesma alteração enfatiza a relevância social da Justiça do Trabalho como uma das mais importantes instituições de distribuição de renda no País, por facilitar o acesso do trabalhador à Justiça e impor maior respeito a todas as modalidades de trabalho prestado por pessoa física.

Sendo assim, a Justiça do Trabalho não serve para impedir um trabalhador que, sofreu alguma afetação ou dano em razão da relação laboral, de pleitear seus direitos na Justiça do Trabalho, a nova competência desta Justiça deve ser analisada em harmonia com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e do acesso do cidadão à Justiça do Trabalho, de modo a alcançar todas as modalidades de prestação de trabalho humano exercido de maneira pessoal em face de um tomador ou empregador.

Não se pode e nem deve descartar assim a clara competência da justiça trabalhista na apreciação do dano moral. Afinal o trabalhador deve ter seu bem maior bem – qual seja

– a honra assegurada e processada pela justiça trabalhista, cabendo ao juiz a tarefa difícil de aproximar o valor justo de reparação, e ninguém melhor do que os tribunais trabalhistas, impregnados de sentimento de Justiça social, para saber usar da medida adequada ao ressarcimento devido.

Portanto o dano moral deve ser um instrumento de coibição de abusos descabidos e muitas vezes exacerbados.

Em um ordenamento jurídico moderno e com forte apelo social e democrático o que se deve ter mais em conta é a dignidade da pessoa humana, como forma de valoração de uma nação justa e desenvolvida.

**REFERÊNCIAS.**

ASSIS, Araken de. Indenização do Dano Moral. Palestra proferida, em 11.4.1997, no Simpósio "Direito Civil: Responsabilidade Civil e Família", realizado em Canela - RS, pela Editora Síntese. RJ no 236 - JUN/97.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei No 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos Morais: Critérios para a sua Fixação. Boletim IOB no 15/93.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003

FERRARI, Irany. Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho. 3.ed. São Paulo: LTr, 2008.

FLORINDO, Valdir. O Dano Moral e O Direito do Trabalho. São Paulo: Ltr, 1995

FRANÇA, Rubens Limongi. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Vol. 33.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodrigo. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2009. LOMBREGART, Marcus Vinícius. Dano Moral nas Relações Individuais do Trabalho. São Paulo: Ltr: 2001

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo V. Oliveira. O Dano Pessoal no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O dano moral na Relação de Emprego. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

REIS, Clayton. Avaliação do Dano Moral. São Paulo: Forense, 1999.

SAAD, Eduardo Gabriel. Curso de direito processual do trabalho. 5.ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho - Série Concursos Públicos. 3ª ed. São Paulo: Método, 2007.

SANCHES, Gislene A. Dano Moral e suas Implicações no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997

SANTOS, Antonio Jeová. Dano Moral Indenizável. 2a. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.