



*Sobre a Revista*

*Última Edição*

*Edições Anteriores*

*Normas*

*Chamada de Trabalhos*

*Contatos*

# Direito

Revista da Faculdade de Direito  
Centro Universitário Padre Anchieta  
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

**UNIAnchieta**

*Edição especial: monografias jurídicas e artigos produzidos por discentes.*

**CONSELHO EDITORIAL:**

*Claudinei Coletti*

*Cláudio Antonio Soares Levada*

*Ivone Silva Barros*

*João Carlos José Martinelli*

*Lucia Helena Andrade Gomes*

*Mauro Alves de Araujo*

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*

*Simone Zanotello*

*Tereza Cristina Nascimento Mazzotini*

**ORGANIZAÇÃO:**

*Lucia Helena de Andrade Gomes*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

---

## APRESENTAÇÃO

Sinto-me honrada por organizar os textos da Revista do Curso de Direito, edição especial, com a participação de monografistas e orientadores. No percalço das Monografias Jurídicas, temos enfrentado inúmeros desafios, mas ousamos afirmar que a produção tem propiciado a melhoria da qualidade do ensino superior, incentivado a pesquisa, assim como tem despertado nos alunos uma preocupação em aprimorar os conhecimentos da língua portuguesa, preocupação louvável aos futuros profissionais do Direito. Não podemos conceber um Curso de Direito sem pesquisa, sem produção de trabalhos científicos.

A presente Revista contempla artigos das áreas de direito penal, direito ambiental, direito do consumidor e direito administrativo. Trata-se de uma obra transdisciplinar, a qual contempla conceitos e fundamentos de psicologia, sociologia, economia, antropologia, entre outros; integra o saber jurídico ao saber humanístico interdisciplinar. Os temas tratados são atuais e relevantes, para a formação dos operadores do direito.

Sem pressa, procurem saborear o leque de conhecimentos propiciado pelos autores. Boa leitura a todos!

*Profa. Dra. Lucia Helena de Andrade Gomes*

*Coordenador de Monografias Jurídicas*

---

**SUMÁRIO**

<b>O PSICOPATA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO .....</b>	<b>5</b>
<i>Marisa Ferreira Satriuc</i>	
<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	
<b>A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL .....</b>	<b>28</b>
<i>Naiara Suelem Pinheiro</i>	
<i>Paulo Roberto Cunha</i>	
<b>TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA .....</b>	<b>46</b>
<i>Rafaela Roberta Morandini</i>	
<i>Paulo Roberto Cunha</i>	
<b>A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO .....</b>	<b>67</b>
<i>Ezequiel Gonzaga de Melo</i>	
<i>José Adriano de Souza Cardoso Filho</i>	
<b>CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO .....</b>	<b>85</b>
<i>Marcelo Jacinto Andreo</i>	
<i>José Adriano de Souza Cardoso Filho</i>	
<b>PREGÕES ELETRÔNICOS – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>108</b>
<i>Haley Queiroz de Oliveira Júnior</i>	
<i>Simone Zanotello de Oliveira</i>	

## O PSICOPATA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

*Marisa Ferreira Satriuc<sup>1</sup>*

*Juliana Caramigo Gennarini<sup>2</sup>*

### RESUMO:

O presente artigo é uma pesquisa descritiva que tem como objetivo principal evidenciar a abordagem dada ao indivíduo acometido por psicopatia, quando da prática de infrações penais. Para alcançar tal propósito faz-se necessário apresentar o desenvolvimento da concepção da culpabilidade, esclarecer os seus elementos e excludentes, apontar suas consequências jurídico-penais, bem como adentrar na psicologia jurídica e a psicopatia. Ademais, torna-se essencial proceder à elucidação da atual imputabilidade considerada para o agente infrator psicopata e da consequência jurídico-penal a ele aplicada. Por fim, é razoável verificar se há mudanças previstas na legislação, a fim de se justificar a conclusão de que o tratamento legal despendido atualmente ao tema se mostra insuficiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Culpabilidade. Imputabilidade. Semi-Imputabilidade. Culpabilidade Diminuída. Psicopatia. Transtorno de Personalidade Antissocial. Consequências Jurídico-Penais.

### INTRODUÇÃO

É objetivo deste artigo demonstrar a maneira como a figura do psicopata é tratada no ordenamento jurídico brasileiro considerando a ausência de norma penal com relação a este agente infrator. Tendo isto em vista, cabe inicialmente aludirmos que

---

<sup>1</sup> Autora: Marisa Ferreira Satriuc, Advogada formada pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Monografia aprovada em 2015, Jundiaí/SP.

<sup>2</sup> Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Ms. Juliana Caramigo Gennarini, Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Advogada, Professora de Direito e Processo Penal do Centro Universitário Padre Anchieta.

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini conceituam o Direito Penal como “a reunião das normas jurídicas pelas quais o Estado proíbe determinadas condutas, sob ameaça de sanção penal, estabelecendo ainda os princípios gerais e os pressupostos para a aplicação das penas e das medidas de segurança”<sup>3</sup>.

Isto posto, é preciso esclarecer que, “nos primórdios, a pena era aplicada desordenadamente, sem um propósito definido, de forma desproporcional e com forte conteúdo religioso”<sup>4</sup>. Por meio do avanço do Direito Penal, alcançaram-se as vinganças divina, privada e pública, a Lei de Talião, a fase da humanização das penas e, após a Revolução Francesa, estabeleceu-se como principal sanção a aplicação da pena privativa de liberdade.

À vista disso, a evolução desse ramo do Direito culminou no advento dos princípios e pressupostos acima mencionados, impondo-se assim, limites à intervenção estatal no que se refere à liberdade individual e evitando-se as penas consideradas cruéis. Estes princípios são limitadores do poder punitivo estatal e são garantias do cidadão consagradas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 1º, *caput*, que definem o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Assim, é consequência de um perfil político-constitucional brasileiro ter um grandioso princípio a regular todo o seu ordenamento jurídico, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Este passou a preceder o juízo axiológico do legislador, sendo essencialmente inconstitucional qualquer tipo de incriminação que o desrespeitasse.

Da dignidade da pessoa humana derivam princípios próprios e específicos do âmbito penal que, na doutrina, variam quanto à quantidade e denominação. Dentre os principais princípios derivados, o mais importante para elaboração deste artigo é o da culpabilidade, cuja relevância será evidenciada em vários aspectos. Outrossim, ressaltaremos o elemento imputabilidade defendido pela teoria normativa pura e buscaremos a melhor compreensão da inimputabilidade, como excludente da culpabilidade, e da semi-imputabilidade, como causa de diminuição da pena de um agente infrator.

<sup>3</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 86.

Destarte, será necessário elencar as consequências jurídico-penais para a inimputabilidade e a culpabilidade diminuída, além de elucidar a reforma de execução penal no Brasil, contextualizando-se o sistema duplo binário e o sistema vicariante.

Em seguida, por um breve momento, tornar-se-á foco deste artigo a psicologia jurídica e a psicopatia, como também será essencial procederemos à elucidação da atual imputabilidade considerada para este agente infrator e a consequência jurídico-penal a ele aplicada. Por fim, será coerente verificarmos se há mudanças previstas na legislação, a fim de se justificar a conclusão de que o tratamento despendido atualmente ao tema se mostra insuficiente, cabendo ao Poder Judiciário adequar-se à realidade das normas pátrias vigentes e preservar, da melhor forma possível, os direitos individuais e coletivos consagrados em nossa Constituição Federal.

## **CAPÍTULO I - A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

### **1 Conceito de Culpabilidade**

A palavra *culpabilidade* é derivada do termo *culpa*, usualmente utilizada no intuito de atribuir a alguém um fato condenável. Todavia, confere-se ao conceito de culpabilidade, pelo Direito Penal, outros sentidos: como fundamento e limitadora da pena, a culpabilidade significa “uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal. Essa compreensão provém do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*)”<sup>5</sup>; já como identificadora e delimitadora da responsabilidade individual subjetiva, é compreendida “como um instrumento para a prevenção de crimes e, sob essa ótica [...] cumpre com a função de aportar estabilidade ao sistema normativo, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas”<sup>6</sup>.

Outrossim, com o decorrer dos tempos constatou-se uma diferença entre ocasionar inevitavelmente um resultado lesivo e causar um dano evitável. Além disso, atualmente, a culpabilidade passou a ser vista como o juízo de reprovação daquele que,

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1.* 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 525.

<sup>6</sup> Idem, *Ibidem*, p. 526.



por sua vontade ou inaceitável deslize, provocar um fato punível quando podia e deveria agir de forma diferente. Portanto, sem dolo ou culpa, passou a não existir crime (*nullum crimen sine culpa*). Isso consiste na necessidade de se questionar se o agente infrator quis o resultado ou poderia prevê-lo.

Pelas razões acima expostas, a responsabilidade objetiva tornou-se infundada no sistema penal atual e iniciou-se a noção de culpabilidade composta por elementos psíquicos (a voluntariedade e a previsibilidade; um volitivo e outro intelectual) como requisitos da imposição da pena. Deste modo, com o passar dos anos, várias teorias buscaram definir o delito e seus elementos estruturais, dentre eles, a culpabilidade.

Vale destacar que a posição amplamente majoritária na doutrina é a de que o Código Penal (CP) brasileiro, com o advento da teoria finalista para a conduta, adotou a teoria normativa pura da culpabilidade. Porém, no que se refere às discriminantes putativas, a teoria da culpabilidade adotada é a limitada, conforme o item 19 da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, da Reforma Penal de 1984:

Repete o Projeto as normas do Código de 1940, pertinentes às denominadas “discriminantes putativas”. Ajusta-se, assim, o Projeto à teoria limitada da culpabilidade, que distingue o erro incidente sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação do que incide sobre a norma permissiva. Tal como no Código vigente, admite-se nesta área a figura culposa (art. 17, § 1º)<sup>7</sup>.

## 2 Teorias da Culpabilidade Adotadas

### 2.1 Teoria Normativa Pura, Extrema ou Estrita

Para o *jus* filósofo Hans Welzel toda ação humana era direcionada a um fim (lícito ou ilícito), ou seja, era essencialmente finalista. Esse finalismo traduzia-se no elemento intencional da ação e mostrava-se inseparável desta. Logo, o dolo e a culpa em sentido estrito haviam de ser deslocados para o tipo legal do crime, “pois, se este é a

<sup>7</sup> CURIA, Luiz Roberto (Colab.); CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). *Vade mecum oab e concursos*. 6. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 496.

descrição da ação proibida, e se o dolo e a culpa pertencem à ação humana, não se pode deixar de situar no tipo todos os elementos estruturais da ação”<sup>8</sup>.

Esse deslocamento dos elementos psicológicos (dolo e culpa) da culpabilidade para o interior da conduta do agente fez com que a culpabilidade fosse considerada puramente valorativa, o que explica a denominação da teoria de *normativa pura* e a forma como vários doutrinadores passaram a conceituar a culpabilidade finalista. Fernando Capez a definiu como “puro juízo de valor, de reprovação, que recai sobre o autor do injusto penal excluída de qualquer dado psicológico”<sup>9</sup>. De forma similar, Luiz Regis Prado a elucidou como “juízo de censura pela realização do injusto penal (quando podia o autor ter atuado de outro modo)”<sup>10</sup> e Jiménez de Asúa, por sua vez, a interpretou como “a reprovação do processo volitivo: nas ações dolosas, a reprovabilidade da decisão de cometer o fato; na produção não dolosa de resultados, a reprovação por não tê-los evitado mediante uma atividade regulada de modo finalista”<sup>11</sup>.

Welzel também considerou a retirada da consciência da ilicitude do dolo, tornando-o natural, composto pelo elemento volitivo da intencionalidade (finalidade da ação) e pelo elemento intelectual da previsão do resultado. A consciência da ilicitude passava a ser potencial, ou seja, bastava que o criminoso, em um juízo comum, tivesse a possibilidade de conhecimento do caráter ilícito do ato praticado.

Já a culpabilidade fica estruturada pela imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. No tocante a esses elementos, Cleber Masson preleciona que estejam hierarquicamente ordenados “de tal modo que o segundo pressupõe o primeiro, e o terceiro os dois anteriores. De fato, se o indivíduo é inimputável, não pode ter a potencial consciência da ilicitude. E, se não tem a consciência potencial da ilicitude, não lhe pode ser exigível conduta diversa”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a lei n.º. 7.209, de 11-07-1984 e com a constituição federal de 1988. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 228.

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*: (arts. 1º a 120). 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 330.

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*, arts. 1º a 120. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 384.

<sup>11</sup> ASÚA, Luís Jiménez. *Tratado de Derecho Penal*, 3ª ed., Buenos Aires, Losada, 1964, v. 6, p. 199, apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 534. p. 542.

<sup>12</sup> MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 441.

## **2.2 Teoria Limitada**

Os mesmos elementos que compõem a culpabilidade na teoria finalista são os que a integram na teoria limitada. No entanto, a diferença entre as duas teorias encontra-se na abordagem dada às discriminantes putativas: pela primeira, as discriminantes putativas são sempre consideradas erro de proibição, enquanto pela segunda, são tratadas como erro de proibição e erro de tipo. Assim, conforme o que cada uma das teorias considerar como caracterização de erro, diferentes serão as consequências como efeitos jurídicos.

Sabemos que o erro de tipo eiva o elemento intelectual da previsão no dolo, excluindo-o sempre. Porém, se o erro de tipo era evitável e o agente não o evitou, ocorre a sua punição na forma culposa, se esta estiver prevista em lei. Lembramos que isso é possível porque o dolo agora se encontra situado no tipo, deixando a culpabilidade perfeita para o crime culposos, enquanto o erro de proibição afeta a consciência da ilicitude que se localiza na culpabilidade. Desta forma, quando o erro de proibição for inevitável, teremos a exclusão da culpabilidade e, conseqüentemente, não haverá condenação, seja a título de dolo ou culpa.

Para a teoria normativa pura, quando o erro de proibição for evitável é possível a condenação atenuada por fato doloso, mas é inviável a condenação por fato culposos, uma vez que não existe um fato ao mesmo tempo doloso e culposos.

Já a teoria limitada da culpabilidade divide as discriminantes putativas entre as espécies de erro da seguinte forma: as que recaem sobre uma situação de fato como sendo consideradas erro de tipo permissivos, cujo efeito é o mesmo do erro de tipo; e as que recaem sobre a existência ou limites de uma causa de justificação como sendo consideradas erro de proibição, com as consequências características deste tipo de erro.

## **3 Elementos da Culpabilidade Normativa Pura**

### **3.1 Imputabilidade**

Luís Augusto Sanzo Brodt sustenta que

a imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), outro volitivo (capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. *Bettiol* diz que o agente deve poder 'prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social', deve ter, pois, 'a percepção do significado ético-social do próprio agir'. O segundo, a 'capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme *Bettiol*, é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor do motivo que o impele à ação e, do outro lado, o valor inibitório da ameaça penal<sup>13</sup>

É relevante frisar que a ausência de quaisquer desses aspectos da imputabilidade implica no seu afastamento, bem como vale lembrar que o Código Penal brasileiro não a define, mas ao elencar as causas que a afastam nos deixa claro que se trata de um elemento da culpabilidade definido por exclusão em nosso ordenamento jurídico penal.

### 3.2 Potencial Consciência da Ilicitude do Fato

Para o juízo de reprovação, é imprescindível a possibilidade do infrator poder conhecer o caráter ilícito de sua conduta por meio de um normal e exigível empenho de consciência, quer dizer, o chamado conhecimento profano.

E para tal conhecimento “basta que o autor tenha base suficiente para saber que o fato praticado está *juridicamente proibido* e que é contrário às normas mais elementares que regem a convivência”<sup>14</sup>.

### 3.3 Exigibilidade de Conduta Diversa

Para que um comportamento seja reprovável, além dos elementos já mencionados, é imperioso que o crime tenha sido praticado em circunstâncias comuns, nas quais o agente poderia se comportar conforme o Direito, mas escolheu transgredir a

<sup>13</sup> SANZO BRODT, Luís Augusto. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*, p. 46, apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral, volume I, arts. 1º a 120 de CP*. 13 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 385.

<sup>14</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 393.

lei penal, uma vez que só podem ser reprimidas as condutas que poderiam ser evitadas. Em síntese, temos a concepção de exigibilidade de conduta diversa como:

[...] a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. [...]

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um 'padrão' de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão ser aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou de exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente<sup>15</sup>.

#### **4 Causas Excludentes da Culpabilidade**

Em que pese a doutrina não tratar de maneira uniforme o tema, o enfoque deste artigo estará nas causas excludentes de culpabilidade denominadas inimputabilidade (em razão de doença mental) e culpabilidade diminuída (em razão de perturbação mental).

##### **4.1 Inimputabilidade em Razão de Doença Mental**

A primeira hipótese de causa excludente de culpabilidade tratada no Código Penal brasileiro, no *caput* do seu art. 26, é a inimputabilidade em razão de doença mental, sendo que esta encampa todas as psicoses, sejam orgânicas, tóxicas ou funcionais, podendo ser crônicas ou transitórias.

Logo, tem-se a inimputabilidade em razão de doença mental como todas as alterações psíquicas ou mentais que anulem, à época da conduta (a ação ou omissão), a capacidade do sujeito de compreender a natureza da ilicitude do fato ou de autodeterminar-se com essa compreensão. Desta forma, doentes mentais podem ser penalmente imputáveis se realizarem o injusto penal durante intervalos de lucidez.

---

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral, volume I, arts. 1º a 120 de CP*. 13 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 403.

## 4.2 Culpabilidade Diminuída em Razão de Perturbação Mental

A culpabilidade diminuída é disciplinada pelo Código Penal brasileiro, no parágrafo único do art. 26, ao dizer que “a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”<sup>16</sup>.

Note-se que o *desenvolvimento mental incompleto ou retardado* foi mencionado no *caput* do citado artigo da legislação penal e repetido em seu parágrafo único, de forma que esta figura é tratada, ao tempo da ação ou omissão, como inimputável (incapaz de entender o caráter ilícito do fato de forma plena ou de autodeterminar-se conforme esse entendimento) ou semi-imputável (tendo reduzida tal capacidade de entendimento ou autodeterminação), respectivamente.

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal também trata como semi-imputável a figura do agente infrator atingido por *perturbação de saúde mental*. A semi-imputabilidade é caracterizada pela culpabilidade diminuída em virtude de estados que “afetam a saúde mental do indivíduo sem, contudo, excluí-la”<sup>17</sup>.

## 5 Consequências Jurídico-Penais

Desconsiderando os inimputáveis por menoridade (que estão sujeitos ao Estatuto da Criança e do Adolescente), os demais inimputáveis (tanto em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, na forma do *caput* do art. 26 do CP) serão processados, julgados e, se o juiz não confirmar a autoria, a materialidade, o fato típico ou a ilicitude, será caracterizada a hipótese de *absolvição própria* (sem a imposição de qualquer sanção penal).

Ao contrário, se for comprovado que o sujeito foi autor de um injusto penal (fato típico e ilícito), o juiz examinará a existência ou não da culpabilidade. Sendo a

<sup>16</sup> CURIA, Luiz Roberto (Colab.); CÉSPEDES, Livia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). *Vade mecum oab e concursos*. 6. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 519.

<sup>17</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 579.

inimputabilidade constatada por exame de insanidade mental, uma vez que a inimputabilidade não pode ser presumida, estaremos diante da sentença de *absolvição imprópria*, na qual o agente é absolvido, mas lhe é aplicada a *medida de segurança*.

A justificativa para a utilização da medida de segurança é a substituição do juízo de culpabilidade (essencial para a pena) pelo juízo de periculosidade (essencial para a medida de segurança), posto que esta é presumida de forma plena aos inimputáveis.

É valoroso reforçar que,

discute-se, porém, se a redução da pena é obrigatória ou facultativa. Há decisões, inclusive do STF, de que a redução da pena é facultativa. Entretanto, comprovada a redução da capacidade de entendimento e de autodeterminação, a culpabilidade é sempre menor e o juiz deverá atenuar a sanção e justificar seu grau entre os limites estabelecidos<sup>18</sup>.

O art. 98 do CP estabelece que aos semi-imputáveis também pode ser aplicada a medida de segurança. Porém, a literal interpretação desse dispositivo implica na possibilidade de aplicação dessa medida substitutiva da redução de pena sem limite de duração, o que para alguns doutrinadores seria uma ofensa ao art. 5º, XLVII, “b”, da CF/88, que veda penas de caráter perpétuo. Assim, esta cisão doutrinária fez com que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse firmando para as medidas de segurança o período máximo de trinta anos.

Ainda acerca das consequências jurídico-penais, vale ressaltar que, com a Reforma Penal de 1984, afastou-se o sistema duplo binário, no qual existia a possibilidade da medida de segurança e a pena serem aplicadas simultaneamente, aditando-se o sistema vicariante. Sobre o assunto, César Roberto Bitencourt, manifesta-se da seguinte forma:

[...] A aplicação conjunta de pena e medida de segurança lesa o princípio de *ne bis in idem*, pois, por mais que se diga que o *fundamento* e os *fins* de uma e outra são distintos, na realidade, é o mesmo indivíduo que suporta *as duas consequências* pelo mesmo fato praticado [...]<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010, p. 200.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1034.

## CAPÍTULO II – A PSICOLOGIA JURÍDICA E A PSICOPATIA

### 1 Psicologia Jurídica: Conceito e Origem

Carla Pinheiro define a psicologia jurídica como o “ramo da psicologia portador de conteúdos tendentes a contribuir na elaboração de normas jurídicas socialmente adequadas, assim como promover a efetivação dessas normas ao colaborar com a organização do sistema de aplicação das normas jurídicas”<sup>20</sup>.

A psicologia jurídica teve seus primórdios embasados na Idade Antiga e está relacionada à medicina, mais pontualmente à psiquiatria. Esta área da medicina nasceu em 1793, com o inspirador da psicopatologia e da psicologia clínica, o médico francês Philippe Pinel. No entanto, foi no século XIX que teve, dentre outras funções, a de exercer o controle e estabelecer a ordem na sociedade, e a partir desse enfoque é que surgiu a psicologia jurídica, com o entendimento de que a subjetividade é algo que identifica cada um de nós, é o singular e individual que cada pessoa vai elaborando conforme vai se desenvolvendo e vivenciando o mundo social e culturalmente.

A despeito do objeto comum com a psiquiatria, a psicologia jurídica partiu das denominadas condutas anormais para então atingir o estudo das condutas normais, e compreende a doença mental como uma desordem de personalidade, alterando-a ou desviando-a progressivamente, ou seja, a define pelo grau de desvio do que é considerado como comportamento normal.

#### 1.1 A Personalidade e os Transtornos de Personalidade

Na doutrina da psicologia jurídica encontramos a definição de personalidade como “a totalidade relativamente estável e previsível dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam a pessoa na vida cotidiana, sob condições normais”<sup>21</sup>. No entanto, é valioso lembrar que a personalidade não é imutável, pois em

<sup>20</sup> PINHEIRO, Carla; MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). *Psicologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34.

<sup>21</sup> KAPLAN e SADOCK (1993, pg. 556), apud FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathia Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.



condições atípicas, como situações de estresse ou eventos traumáticos, pode ela apresentar novas características.

Tendo isso em vista, José Osmir Fiorelli e Rosana Cathia Ragazzoni Mangini definem a personalidade “como a condição estável e duradoura dos comportamentos da pessoa, embora não permanentes”<sup>22</sup>. Sendo assim, em meio às diversas situações do convívio social, os comportamentos que persistem nessa condição estável do indivíduo recebem a designação de características de personalidade.

Tais características não podem ser vistas como virtudes, defeitos ou problemas. Elas integram maneiras de se comportar já predominantes no indivíduo e que se ressaltam, de acordo com as situações por ele vivenciadas.

Os transtornos de personalidade, por sua vez, são “padrões de comportamento profundamente arraigados e permanentes, manifestando-se como respostas inflexíveis a uma ampla série de situações pessoais e sociais”<sup>23</sup>. Isto posto, percebe-se que no cenário de transtorno há características da personalidade do indivíduo visivelmente preponderantes e a perda da flexibilidade situacional pelo indivíduo, isto é, a perda da capacidade dele em adaptar-se para atender as suas necessidades individuais e sociais.

## 2 Psicopatia: Conceito e Características

Pela 5ª versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) e pela 10ª versão da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial de Saúde (OMS), é notável que várias denominações sejam utilizadas como sinônimos para o *transtorno de personalidade antisocial* (TPAS), inclusive *psicopatia*.

Robert D. Hare retratou os psicopatas como

predadores sociais que, com seu charme, manipulação e crueldade, cavam seu espaço na vida, deixando para trás um largo caminho de corações partidos, expectativas frustradas e carteiras vazias. Completamente desprovidos de consciência e empatia, eles egoisticamente pegam o que querem e fazem o

<sup>22</sup> FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathia Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

<sup>23</sup> KAPLAN e SADOCK (1993, pg. 196), apud Ibidem, p. 107.

que lhes agrada, violando normas sociais e expectativas sem o menor sentimento de culpa ou arrependimento<sup>24</sup>.

De encontro com o DSM-V e a CID-10, temos a corrente majoritária resultante da evolução das ciências da saúde, considerando a psicopatia como um transtorno de personalidade antissocial. Nesse diapasão, Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini elucidam:

[...]. Mais adequado parece considerar a psicopatia como um transtorno de personalidade, pois implica uma condição mais grave de desarmonia na formação da personalidade.

Com efeito, a personalidade refere-se a uma individual característica de modelos de pensamento, sentimento e comportamento. Nesse sentido, ela é interna, reside no indivíduo, mas é manifestada globalmente, e possui componentes cognitivos, interpessoais e comportamentais, de modo que descreve modelos comportamentais através do tempo e das situações. De acordo com essa compreensão, a psicopatia pode ser entendida como um particular modelo de personalidade. [...] <sup>25</sup>.

Hilda Morana, em seus recentes estudos, faz menção a dois níveis de psicopatia: *o transtorno parcial (TP) da personalidade e o transtorno global (TG) da personalidade*. O primeiro é tido como uma linha incomum de caráter e mais alcançável à psicoterapia, no sentido de prover um melhor controle comportamental, ou seja, “[...] o comprometimento pessoal se mostrava mais restrito a certas áreas do desempenho da personalidade”<sup>26</sup>. Já o segundo, é considerado como a psicopatia em si, com a personalidade prejudicada em todas as suas esferas. Nas palavras da psiquiatra:

Os pacientes com TP se manifestam através de uma qualidade de ressonância emocional mais socializada. Ao contrário, os pacientes com TG não apresentam sensibilidade afetiva com propensão à socialização. Talvez por isso, as pessoas com TP interiorizem sentimentos mais diferenciados e maior capacidade de controlar os impulsos, a não ser em determinadas circunstâncias<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> HARE, R.D. *Without conscience: the disturbing world of the psychopaths among us*. New York: Pocket Books, 1993. p. xi, apud CASTRO, Isabel Medeiros de. *Psicopatia e suas consequências jurídico-penais*. Porto Alegre, 2012. p. 5.

<sup>25</sup> TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 160-161.

<sup>26</sup> MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. *Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial*. 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 13.

<sup>27</sup> Idem, *ibidem*, p. 15.

E por fim, iremos evocar as características citadas por Jorge Trindade como um consenso na doutrina das principais características da psicopatia:

- a) Relacionamento com os outros: No eixo do relacionamento interpessoal, costumam ser arrogantes, presunçosos, egoístas, dominantes, insensíveis, superficiais e manipuladores.
- b) Afetividade: No âmbito da efetividade, são incapazes de estabelecer vínculos afetivos profundos e duradouros com os outros. Não possuem empatia, remorso ou sentimento de culpa.
- c) Comportamento: Na parte relacionada com o comportamento, são agressivos, impulsivos, irresponsáveis e violadores das convenções e das leis, agindo com desrespeito pelos direitos dos outros<sup>28</sup>.

## 2.1 Instrumentos de Avaliação da Psicopatia

### 2.1.1 Prova de Rorschach

A Prova de Rorschach teve o início de sua elaboração em 1911 e a sua publicação em 1921 pelo psiquiatra suíço Hermman Rorschach. É um mecanismo de avaliação global da personalidade do examinado independente do ato criminoso que o indivíduo tenha cometido. É composto por dez pranchas com borrões de tintas coloridas ou preta e branca, que apresentam características próprias “quanto à proporção, angularidade, luminosidade, equilíbrio espacial, cores e pregnância formal”<sup>29</sup>.

É uma prova de projeção das características comportamentais do examinado, quando este interpreta os significados das manchas de tintas e estes são analisados por especialistas e comparados a dados estabelecidos para a população normal.

A doutrina é majoritária no entendimento de que a prova de Rorschach, aliada a outros instrumentos de avaliações, é considerada adequada ao diagnóstico de transtornos específicos da personalidade, especialmente a psicopatia. Entretanto, a correta e confiável avaliação da prova de Rorschach depende desta ser aplicada por um profissional bem treinado e experiente.

---

<sup>28</sup> TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 167.

<sup>29</sup> TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 171.

### 2.1.2 Psychopath Checklist-Revised

Considerando a correlação entre crimes (especialmente os violentos) e a psicopatia, em 1980, o canadense Robert Hare criou o Psychopath Checklist (PCL) e, alguns anos mais tarde, o Psychopath Checklist-Revised (PCL-R).

Atualmente, parece haver um consenso de que o mecanismo mais propício para mensurar a psicopatia e reconhecer fatores de risco de violência é o PCL-R. A eficácia reputada a essa ferramenta de avaliação é destacada também em obra de Jorge Trindade:

[...] a Escala Hare tem se mostrado muito eficaz na identificação da condição de psicopatia, sendo unanimemente considerado o instrumento mais fidedigno para identificar psicopatas, principalmente no contexto forense, e verificar, além de comportamentos, os traços de personalidade prototípicos de psicopatia<sup>30</sup>.

O checklist da Escala Hare é organizado em vinte itens, a saber:

- loquacidade; charme superficial;
- superestima;
- estilo de vida parasitário; necessidade de estimulação; tendência ao tédio;
- mentira patológica; vigarice; manipulação;
- ausência de remorso ou culpa;
- insensibilidade afetivo-emocional; indiferença; falta de empatia;
- impulsividade; descontroles comportamentais;
- ausência de metas realistas a longo prazo;
- irresponsabilidade; incapacidade para aceitar responsabilidade pelos próprios atos; promiscuidade sexual;
- muitas relações conjugais de curta duração;
- transtornos de conduta de infância;
- delinquência juvenil;
- revogação de liberdade condicional;
- versatilidade criminal<sup>31</sup>

Cada um desses itens da escala é pontuado de 0 a 2 (0 para a não existência; 1 para talvez/existência em alguns aspectos; e 2 para a sua existência) e o levantamento das características dos itens é baseado em fatores de estilo de vida, afetivos, interpessoais e antissociais (transgressores), cuja pontuação total pode chegar até 40.

<sup>30</sup> MORANA, H. C. P. Disponível em [www.casadopsicologo.com.br](http://www.casadopsicologo.com.br). Acessado em 02.07.2004, apud TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 170.

<sup>31</sup> FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathia Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 110.

O PCL-R já é aplicado nas populações carcerárias de muitos países, dentre eles: Estados Unidos da América, Canadá, Escócia, Nova Zelândia, Bélgica, Austrália, Inglaterra, Holanda, Suécia, Dinamarca, Noruega, Finlândia, China e Alemanha. Cada país que utiliza este instrumento de avaliação adota um valor como ponto de corte, a fim de se identificar o psicopata típico (com elevadas chances de reincidir na conduta delituosa).

## 2.2 O Tratamento da Psicopatia

Acerca da eficácia do tratamento de psicopatas, a década de setenta foi permeada de uma descrença, sobressaindo-se a ideia que nada funcionava. A controvérsia sobre tratamentos, na história da psiquiatria, gira em torno de tratamentos medicamentosos, psicológicos, punitivos e, inclusive, cirúrgicos. No entanto, prevalece, nos dias atuais, o entendimento de que não há tratamentos a eles aplicados que resultem na redução da violência ou da criminalidade.

Os psicopatas são pessoas que se reputam autossuficientes e egocêntricas que, numa rara busca por tratamento médico ou psicológico, poderão estar repletos da intenção de se aperfeiçoarem em laudos técnicos, a fim de minimizarem as sanções a que possam ser submetidos.

Nesse mesmo diapasão, Hare destacou que alguns dos recursos terapêuticos podem intensificar aquilo que se objetiva melhorar, ou seja, “[...] determinados programas podem fornecer ao psicopata um aprimoramento na sua técnica de manipular, iludir, enganar e aproveitar-se dos outros”<sup>32</sup>, gerando-se mais danos do que melhorias.

Além disso, estudos como os de Salekin, Rogers e Sewell, por exemplo, “demonstraram que psicopatas desestruturam as próprias instituições de tratamento,

---

<sup>32</sup> HARE, R. D. *Without conscience: The disturbing world of the psychopaths among us*. New Cork: Guilford Presse. 1998, apud TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 172.

burlam as normas de disciplina contribuindo para aumentar a fragilidade do sistema, e instalam um ambiente negativo onde quer que se encontrem”<sup>33</sup>.

## CAPÍTULO III – O DIREITO PENAL E O PSICOPATA

### 1 Psicopatia e Imputabilidade

Recordando-se o que já examinamos previamente, no que diz respeito à aplicação dessas consequências jurídico-penais, “as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando necessitam de especial tratamento curativo”<sup>34</sup>.

Desta forma, se faz oportuno adentrarmos na questão da imputabilidade da figura dos psicopatas. Para responsabilizá-los penalmente, é vital a identificação entre o transtorno parcial e global da personalidade antissocial, pois “a maioria dos psicopatas preenche os critérios para transtorno antissocial, mas nem todos os indivíduos que preenchem os critérios para transtorno antissocial são necessariamente psicopatas”<sup>35</sup>.

Jorge Trindade nos relata que “há uma tendência universal de considerar psicopatas capazes de entender o caráter lícito ou ilícito dos atos que pratica e de dirigir suas ações”<sup>36</sup>. Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini os consideram imputáveis e responsáveis “por ter alguma consciência da ilicitude da conduta, mas é reduzida a sanção por ter agido com culpabilidade diminuída em consequência de suas condições pessoais”<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> SALEKIN, R. T.; ROGERS, R.; SEWELL, K. W. *A review and meta-analysis of the Psychopathy* 1996, apud Ibidem, p. 172.

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1035.

<sup>35</sup> MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. *Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial*. 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 34.

<sup>36</sup> TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 174.

<sup>37</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral*, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010, p. 199.

A par disso, a sanção penal para a culpabilidade diminuída é refletida por Cezar Roberto Bitencourt da seguinte forma:

*A culpabilidade diminuída dá como solução a pena diminuída, na proporção direta da diminuição da capacidade, ou, nos termos do art. 98 do CP, a possibilidade de, se necessitar de especial tratamento curativo, aplicar-se uma medida de segurança, substitutiva da pena. Nesse caso, é necessário, primeiro, condenar o réu semi-imputável, para só então poder substituir a pena pela medida de segurança, porque essa medida de segurança é sempre substitutiva da pena reduzida. Quer dizer, é preciso que caiba a pena reduzida, ou seja, que o agente deva ser condenado. E o art. 98 fala claramente em ‘condenado’ [...]*<sup>38</sup>.

Ante tudo o que foi exposto, verifica-se que o ordenamento jurídico penal brasileiro não define a psicopatia, mas a jurisprudência acaba por tratá-la como perturbação mental, atribuindo-se aos psicopatas a redução de pena ou a medida de segurança, nos termos do parágrafo único do art. 26 e do art. 98, ambos do CP.

## 2 As Avaliações Técnicas no Sistema Carcerário Brasileiro

Após a introdução da Lei nº 10.792/2003, a Lei de Execução Penal (LEP), “para a concessão dos benefícios legais, as únicas exigências previstas são o cumprimento do lapso temporal exigido por lei e a boa conduta”<sup>39</sup>, ou seja,

No sistema carcerário brasileiro não existe um procedimento de diagnóstico para a psicopatia quando há solicitação de benefícios, redução de penas ou para julgar se o preso está apto a cumprir sua pena em um regime semiaberto. Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. Nos países onde a Escala Hare (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos. Atitudes como essas acabam por reduzir a violência na sociedade como um todo.

Hilda Morana, não somente foi a responsável pela tradução, adaptação e validação da Escala Hare no Brasil, como também lutou pela sua aplicação em nossos presídios e pela criação de prisões específicas para os psicopatas, esforços que acabaram

<sup>38</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 581-582.

<sup>39</sup> SÁ, Alvinio Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

por contribuir com o Projeto de Lei nº 6.858 de 2010. Atualmente, esta proposta legislativa encontra-se apensada ao Projeto de Lei nº 4.500/2001 e sujeita a apreciação do Plenário. E tem como justificativa:

garantir a realização obrigatória de exame criminológico do agente condenado a pena restritiva de liberdade, quando de sua entrada no estabelecimento prisional em que cumprirá a pena, e quando das progressões de regime a que tiver direito, por uma comissão técnica independente [...] de fora da estrutura formal das penitenciárias, com a capacitação profissional indispensável à avaliação das condições psicossociais do preso quando este, por decisão da Justiça, puder estar em contato com a sociedade.[...] Além disso, outra alteração se faz necessária, no mesmo diapasão das primeiras, a fim de prever a execução da pena do psicopata separadamente da dos presos comuns<sup>40</sup>.

### **3 Reforma do Código Penal Brasileiro**

Se a Reforma Penal de 1984 trouxe algumas mudanças significativas no que se refere à psicopatia, é com pesar que recebemos o Projeto de Lei nº 236 de 2012, do qual nada disciplinou de novo a respeito da imputabilidade ou do conceito deste agente infrator.

Porém, anexado à proposta de 2012, temos o Projeto de Lei nº 140 de 2010 não abandonando o tema da psicopatia em repleto silêncio na legislação penal. Este projeto sugere a inclusão do conceito penal de assassino em série, por meio da inserção dos §§ 6º, 7º, 8º e 9º ao art. 121 do CP.

De forma censurável, tal projeto de lei acaba por se preocupar apenas com um tipo de psicopatia, além de impor como requisitos a quantidade mínima de crimes realizados de forma dolosa e padronizados em determinado intervalo de tempo. Nada obstante, desprezou a tentativa e não determinou de forma objetiva o lapso temporal.

Ademais, o tratamento dado à pena para este infrator merece atenção, uma vez que a reclusão mínima de trinta anos em regime fechado e as vedações do § 9º lançam dúvidas no que tange à sua constitucionalidade.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 6858/2010. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica.



Isto posto, conclui-se que, ainda que se perceba boa intenção no esforço do legislador para tipificar de forma específica o psicopata, o assunto ainda demanda atenção das áreas das ciências jurídicas (penal e constitucional) e da psiquiatria forense em conjunto. Outrossim, que não sejam desconsiderados outros tipos de psicopatia.

## CONCLUSÃO

Sendo o crime um injusto penal culpável, concluimos que a culpabilidade aperfeiçoa a conduta típica e ilícita do sujeito. Logo, foi necessário atentarmos às causas excludentes da culpabilidade, principalmente a imputabilidade. Constatamos assim, que para a aferição da inimputabilidade, o ordenamento jurídico penal brasileiro adotou, em regra, o sistema biopsicológico, segundo o qual a inimputabilidade somente é possível de ser reconhecida se, ao tempo da ação ou omissão do agente, este apresente problema mental que afaste toda a sua capacidade de entender o caráter ilícito da sua conduta e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento, isto é, a capacidade de entender a conduta e querer praticá-la.

No decorrer deste estudo foi possível demonstrarmos o crescente consenso de a psicopatia ser um transtorno de personalidade antissocial e os indivíduos por ela acometidos terem plenas condições de distinguir o certo do errado, ou seja, compreenderem o caráter ilícito de um fato e se autodeterminarem conforme esse entendimento. Aliás, é gradual o entendimento da doutrina psiquiátrica de que esses indivíduos, ao agirem de forma criminosa, não o fazem por falta do entendimento do caráter ilícito da conduta, mas sim pela falta de empatia e consideração pelos sentimentos alheios, somado ao fato de acharem que sairão sempre impunes, razão pela qual agem de forma sistemática e repetitiva. Portanto, conclui-se que não se trata o psicopata de um inimputável.

Logo, diante da suspeita do réu ser portador de psicopatia, cabe ao juiz determinar a realização de avaliações, a fim de se verificar o diagnóstico do infrator, inclusive o grau da psicopatia, se for o caso. Para tanto, destacamos o atual entendimento de que a prova de Rorschach, aliada a outros instrumentos de avaliações, como o PCL-R, é considerada adequada ao diagnóstico de transtornos específicos da

personalidade, especialmente a psicopatia. É importante ressaltar que pelo próprio sistema biopsicológico, cabe ao perito tratar da questão biológica e ao juiz tratar da questão psicológica.

Diante da ausência de norma penal relacionada à figura do psicopata e da variação, por muitas décadas, de concepções para a psicopatia, é até compreensível que atualmente os psicopatas sejam tratados como semi-imputáveis. Entretanto, com tudo que foi exposto sobre o assunto, é de nosso entendimento que estes indivíduos devam ser considerados como imputáveis. Sob outro ângulo, ao assim considerá-los, levantamos a questão da pena não se tratar de um meio retributivo e preventivo eficaz contra eles. A ressocialização destes infratores é tida, pela maioria, como impossível, assim como o tratamento, o que nos leva a vê-los como uma figura altamente perigosa dentro e fora dos presídios, pois utilizam seu poder de sedução e manipulação com as vítimas, com os encarcerados, com os funcionários da prisão, com os profissionais da área da saúde etc.

Em decorrência do entendimento jurisprudencial de tratar os psicopatas como semi-imputáveis, atribuindo-lhes a culpabilidade diminuída, percebe-se que, nos dias atuais, esse perfil transgressor da lei e de alto índice de reincidência criminal recebe o privilégio da redução de pena, afastando-lhe de uma pena severa.

A possibilidade de se lhe aplicar a medida de segurança em substituição do juízo de culpabilidade pelo juízo de periculosidade, traz à tona a questão desta medida ser discutida como remédio, e não como pena para que possa ser aplicada por tempo indeterminado. Tal entendimento vai contra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de firmar o prazo máximo de trinta anos para essa medida, em respeito à vedação constitucional de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b” da CF/88) e do que preconiza o Código Penal, no *caput* do seu art. 75, das penas privativas de liberdade não poderem ser superiores a trinta anos.

Diante disto, se passados trinta anos de tratamento ambulatorial de um condenado acometido por psicopatia que, pela Constituição Federal, deva ser liberado da medida de segurança, entendemos restar prejudicado o direito fundamental à segurança da coletividade em prol de um direito fundamental individual que se configura como cláusula pétrea de nossa Carta Magna. Conclui-se, assim, que o

tratamento despendido atualmente ao tema mostra-se insuficiente, cabendo ao Poder Judiciário adequar-se à realidade das normas vigentes no país e preservar, da melhor forma possível, os preceitos constitucionais que tutelam os direitos coletivos e individuais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 6.858/2010*. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>>. Acesso em 25 jun. 2015, 14:45.

CASTRO, Isabel Medeiros de. *Psicopatia e suas consequências jurídico-penais*. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/isabel\\_castro.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/isabel_castro.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2015, 17:37.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CURIA, Luiz Roberto (Colab.); CÉSPEDES, Lívia (Colab.); ROCHA, Fabiana Dias da (Colab.). *Vade mecum oab e concursos*. 6. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathia Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal, parte geral, volume I, arts. 1º a 120 de CP*. 13 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral – vol. 1*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010. São Paulo: Atlas, 2010.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. *Identificação do ponto de corte para a escala pcl-r (psychopathy checklist revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial*. 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709>. Acesso em 23 jun. 2015, 19:44.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PINHEIRO, Carla; MACIEL, José Fábio Rodrigues (Coord.). *Psicologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÁ, Alvinho Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a lei nº. 7.209, de 11-07-1984 e com a constituição federal de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

## A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL E SUA DIMENSÃO AMBIENTAL

*Naiara Suelem Pinheiro<sup>1</sup>*

*Paulo Roberto Cunha<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente trabalho consiste na análise da função social da propriedade rural privada em sua dimensão ambiental. A caracterização da propriedade foi alterada, não sendo mais entendida como um direito absoluto, incorporando, nesse sentido, outros direitos fundamentais, dentre eles, o direito ao meio ambiente, incluído no rol dos direitos de terceira geração. Desse modo, a propriedade deve atender sua função social em todas as suas dimensões, inclusive a ambiental.

**Palavras Chave:** Função social da propriedade rural privada, dimensão ambiental, desapropriação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a função social da propriedade rural privada e sua dimensão ambiental, também chamada por alguns estudiosos de “função ambiental”. O ponto central desse trabalho é a dimensão ambiental da função social da propriedade rural privada, que necessita receber maior atenção por parte do Poder Público, pois é onde está a maior parte dos recursos naturais do país.

Nesse sentido, 87% da vegetação natural existente no bioma Cerrado está em áreas privadas; em relação à Mata Atlântica, o percentual é de 92%; nos Pampas é

---

<sup>1</sup> Bacharel em direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta e Escrevente Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

<sup>2</sup> Mestre e doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo (PROCAM-USP), professor do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiá (SP).

de 99%; e na Caatinga é de 98% (SPAROVEK, 2011, p. 117<sup>3</sup> *apud* CUNHA 2013, p. 47).

Sabe-se que ao passo que a humanidade evolui e com ela a industrialização, a modernização e as contradições sócio econômicas do sistema capitalista, faz-se necessário a criação de mecanismos com vistas a coibir práticas abusivas e desmedidas para com o meio ambiente.

Nesse contexto, que o instituto da função social estabelece uma relação da propriedade com a sociedade, inexistindo apoio jurídico “para a propriedade que agrida a sociedade” (MACHADO, 2013, p. 249).

O artigo está estruturado da seguinte forma: o primeiro capítulo analisa sumariamente o direito de propriedade, seu conceito e seus aspectos históricos; o segundo capítulo estuda o princípio da função social da propriedade, enquanto elemento integrante do direito de propriedade, e analisa os pressupostos da função social da propriedade rural; por fim, no terceiro capítulo, abordaremos a dimensão ambiental da função social, cuja análise é o foco do presente artigo.

## **1. O DIREITO DE PROPRIEDADE**

### **1.1 Conceito**

A origem etimológica do vocábulo “propriedade”, quer dizer, uma relação entre um indivíduo e um objeto (FIGUEIREDO, 2004, p. 36).

Segundo Bevilaqua (1951, p. 115):

O conceito da propriedade coletiva, familiar, ou privada, não pode ser idêntico; mas, em todos esses regimes, que representam a evolução do fenômeno econômico- jurídico da propriedade, há uma ideia essencial comum, não obstante as profundas diferenças que os caracterizam. Economicamente, é a utilidade das forças naturais, e depois também das psíquicas, para a satisfação das necessidades humanas, reduzidas, nos primeiros tempos, e variando, infinitamente, com o evoluir da cultura. E, juridicamente, é a segurança, que o grupo social oferece a essa utilização. A utilização assim assegurada é poder atribuído a um sujeito e cuja extensão e intensidade variam. As coisas utilizadas são bens.

---

<sup>3</sup> SPAROVEK, Gerd; BARRETO, Alberto; KLUG, Israel; PAPP Leonardo; LINO, Jane. A Revisão do Código Florestal Brasileiro. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 89, p. 111-135, mar. 2011.

Nesse sentido, propriedade não é um direito, mas sim, a relação sobre a qual recai uma proteção jurídica, sendo o direito de propriedade a proteção da relação entre o sujeito e o objeto (DERANI, 2002, p. 58).

Considerando a perspectiva civilista brasileira, o direito de propriedade é o mais abrangente do direito das coisas, isso porque compreende as faculdades de usar, gozar e dispor de um bem e de reivindicá-lo de quem injustamente o possua.

## 1.2 Noções históricas sobre a propriedade

A propriedade para ser compreendida em seu contexto histórico, passa pela análise social e, sobretudo política, a qual se delineia paulatinamente. É em breve retrospecto histórico que Bittar (1991, p. 57) assinala que:

(...) Mesclado, no início, a interesses grupais, veio com a afirmação das individualidades, a exercer extraordinária influência na progressão da espécie humana no mundo terrestre, na ocupação de espaços, na formação das nacionalidades, e enfim, na definição de hábitos e de costumes, em todas as épocas e ora identificadores das diferentes nações em que divide a humanidade.

No Grécia Antiga (1100 a. C. - 146 a. C.), de acordo com Coulanges (2006, p.52): “a ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva (...)”

O mesmo autor destaca que a ideia de domicílio surgiu naturalmente, isso porque, a família se atrelava ao lugar onde estava o altar sagrado, e aquele local estaria conectado àquela família e suas gerações, permanentemente. Portanto, verificamos que a propriedade naquela época estava ligada à família (COULANGES, 2006).

Padelletti (1886)<sup>4</sup> *apud* Bevilaqua (1951, p. 112) salienta que na Roma primitiva o conceito de propriedade detinha caráter absoluto e exclusivo do pai de família, “sendo de rejeitar-se a suposição de que, em época histórica, ou na imediatamente a precedeu, não tenha existido senão uma propriedade comunal, e que a propriedade privada se estabeleceria com a admissão da plebe no Estado”.

---

<sup>4</sup> *Storia del diritto romano*, Firenze, 1886, cap. VIII.

Ocorre que, esse entendimento não é pacífico dentre os romanistas e historiadores, porquanto alguns salientam a existência do coletivismo na Roma primitiva (BEVILAQUA, 1951, p. 112).

Com o advento da Lei das Doze Tábuas, em Roma (450 a. C.) a concepção de propriedade, que antes se apresentava sob a ótica sagrada e familiar, adquire novos contornos, como por exemplo, a possibilidade de alienação. Esta lei conservou a inviolabilidade da propriedade, dando-lhe tamanho prestígio, que até mesmo o corpo do devedor respondia pela dívida, e não a própria terra (FIGUEIREDO, 2004, p. 45).

Na Idade Média (476 d. C - 1453 d. C.), por seu turno, consagrou-se a distinção entre o domínio do senhor e o domínio do vassalo, que possuía caráter hierárquico. Definindo-se à época o sistema que denominou-se de enfiteuses<sup>5</sup> (WALD, 2002, p. 111).

Com a ascensão da Revolução Francesa (1789-1799) e devido ao cenário político-social anterior, a propriedade passou a ser tema de importância vital aos ideais revolucionários (BLANC, 2005, p. 28).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, trouxe em seu bojo o direito de propriedade como direito inviolável e sagrado, pertencente aos direitos naturais e imprescritíveis do homem, surgindo assim, como expressão da liberdade individual, na conformidade dos princípios do Estado Liberal.

O Código de Napoleão de 1804 também adotou diversas disposições sobre a propriedade e destacou que o direito de fruir e dispor das coisas era absoluto e exclusivo, com a condição de que não desrespeitasse a lei. Portanto, retomou a ideia de propriedade privada e individualista (GOMES, 1998, p. 717).

Na crise do Estado Liberal e na ascensão do Estado Social, a Constituição de Weimar, de 1919, previa em seu texto, que o direito de propriedade não poderia ser exercido de forma contrária ao interesse social e coletivo, havendo a possibilidade de desapropriação.

---

<sup>5</sup> O direito real através do qual o dono de um imóvel transfere para outra pessoa o seu domínio útil, por meio do pagamento de uma pensão anual. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/enfiteuse/>. Acesso em 08/08/2014.



### 1.3 Aspectos históricos da propriedade no Brasil

Analisando o histórico da propriedade imobiliária em nosso país, verifica-se que durante o período de 1500 a 1530, nenhuma forma de colonização foi implementada pelos portugueses no território brasileiro, destarte todas as terras eram públicas (VARELLA, 1998, p. 56).

Ferreira (2002, p. 108) explica que o primeiro regime adotado fora o das sesmarias (1530). Esse sistema era o que vigia em Portugal, na época, e por isso foi implantado no Brasil, a partir da chegada da Coroa Portuguesa. Segundo o mesmo autor, as sesmarias eram “lotes de terras incultas ou abandonadas cedidas pelos reis de Portugal a pessoas que quisessem cultivá-las”, desde que cumpridas algumas condições que, na prática, eram desrespeitadas pelos sesmeiros.

Naquela época as terras brasileiras eram vagas, não apropriadas, e habitadas por indígenas que não conheciam o instituto jurídico da propriedade (SILVA, 2008, p. 44).

O Brasil permaneceu sob o regime sesmarial, onde senhores comandavam a terra, por quase trezentos anos (VARELLA, 1998, p. 69).

A partir de 1822 passou a vigorar o regime das posses. Se antes a Coroa portuguesa concedia um título e a partir disso, o beneficiado se via no direito de proprietário, com o advento do novo regime, a propriedade passa a ter sua legitimação na posse. Isto é, em havendo a posse, com cultivo e realização de benfeitorias, se concedia o título. Tal regime, somente foi definitivamente regularizado com a Lei nº 601, de 1850, conhecida com a Lei de Terras (VARELLA, 1998, p. 71).

Naquela época vigia no Brasil a Constituição Imperial de 1824, que no inciso XXII, do artigo 179, dispunha:

É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude, e dará as regras para se determinar a indemnização. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica exceção (BRASIL, 1824).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 tratou da propriedade do mesmo modo como a carta política anterior.

O Código Civil brasileiro de 1916 seguiu os moldes do Código de Napoleão, o qual adotava a concepção de propriedade eminentemente individualista, enfatizando os poderes de domínio.

Até a década de 1930, não houve modificações no que tange a propriedade em território nacional.

O Decreto Federal nº 22.785, de 1933, proibiu a usucapião de terras devolutas<sup>6</sup> (BENATTI, 2003, p. 115).

O diploma constitucional de 1934, que sofreu influência da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de Weimar de 1919, previa em seu texto, que o direito de propriedade não poderia ser exercido de forma contrária ao interesse social e coletivo, havendo a possibilidade de desapropriação.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 significou um retrocesso, pois suprimiu o preceito estabelecido na Constituição de 1934, segundo o qual, o direito de propriedade não poderia ser exercido de forma contrária ao interesse social e coletivo. No seu artigo 122, número 14, tão somente, assegurava “o direito de propriedade salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do artigo 166 (...)”. Acrescente-se que o mesmo dispositivo constitucional foi suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942.

É com a Constituição de 1946 que houve uma retomada do que previa a Constituição de 1934, condicionando o uso da propriedade ao bem-estar social (artigo 147). Surgiu com a Constituição de 1946 a figura da desapropriação por interesse social, nos termos do artigo 141, § 16 da mesma.

A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), ainda em vigor, foi o primeiro diploma legal a empregar o termo “função social da propriedade”, em seu artigo 2º. A Constituição do Brasil de 1967 também empregou o termo “função social da propriedade” (artigo 157, inciso III), fazendo parte dos princípios regentes da

---

<sup>6</sup> Terras devolutas são: “São terras públicas que em nenhum momento integraram o patrimônio particular, ainda que estejam irregularmente em posse de particulares. O termo “devoluta” relaciona-se ao conceito de terra devolvida ou a ser devolvida ao Estado”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/81573.html>. Acesso em 11/03/2015.

Ordem econômica e social. Previu ainda, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social (artigo 150, § 22), bem como a utilização da propriedade particular em caso de perigo público iminente (artigo 157, §1º).

É com a Constituição de 1988 (CF/1988), que o direito de propriedade sofreu profundas modificações, haja vista abranger de maneira mais pormenorizada os aspectos atinentes à função social e as consequências de seu eventual descumprimento, conforme detalham os tópicos seguintes.

## **2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

### **2.1 Aspectos gerais**

Leon Duguit (1859-1928) então professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Bordeaux, na França, fortemente influenciado por Augusto Comte, e sua doutrina positivista, é quem originariamente elaborou a tese da função social da propriedade (FIGUEIREDO, 2004, p. 69).

O positivismo que influenciou Duguit entende que o homem faz parte de um todo social. Nesse sentido, aduz Figueiredo (2004, p. 70): “O positivismo pretende, assim, reduzir toda a moral humana à meta de viver para a humanidade. Trata-se de forte reação ao individualismo exacerbado do período pós revolucionário de 1878”.

Para Comte seria irrelevante a existência do homem de maneira isolada, uma vez que é da sociedade que provém o desenvolvimento do ser humano (FIGUEIREDO, 2004 p. 70).

Duguit sustenta que estendendo essa concepção para o campo patrimonial, passa-se a entender que o caráter absoluto e intangível do direito de propriedade desaparece. Para Duguit, todas as propriedades capitalistas evoluem na acepção social, daí sua pretensão de adequar o direito à realidade vivente no início do século XX (FIGUEIREDO, 2004 p. 70 e 72).

Trata-se, portanto, de uma visão cujo alicerce é a propriedade privada. De modo que, é errôneo pensar que a concepção de função social foi idealizada inicialmente com amparo no ideário socialista (FIGUEIREDO, 2004, p. 71). Assim, em última análise compreende Figueiredo (2004 p. 72) que a função social da propriedade

“visa a perpetuar um determinado modelo de sociedade e de propriedade (a propriedade privada)”.

A crítica de Duguit era a de que o sistema civilista somente protegia os fins individuais. Duguit não negava a existência da propriedade privada, mas procurava evidenciar sua natureza de direito-função, ao invés de direito subjetivo, a qual, ele rejeitava (FIGUEIREDO, 2004, p.73).

No Brasil, é com a publicação da Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra), que se institui o princípio da função social. Tal diploma legal representou um marco no regime jurídico brasileiro, não somente por consagrar o princípio da função social da propriedade rural, mas também, por disciplinar as relações jurídicas agrárias (D'ÁVILA, 2005, p. 9).

No âmbito constitucional, a função social da propriedade foi prevista pela primeira vez na Carta de 1967, consagrando-a como um dos princípios da ordem econômica. A Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que praticamente resultou na promulgação de uma nova Carta Política, não alterou substancialmente o tratamento da função social da propriedade.

A CF/1988, por sua vez, contempla a função social da propriedade como princípio geral da atividade econômica, condicionando o direito de propriedade ao cumprimento da função social e definindo o seu conteúdo e as consequências de sua não observância.

Importa ressaltar, que o dispositivo constitucional que consagra o direito de propriedade e o condiciona ao cumprimento da função social, situam-se no Título II da Constituição, destinados aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. Ao elencar o princípio da função social dentre os direitos e garantias individuais, a CF/1988 se difere das anteriores.

Desse modo, a propriedade é tratada pelo poder constituinte em duas acepções: como direito fundamental e como elemento da ordem econômica (CAVEDON, 2003, p. 65).

## **2.2 A função social da propriedade como elemento constitutivo do conceito jurídico de propriedade**

O caráter absoluto com que antes tratado o direito de propriedade foi mitigado e adequado no sentido de que essa propriedade tenha uma destinação social.

O princípio da função social da propriedade constitui uma condicionante ao direito de propriedade, é em verdade um atributo ligado a esse direito, evidentemente, não exclui os direitos do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa.

De acordo com Borges (1999, p. 81), a propriedade não passou a ser função, posto que, de fato resta ainda a noção de direito subjetivo da propriedade, uma vez que é garantido o direito de propriedade constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Porém, a função social atinge o conteúdo do direito de propriedade. Nas palavras da autora: “o direito de propriedade constitui-se de direito subjetivo e função social”.

Nessa linha de raciocínio salienta Derani (2002, p. 58):

A palavra *função*, dentro do princípio jurídico da "função social da propriedade", deve ser compreendida como conteúdo. Ela determina o conteúdo social da relação de propriedade. Ao se dizer que a propriedade deve responder a uma função social, está-se impondo uma nova configuração pelo modo como o sujeito irá se apropriar do objeto e transformá-lo.

A função social não tem caráter limitativo/restritivo o qual reveste às normas administrativas, porém é entendido como elemento integrante do próprio direito de propriedade, e tem por escopo a modificação de sua estrutura para flexibilização do uso ilimitado e incondicionado da propriedade (CAVALCANTI, 2014, p. 906).

Assim, é que de acordo com Eros Grau (1983)<sup>7</sup> *apud* Cavedon (2003, p. 84):

(...) o princípio da Função Social da Propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de Propriedade, de modo a determinar – repita-se - profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por isso que, embora sem autorizar a supressão da Propriedade Privada, transforma - a em um dever.

Estabelecidas essas premissas, analisar-se-á o tratamento da função social da propriedade rural, à luz do texto constitucional. O artigo 186 do referido diploma traz

---

<sup>7</sup> GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano, p. 67.

os requisitos a serem observados, os quais demonstram o cumprimento da função social da propriedade rural, o qual será analisado no próximo tópico.

### **2.3 Pressupostos da função social da propriedade rural**

Sabe-se que da função social decorre um conjunto de deveres atribuídos ao proprietário. Por outro lado, adotamos o entendimento de Carlos Frederico Marés, para quem o dever de cumprir a função social é dirigido tanto ao proprietário como ao possuidor<sup>8</sup>. Nesse sentido, complementa o mesmo autor: “(...) quem cumpre uma função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra (...). Por isso a função social é relativa ao bem e ao uso, e não ao direito” (MARÉS, 2003, p. 116).

Estabelecido esse ponto, esclarece-se que o artigo 5º da Constituição Federal garante o direito de propriedade (inciso XXII), ressaltando que “a propriedade atenderá sua função social” (inciso XXIII). Desse modo, a atual Constituição prevê a função social da propriedade não somente como princípio da ordem econômica, mas também como direito e garantia do homem, considerado, portanto, cláusula pétrea, conforme dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF/1988.

O artigo 186, da CF/1988, por sua vez, estabelece o conteúdo da função social da propriedade rural. O primeiro requisito, o requisito econômico (artigo 186, inciso I), é cumprido quando a propriedade é aproveitada de forma racional e adequada.

A Lei nº 8.629/1993, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, em seu artigo 9º, § 1º, considera aproveitamento racional e adequado a exploração da propriedade rural que atinja os graus mínimos de utilização e eficiência.

Nesse contexto, dispõe o artigo 6º, § 1º da referida lei, que o grau de utilização da terra (GUT) deverá ser igual ou superior a 80%, calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel. Já o grau de eficiência na exploração da terra (GEE) deverá ser igual ou superior a 100%, nos termos do § 2º, do artigo 6º, em conformidade com os parâmetros indicados pelo

---

<sup>8</sup> Embora a Constituição Federal de 1988 utilize-se do termo propriedade. Nesse sentido, para Marés (2003, p. 116) leia-se terra.

órgão competente do Poder Executivo, o qual, leva em consideração a média da região onde se localiza o imóvel rural.

Sobre o referido artigo 6º, explica D'ávila (2005, p. 16):

(...) serve de base para os atos normativos do Ministério do Desenvolvimento – MDA e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, que regulamentam as vistorias e fiscalizações realizadas pelos técnicos da autarquia agrária para auferir a produtividade dos imóveis rurais.

Prosseguindo com o conteúdo da função social da propriedade rural, o inciso II, do artigo 186, da CF/1988, dispõe sobre o requisito ambiental, segundo o qual a propriedade deve utilizar os recursos naturais disponíveis de forma adequada e preservar o meio ambiente, tema que é abordado nos tópicos seguintes deste trabalho.

O requisito trabalhista, de que trata o inciso III, do referido artigo, é cumprido quando há observância das disposições que regulam as relações de trabalho, tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parcerias rurais, conforme dispõe o artigo 9º, § 4º, da Lei nº 8.629/1993.

Por fim, o inciso IV do artigo 186, da CF/1988, trata do requisito sociológico, e é acatado, nos termos do § 5º, do artigo 9º, da Lei nº 8.629/1993, quando há o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham na terra, a observação das normas de segurança do trabalho e não provocação de conflitos e tensões sociais no imóvel. Vale ressaltar que conflitos e tensões sociais são realidade no Brasil e, sobre esse ponto, Figueiredo (2004, p. 208) tece importantes considerações a esse respeito:

(...) os conflitos e tensões sociais no campo somente se resolvem a partir de uma abrangente política agrária, parte de uma ainda mais ampla política social que se proponha a reduzir efetivamente as desigualdades sócio-econômicas ocorrentes em nosso país. Os conflitos e tensões sociais, como é sabido, são regra no Brasil, onde se verificam ainda hoje práticas criminosas que extrapolam contornos ambientais e trabalhistas.

Note-se que, os requisitos previstos devem ser observados, de maneira simultânea, como prevê textualmente o *caput* do artigo 186, da CF/1988. E os critérios para averiguação da presença desses requisitos estão previstos na legislação esparsa,

mormente, que tratem da matéria agrária (a exemplo, Lei nº 8.629/1993), ambiental e trabalhista.

### **3. DIMENSÃO AMBIENTAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL**

A definição da dimensão ambiental como elemento da função social da propriedade, entendida como o conjunto de deveres imputados ao proprietário com vistas à manutenção do equilíbrio ecológico, é importante no sentido de dirigir a atuação privada em termos de preservação ambiental (BORGES, 1999, p. 116).

Conforme já explicitado a função social foi erigida à categoria de princípio constitucional, previsto nos artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 182, § 2º e 186, todos da Carta Magna. Nesse sentido, coube à Constituição definir o conteúdo jurídico não apenas do direito de propriedade, mas também do direito a um meio ambiente sadio.

Acerca da tutela ambiental, a CF/1988 foi a primeira Constituição brasileira a assumir a matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, o Capítulo VI, do Título VIII (SILVA, 2013, p. 49). A começar, o artigo 225 define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo<sup>9</sup>, reconhecendo-o como essencial para à sadia qualidade de vida, isso significa dizer, que é condição imprescindível da dignidade da pessoa humana.

Imperioso destacar que o artigo 170, inciso VI, da CF/1988, reputa a defesa do meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica. O que vale dizer que toda atividade econômica só pode desenvolver-se legitimamente se observar a proteção ao meio ambiente.

São princípios constitucionais da ordem econômica, outrossim, a propriedade privada (artigo 170, inciso II) e a função social da propriedade (artigo 170, inciso III). Dessa forma, explica Cavedon (2003, p. 98): “as necessidades do mercado,

---

<sup>9</sup>Artigo 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 (BRASIL, 1988).



o desenvolvimento econômico, a apropriação privada e bens, não podem se sobrepor à defesa do Meio Ambiente”. Até porque tais princípios estão colocados em mesmo nível de igualdade.

E vale acrescentar que, em 1964, o Estatuto da Terra já previa a “dimensão ambiental da função social da propriedade” (artigo 2º, § 1º, ‘c’).

Segundo Cavedon (2003, p. 122) apesar da categoria “Função ambiental da propriedade” não estar explícita no texto constitucional, pode ser deduzida. Nesse sentido, a mesma autora entende que:

A partir do momento em que o Direito de Propriedade passa a ser objeto de limitações derivadas da proteção legal ao Meio Ambiente, a Propriedade adquire uma nova Função, de caráter ambiental, pela qual o seu uso, gozo e fruição deverá garantir a integridade do patrimônio ambiental nela existente. (CAVEDON, 2003, p. 123)

O conteúdo da “função ambiental” da propriedade rural é compreendido a partir do inciso II do artigo 186, *in verbis*:

Artigo 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:  
(...)  
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

Com exceção do inciso III, do artigo 186, da CF/1988, todos os outros têm relação direta com a questão ambiental. Quando trata do aproveitamento racional e adequado, de utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, de preservação do meio ambiente, e de exploração que favoreça ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, a norma evidencia a função ambiental, não obstante use a expressão mais abrangente função social (PETERS, 2003, p. 131).

Pois bem, vê-se que ao delimitar o conteúdo da função social da propriedade rural, a atual Constituição Federal concebe como um de seus atributos à proteção ao meio ambiente, quando coloca como requisito ao cumprimento desta, a utilização adequada dos recursos naturais.

O dever imposto ao Poder Público e a coletividade de preservar o meio ambiente, nos termos do artigo 225, da CF/1988, coaduna-se com a obrigação jurídica que tem o proprietário de usar sua propriedade utilizando adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservando o meio ambiente.

No mesmo sentido, a legislação infraconstitucional, tal como o Código Civil, em seu artigo 1228, § 1º:

Artigo 1228- O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Esse dispositivo pode ser considerado um avanço do ponto de vista legislativo, tendo em vista ter sido incluído no bojo da legislação civilista, a qual é conhecida por tratar da propriedade como direito de cunho absoluto.

A Lei Federal 8.629/1993 (Lei de Reforma Agrária) estabeleceu o seguinte:

Artigo 9º. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos:

(...)

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

(...)

§ 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade

§ 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Frise-se que, a preservação do meio ambiente não conflita com o dever de produzir, mas, ao contrário, se harmoniza (PETERS, 2003, p. 131).

No mesmo sentido, Borges (1999, p. 113) preconiza a chamada “dupla função protetora”, segundo o qual “Há uma dupla proteção na idéia de função ambiental da propriedade: a proteção do meio ambiente e a proteção da própria propriedade”. É

assim, pois, uma vez visando à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservando o meio ambiente, protege, acima de tudo, a propriedade, em face da perda de seu potencial produtivo.

Do exposto, tem-se que a função ambiental da propriedade obriga todos os proprietários, sejam eles públicos ou particulares (CAVEDON, 2003, p. 116). Sendo que o seu cumprimento é condição para o exato cumprimento da função social da propriedade.

A CF/1988, como se viu, traça o conteúdo amplo da função ambiental, ou seja, os deveres genéricos que a compõem. O conteúdo específico da função ambiental deve ser analisado sob o enfoque da legislação ambiental (BORGES, 1999, p. 111).

Uma das maneiras de se cumprir a dimensão ambiental da função social da propriedade rural é o atendimento à legislação que dispõe sobre os espaços especialmente protegidos, notadamente as áreas de preservação permanente e de reserva legal, que são disciplinadas pelo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme se constatou, a tese que Duguít (1859- 1928), elaborou, acerca da função social da propriedade, inspirado em Augusto Comte, ganhou força ao longo do tempo, contribuindo para que a concepção de propriedade individualista fosse modificada, o que implicou em sua relativização em face do interesse social.

A caracterização da propriedade modicou-se de forma a atender aos novos direitos, e assim, manter-se coerente com o ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, a função social não constitui uma mera limitação ao direito de propriedade, é, pois, elemento constitutivo desse direito. Embora o direito de propriedade confira ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor de um bem e de reivindicá-lo de quem injustamente o possua, esse está condicionado ao atendimento de sua função social.

É nesse contexto, segundo o qual, há reflexos da proteção ao meio ambiente sobre o direito de propriedade, que a propriedade tem uma importância impar, uma vez que o proprietário através de condutas inadequadas possa vir a causar prejuízos

ambientais. Nesse passo, a proteção legal do meio ambiente, deve incidir sobre direitos e condutas privadas, com vistas à efetivação do que proclama o artigo 225, da CF/1998.

Por fim, sabemos que a preservação do meio ambiente não é tarefa fácil, na medida em que setores da economia pressionam o Poder Público objetivando a flexibilização da legislação ambiental, e lamentavelmente, o princípio da função social da propriedade tem sido relegado ao esquecimento.

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1951.

BENATTI, José Helder. *Direito de Propriedade e Proteção Ambiental no Brasil: apropriação e o uso dos recursos no imóvel rural*. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Pará, Belém, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos reais*. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BLANC, Priscila Ferreira. *Plano diretor urbano e Função social da propriedade*. 1ª Edição, Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2002. (publicação).

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Brasília, DF, 25 de março de 1824.

BRASIL, Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de julho de 1934.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Brasília, DF, 10 de novembro de 1937.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Brasília, DF, 18 de setembro de 1946.

BRASIL. *Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Decreto nº 10.358 de 1942*. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Brasília, DF, 01 de setembro de 1942.

BRASIL. *Lei Federal nº 4.504/1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 de novembro de 1964.

BRASIL. *Lei Federal nº 8.629/1993*. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 1993.

BRASIL. *Lei Federal nº 12.651/2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de maio de 2012.

CAVALCANTI. Sandra Maria. Direito absoluto de propriedade versus função socioambiental da propriedade: A restrição de natureza ambiental ao conteúdo do direito de propriedade. *Anais do Congresso de Direito Ambiental, de 31 de maio a 4 de junho de 2014*. São Paulo, 2014, p. 898-910.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função Social e Ambiental da Propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. 2006. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>>. Acesso em 20/07/2016.

CUNHA, Paulo Roberto. *O Código Florestal e os processos de formulação do mecanismo de compensação de reserva legal (1996-2012): ambiente político e política ambiental*. 2013. 255 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM) da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

D'ÁVILA, Renata Almeida. *O Princípio da Função Socioambiental da Propriedade Rural e a Desapropriação por Interesse Social para Fins de Reforma Agrária*. Monografia de Especialização. Brasília: UnB-CDS, 2005.

DERANI, Cristiane. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da "Função Social"*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 27, julho-setembro 2002.

- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Agrário*. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.
- GOMES, Orlando. *Significado da Evolução Contemporânea do Direito de Propriedade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 757, novembro 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- PETERS, Edson Luiz. *Meio ambiente e propriedade rural*. 1ª Edição, Curitiba: Juruá Editora, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, Ligia Osorio. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. 2ª Edição, Campinas, Editora da Unicamp, 2008.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. São Paulo: LED, 1998.
- WALD, Arnoldo. *Direito das coisas*. 11ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

## TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES E A LEGISLAÇÃO AMBIENTAL BRASILEIRA

*Rafaela Roberta Morandini<sup>1</sup>*

*Paulo Roberto Cunha<sup>2</sup>*

### RESUMO:

Este trabalho tem como objetivo analisar sucintamente a efetividade da legislação ambiental nos casos de tráfico de animais silvestres. Além disso, este artigo explana os dados alarmantes do comércio ilegal e suas drásticas consequências. Aborda-se ainda a falta de recursos e capacitação dos agentes fiscalizadores e dos órgãos governamentais envolvidos. A desigualdade social que se alastra pelo Brasil, faz com que a captura e venda ilegal da fauna silvestre seja fonte de renda para muitas famílias carentes, desta forma, além de penas mais rigorosas, defende-se a necessidade de investimentos em educação ambiental, para que a sociedade visualize o cenário caótico que estamos enfrentando e as consequências irreparáveis causadas pela retirada destes animais da natureza. A luz da Constituição Federal é dever do Poder Público e de toda coletividade a luta pela preservação ambiental. Todavia, a discussão realizada no artigo mostra que as penalidades estão sendo brandas demais e por isso o comércio ilegal continua sendo tão corriqueiro e uma das práticas ilícitas mais lucrativas no Brasil.

**Palavras chave:** tráfico de animais silvestres, fauna brasileira, direito ambiental, Lei de Crimes Ambientais.

### INTRODUÇÃO

Um dia a humanidade se arrependerá sem chance de perdão de não lutar pela preservação ambiental, mas enquanto houver esperança, não devemos envidar

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Advogada na empresa CRS Brands Indústria e Comércio Ltda.

<sup>2</sup> Mestre e doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental da Universidade de São Paulo (PROCAM-USP), professor do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiaí (SP).

esforços para tutelar o que ainda não está perdido, defender a causa animal, aqueles que por si não são capazes. É dever de toda sociedade, inclusive do Estado, a luta e a criação de medidas eficientes para garantir a preservação do meio ambiente, visando alcançar um desenvolvimento sustentável.

Devemos garantir que as presentes e futuras gerações usufruam de um ambiente saudável, que respeitem os animais, conhecidos como seres irracionais, aqueles dotados de uma beleza ímpar, de cores e características únicas e exuberantes, responsáveis pelo equilíbrio da natureza, que asseguram a sobrevivência da raça humana, pois fazem parte dos processos naturais necessários a existência da Terra.

A interação entre o homem e o meio ambiente se encontra fracassada, o homem tem usufruído da natureza de maneira irresponsável, destruindo-a sem pudor.

Durante muitos anos os animais foram tidos somente como objetos de propriedade humana, não se levava em consideração que estes possuíam sentimentos e direitos, porém com o passar do tempo devido ao apego e a aproximação entre as espécies, à interação entre homem e animal, fez com que a sociedade adquirisse o fervor pela luta em defesa dos animais.

Para Laerte Fernando Levai (1998, p. 16):

(...) a lei os considera, de um lado, meros objetos materiais da conduta humana, de outro, propriedade particular ou da Nação. Na verdade, a proteção aos animais defluiu de uma postura ético-moral que considera a vida como o bem supremo de qualquer criatura. Com base nesse princípio que gente do mundo todo, sensibilizada com o sofrimento animal, fez ecoar seu clamor pela noite dos tempos, a procura da verdadeira Justiça.

Atualmente enfrentamos um problema silencioso, que se alastra pelas fronteiras, é um dos grandes responsáveis pela extinção de dezenas de espécies. No Brasil, o tráfico de animais silvestres, que consiste na retirada de animais silvestres de



seu habitat natural para comercializá-los, se tornou uma oportunidade de enriquecimento rápido e fácil, devido à falta de fiscalização e da aplicação das leis que coíbam tal prática, bem como pela ausência de consciência ambiental.

Estamos diante de um vilão que se fortalece a cada dia e que contribui significativamente para a degradação do meio ambiente e das espécies, além de movimentar anualmente milhões de reais ilicitamente e que tem se tornado tão poderoso, quanto ao tráfico de drogas e de armas.

Precisamos buscar a criação de medidas eficientes, penalidades mais rigorosas, investir em educação ambiental, pois é imprescindível a conscientização da população, é necessário que conheçam a proporção do problema e do impacto causado ao alimentarem o tráfico, comprando e mantendo animais silvestres em cativeiro.

A população não possui a dimensão do que ocorre por trás, por exemplo, da compra de um simples papagaio em uma feira livre. É típico conhecermos pessoas próximas que cultivam a prática de criar como bichos de estimação, papagaios, pássaros, cobras, entre outros animais silvestres. A falta de conhecimento e informação faz destas pessoas, ainda que indiretamente, grandes contribuintes ao crescimento desta prática ilegal.

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) assegura que incumbe ao Poder Público o dever de criar mecanismos para garantir a eficiência de suas leis e promover educação ambiental (§1º, do art. 225, da CF/1988). E a sociedade, por sua vez, possui o dever de lutar pela preservação da natureza (art. 225, *caput*, da CF/1988), respeitando suas limitações, compreendendo que um animal silvestre, diferentemente de um animal doméstico, não é propício ao convívio humano, pois enfrenta problemas de reprodução

e adaptação, quando retirado de seu habitat natural, por isso necessita de proteção especial.

Fruto da monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, escrita pela primeira autora e orientada pelo segundo autor, este artigo procura promover reflexões que envolvem, de um lado, o grave problema ambiental do tráfico de animais silvestres e, de outro, a pouca combatividade da Lei de Crimes Ambientais e a necessidade de investimento em educação ambiental.

A metodologia utilizada foi a consulta em bibliografias, artigos jurídicos, jurisprudências, páginas eletrônicas de órgãos governamentais, além de entrevistas com gestores que acolhem e cuidam de animais silvestres ilegalmente retirados do seu ambiente.

## **FAUNA SILVESTRE E O TRÁFICO DE ANIMAIS**

Desde seu descobrimento, o Brasil despertou a cobiça mundial por sua fauna e flora; portador de uma rica biodiversidade, o país se tornou atrativo aos contrabandistas de animais silvestres<sup>3</sup>, como descreve a Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RENCTAS, 2001).

---

<sup>3</sup> Fauna silvestre, nos termos da Lei Federal nº 5.197/1967, pode ser definida como o conjunto de “animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento que vivem naturalmente fora do cativeiro” (BRASIL, 1967, art. 1º). A Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal nº 9.605/1998), por sua vez, fornece um conceito mais completo: “são espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou em águas jurisdicionais brasileiras” (BRASIL, 1998, art. 29, §3º).

No mesmo sentido, Dean (1996, p. 63-66) narra algumas passagens ocorridas na época do descobrimento, a respeito da captura de animais por parte de nativos tupis, destinados aos navios portugueses; esses animais, ao desembarcarem em terras europeias, despertavam grande curiosidade e interesse da população e eram comercializados nas ruas. Em um dos relatos, o mesmo autor afirma que o ano de 1511 pode ter sido o início do contrabando da fauna silvestre brasileira, posto que o manifesto de carga do navio *Bretoa* continha a indicação do embarque de 23 periquitos, 16 felinos, 19 macacos e 15 papagaios. E, em 1532, o registro do navio *Pélérine* anotava o embarque de 3.000 peles de leopardos, 300 macacos e 600 papagaios.

O comércio ilegal de animais foi avançando ao longo dos tempos e cresceu ferozmente; estima-se que essa prática tenha movimentado no Brasil cerca de US\$ 2,5 bilhões/ano (DESTRO et. al., 2012, p. 1).

No planeta, o tráfico de animais silvestre é a terceira atividade ilícita mais lucrativa, perdendo apenas para o tráfico de drogas e para o tráfico de armas (SANTOS, 2012, citando dados da Organização das Nações Unidas - ONU). Segundo a mesma autora:

O comércio ilegal de animais é um dos atos mais prejudiciais ao meio ambiente pois além de ameaçar a perenidade das espécies, a procura por esses animais incentiva a caça e a pesca ilegais. Neste sentido, Calhau afirma: "O tráfico de espécies protegidas é semelhante ao de drogas, mas o primeiro apresenta uma diferença: embora seja proibido, na prática não é penalizado".

O tráfico é o comércio ilegal, onde contrabandistas capturam de maneira cruel diversos animais, os mantêm em cativeiro e posteriormente os vendem. O transporte destes animais até os criadouros ilegais ocorre de maneira precária e desumana, levando a maior parte dos animais capturados à morte.

Estima-se que “cerca de 38 milhões de exemplares sejam retirados anualmente da natureza e que aproximadamente quatro milhões deles sejam vendidos” (DESTRO et. al., 2012, p. 3). Os mesmos autores citam dados do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA), estimando que a cada dez animais capturados, um chega a seu destino final e nove morrem no caminho.

Mesmo assim, este novo ramo de negócio se tornou uma oportunidade de enriquecimento rápido e fácil, devido à falta de fiscalização e de uma legislação mais severa, aliado as condições sociais de muitos brasileiros, que por falta de recursos, descobriram no tráfico uma ótima oportunidade de ganhar dinheiro. Nesse sentido, reforça o relatório da RENCTAS (2001, p. 28-29) ao afirmar que os fornecedores de animais para atividade de tráfico de animais são pessoas do interior do Brasil, que muitas vezes possuem baixa qualidade de vida, sem acesso a saneamento básico, educação, saúde, emprego, dentre outras necessidades.

E os intermediadores, por sua vez, são os responsáveis em levar os animais capturados pelos fornecedores até as mãos dos consumidores e podem ser classificados em três grandes grupos: a) pessoas que transitam entre as zonas rurais e os centros urbanos, como fazendeiros, motoristas de ônibus, regatões e ambulantes; b) pequenos e médios traficantes que fazem conexão com grandes traficantes nacionais e internacionais; c) os traficantes de grande porte, que agem de maneira articulada, podendo viajar sem maiores problemas de um país para o outro, possuem grande estrutura para traficar (RENTAS, 2001, p. 29).

Os consumidores, que muitas vezes adquirem animais traficados pela rede mundial de computadores (*internet*), são na grande maioria pessoas que desejam ter

animais silvestres como animais de estimação, os criadouros, zoológicos, aquários, circos, grandes colecionadores particulares, proprietários de curtumes, indústria pilífera, produtores e estilistas de moda, indústria farmacêutica e clubes ornitófilos (RENCTAS, 2001, p. 30).

Podemos dizer que o tráfico da vida silvestre é um crime extremamente lucrativo com consequências graves, penas relativamente pequenas e poucos processos instaurados. (DESTRO et. al., 2012, p. 3).

No Brasil é comum encontrarmos em feiras livres diversas espécies sendo vendidas ilegalmente, principalmente aves. O problema parece longe do alcance de nossos olhos, tendo em vista a pouca publicidade dada ao assunto, seja pela mídia ou pelos órgãos governamentais, mas o que preocupa é que sua ocorrência cresce sorrateiramente e a cada dia que passa dezenas de animais são capturados.

## **LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E O TRÁFICO DE ANIMAIS**

A legislação ambiental sofreu diversas modificações ao longo dos anos, na medida em que a sociedade evoluiu, maior preocupação foi dada as causas ambientais e ao sofrimento animal, inclusive pelo surgimento de problemas drásticos<sup>4</sup>.

Claro que ainda falta muito para chegarmos ao ideal, isto é, à medidas que de fato regulem a interação entre homem e ambiente. Entretanto, numa visão mais otimista, nota-se que alguns passos foram dados.

---

<sup>4</sup> Para um breve histórico a respeito da evolução da legislação ambiental acerca da tutela jurídica dos animais, ver Morandini (2015).

A CF/1988 trouxe um marco divisório na ordem jurídica ambiental, orientando a proteção dos animais nas seguintes direções: a vedação de práticas que ameacem a função ecológica de cada espécie e a proibição de práticas que provoquem a extinção das espécies ou que submetam os animais à crueldade (art. 225).

No plano infraconstitucional, o combate ao tráfico de animais silvestres, apesar de não possuir tratamento específico, está previsto nas Leis Federais nºs. 5.197/1967 (Lei de Proteção à Fauna) e 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), além do Decreto Federal nº 6.514/2008 que regulamentou esta última normativa.

Com relação à Lei de Proteção a Fauna, cabe destacar a proibição do comércio e caça de animais silvestres, conforme dispõe o artigo 3º, §1º ao § 3º, abaixo transcritos:

Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

§ 1º Exceção-se os espécimes provenientes legalizados.

§ 2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública.

§ 3º O simples desacompanhamento de comprovação de procedência de peles ou outros produtos de animais silvestres, nos carregamentos de via terrestre, fluvial, marítima ou aérea, que se iniciem ou transitem pelo País, caracterizará, de imediato, o descumprimento do disposto no caput deste artigo.

Importante ressaltar que, por serem lesivas ao meio ambiente, as práticas que envolvem o tráfico de animais (desde o fornecedor, passando pelo intermediador e até o consumidor final) estão sujeitas, conforme o caso, a tríplice responsabilidade ambiental (administrativa, penal e civil) (§ 3º, do art. 225, da CF/1988).

No tocante a responsabilidade administrativa, o art. 2º, do Decreto nº 6.514/2008, considera “infração administrativa ambiental, toda ação ou omissão que

viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”, o que, por óbvio inclui o bem estar dos animais silvestres.

As sanções administrativas impostas ao infrator ambiental envolvido, de alguma forma, com o tráfico de animais, são: advertência, multa simples, multa diária, apreensão dos animais, dos produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, a destruição ou inutilização de produto, a suspensão de venda e fabricação do produto, o embargo de obra ou atividade, a demolição e a suspensão parcial ou total de atividade (BRASIL, 2008).

Ainda, poderá ocorrer a suspensão ou cancelamento de eventuais registros, licenças, permissões ou autorizações, a perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais, a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento, proibido de contratar com a Administração Pública pelo período de até 3 anos (BRASIL, 2008).

Quando a fiscalização localiza indivíduos com animais silvestres ao constatar a ocorrência de infração administrativa ambiental, é lavrado auto de infração, dando ciência ao autuado, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Com a condenação, as multas variam de R\$ 500,00 a R\$ 5.000,00 dependendo do animal, se está ameaçado de extinção, incluso na lista da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES)<sup>5</sup> e ainda, as penalidades podem ser duplicadas se o sujeito praticou o

---

<sup>5</sup> “A Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES representa um dos acordos ambientais mais importantes para preservação das espécies ameaçadas pelo comércio, e atualmente possui 180 países signatários. A CITES regulamenta a exportação, importação e reexportação de animais e plantas, suas partes e derivados, através de um sistema de emissão de licenças e certificados que são expedidos se atendidos os requisitos da Convenção

ato para obter vantagem pecuniária, como no caso do tráfico.

Entretanto a legislação possibilita a conversão de multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, como exemplificado no Auto de Infração lavrado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Processo nº 02005002326/03-64, onde o interessado utilizava-se de animais silvestres em cativeiro, o que ensejou pena de multa de R\$ 1.792.000,00, que foi convertida em prestação de serviços ambientais após comprovada a impossibilidade econômica do interessado em efetuar o pagamento. Nota-se que a pena aplicada se comparada com as consequências do ato, possui valor ínfimo.

Como se falou, além da sanção administrativa, é possível, concomitantemente, a punição pela via penal, “vez que a proteção do meio ambiente em geral, baseada exclusivamente em penalidades administrativas mostra-se insuficiente (SANTOS, 2012).

Porém, o tráfico de animais silvestres está previsto implicitamente em cinco condutas diferentes no art. 29, da Lei de Crimes Ambientais, *in verbis*:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:  
Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

O *caput* deste artigo incrimina as condutas de matar, perseguir, caçar, apanhar, e utilizar. Matar significa pôr fim à vida, extinguir; perseguir é sinônimo de correr atrás, manter-se no encalço, seguir tenazmente; caçar é abater, perseguir com intuito de matar; apanhar é recolher, apreender, pegar, e por fim utilizar é aproveitar

---

aplicados à espécie constantes dos seus anexos. O Brasil aderiu à Convenção em 1975”. Fonte: <<http://www.ibama.gov.br/servicos/cites>>. Acesso em 09 jul. 2016.



para algo, servir-se. (COSTA NETO et. al. 2000, p. 163).

Trata-se, pois, de um crime de ação múltipla, onde todas estas condutas estão abrangidas pelo tipo penal, basta apenas a prática de uma delas para que se configure o delito. (COSTA NETO et. al. 2000, p. 163).

O presente tipo penal protege todas as espécies que são originárias dos ecossistemas brasileiros, assim como as que vieram em outros tempos e aqui se desenvolveram e ainda as que estejam se reproduzindo e desenvolvendo o seu ciclo de vida nesta parte do mundo. Igualmente a legislação tutela as espécies que não são originárias do Brasil, mas que passam parte de seu ciclo de vida neste território, como por exemplo, algumas aves que atravessam os oceanos e aqui pousam durante um período, antes de seguirem viagem para outras terras. (COSTA NETO et. al. 2000, p. 164).

Além da prática das condutas determinadas no *caput* do artigo, cujo objeto é a fauna silvestre, para que haja a realização do tipo objetivo, faz-se necessário que tal conduta se dê sem aprovação da administração pública. Ressalta-se que a prática destas condutas pode se tornarem legais desde que previamente autorizadas. O legislador menciona a permissão, licença ou autorização, que embora considerados atos administrativos que visam a legitimar uma atuação do particular perante a Administração Pública, há diferenças entre estes três institutos (COSTA NETO et. al. 2000, p. 165).

O inciso III, do art. 29, da Lei de Crimes Ambientais, tipifica condutas claramente ligadas ao tráfico de animais, por meio do qual o legislador desejou punir o comércio de animais silvestres e todos os atos que dele oriunda:

Art. 29 (...)

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

(...)

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Neste caso, o legislador estabeleceu novo tipo penal de ação múltipla, tipificando como ilícito penal, na primeira parte do inciso III, as condutas de vender, expor a venda, exportar, adquirir ou guardar ovos, larvas ou espécies da fauna silvestre, oriundos de apreensões ilegais ou que porventura não tenham procedido de criadouros legalizados. Portanto, comercializar animais que vivem fora de cativeiro é ato ilícito, ao menos que na origem, o ato tenha sido praticado com permissão do IBAMA, e no caso do comércio, com a devida licença (COSTA NETO et. al. 2000, p. 169).

Segundo os mesmos autores: “a venda ou a compra destes animais é fato típico, tanto para quem vende quanto para quem adquire. A criminalidade não se limita aos animais vivos, mas se estende aos ovos e larvas”. Inclusive considera-se fato típico o transporte não autorizado de ovos animais e larvas (COSTA NETO et. al. 2000, p. 169).

Na segunda parte do inciso III, o legislador criminalizou todos os atos do comércio que possua como objeto produtos oriundos de animais silvestres abatidos ou apreendidos sem a devida permissão do IBAMA, ou de origem de criadouros ilegais. A venda de penas, peles, couros, a compra, utilização, guarda, exposição em lojas e inclusive o transporte, são elementos do tipo penal. A legislação pune além do abate do animal, o comércio e o comprador, buscando prevenir a morte de animais para o consumo inconsequente (COSTA NETO et. al., 2000, p. 170-171).

O artigo 31 da referida lei, preceitua que é proibido “introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente” (BRASIL, 1998), cuja penalidade é detenção, de três meses a um ano, e multa.

Esta modalidade tutela o tráfico internacional da vida silvestre, como estudado anteriormente o tráfico ultrapassa fronteiras, esta movimentação irresponsável de espécies estrangeiras pode prejudicar o meio ecológico dos animais nativos, inclusive trazendo doenças, bactérias e diversos parasitas.

A legislação permite que ocorra tal operação desde que autorizado pelo IBAMA.

Todo animal silvestre oriundo de tráfico enfrenta procedimentos traumáticos desde a captura até sua venda – caso sobreviva – conforme o artigo 32 é proibido “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 1998), sendo aplicada pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. O traficante, além de responder criminalmente pelo artigo 29, normalmente responde cumulativamente por este crime.

Pela leitura dos dispositivos legais anteriormente transcrito, especialmente o artigo 29, da Lei de Crimes Ambientais, percebe-se que não há na esfera penal uma tipificação específica ao tráfico de animais, daí um dos motivos para a ineficiência do combate a este crime.

Além disto, a pena aplicada nestes casos é de detenção de seis meses a um ano, e multa. Trata-se de um crime de menor potencial ofensivo, onde há possibilidade de ocorrer a concessão de transação penal se o autor for primário. Assim o

contrabandista poderá ser condenado ao pagamento de determinado valor para instituições de caridade, prestação de serviços a comunidade, etc.

A frustração em razão da ínfima sanção penal para esse tipo de crime é perceptível na fala de Nereston J. Camargo, gestor do Centro de Pesquisa e Triagem de Animais Selvagens (CEPTAS) Unimonte<sup>6</sup>:

[a legislação] é muito falha, sabemos que o individuo pode recorrer e ficará pagando cestas básicas, então ficamos observando eles [os criminosos] tirando sarro como já aconteceu de uma pessoa ser apreendida, dar risada dizendo que não vai parar de traficar porque é só pagar cesta básica.

## CASO PRÁTICO: EXEMPLO DA INEFICIÊNCIA DA LEI

Estudando o processo que originou a Ementa abaixo, pode-se averiguar o quão branda é a aplicação da pena:

PENAL. CRIME AMBIENTAL. LEI 9.605/98. MANUTENÇÃO CLANDESTINA DE AVES EM CATIVEIRO. MAUS TRATOS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ANIMAIS SILVESTRES. MATERIALIADE E AUTORIA COMPROVADAS. 1. Constitui crime contra o meio ambiente a introdução no País de pássaros silvestres bem como a prática de maus-tratos contra esses animais (artigos 31 e 32 da Lei 9.605/98). 2. A manutenção em cativeiro de pássaros da fauna silvestre sem autorização do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente - IBAMA constitui crime previsto no art. 31 da Lei 9.605. 3. Apelação parcialmente provida. (TRF-1 - ACR: 1326 RR 2008.42.00.001326-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 21/01/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1291 de 08/02/2013)

---

<sup>6</sup> Informações fornecidas por Nereston J. Camargo, gestor da CEPTAS Unimonte – MG, por *e-mail*, em contato realizado em 16 de julho de 2015. Os Centro de Triagem de Animais Silvestres (CETAS) do IBAMA são unidades responsáveis pelo manejo dos animais silvestres que são recebidos de ação fiscalizatória, resgate ou entrega voluntária de particulares. Os CETAS possuem a finalidade de receber, identificar, marcar, triar, avaliar, recuperar, reabilitar e destinar esses animais silvestres, além de realizar e subsidiar pesquisas científicas, ensino e extensão. A solicitação de pesquisa deverá ser formalizada na Superintendência do IBAMA. Fonte: <<http://www.ibama.gov.br/areas-tematicas-fauna-silvestre/centros-de-triagem-de-animais-silvestres>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

Em 2007, a Polícia Federal do Estado de Roraima instaurou inquérito policial após receber denúncia de um informante anônimo, de sotaque venezuelano, comunicando que os denunciados iriam trazer da Venezuela 500 pássaros que estariam escondidos dentro da lataria de um veículo e seriam levados para uma residência em Roraima, alugada exclusivamente para servir de cativeiro clandestino a pássaros. As aves seriam embaladas em gaiolas minúsculas e transportadas para Manaus (BRASIL, TRF, 2008).

No dia 25/05/2007, agentes da Polícia Federal deslocaram-se até a referida residência para averiguação. No local foram apreendidos 521 pássaros, mais tarde reconhecidos através do Laudo de Exame de Animal, como de espécie *Sicalis flaveola flaveola*, que inexistente no território brasileiro, em condições naturais. Houve a constatação de que os animais sofreram maus tratos, sobretudo, em razão das caixas minúsculas utilizadas para o transporte. Ainda segundo o laudo mencionado, além dos 521 animais vivos, ainda foram apreendidos em cativeiro, onze animais mortos e mais quatro animais soltos (BRASIL, TRF, 2008).

Em fase processual, o contrabandista alegou que capturou os pássaros que estavam soltos na região, levando aproximadamente 15 dias para enclausurar 500 deles, sendo que cada pássaro vale em torno de R\$ 200,00 e que seu objetivo era criar por *hobby*. O acusado informou que seu irmão havia sido preso pelos mesmos fatos (BRASIL, TRF, 2008).

O magistrado de primeira instância entendeu que a materialidade restou comprovada através de laudo pericial, que atestou a inexistência dos animais periciados em território nacional. Em relação à autoria, as confissões do acusado e das

testemunhas, perante autoridade policial e em juízo, foram suficientes para o seu convencimento. Aduziu o juiz que, embora o acusado tenha admitido a aquisição dos pássaros em território brasileiro, não se convencera do fato em apreço, dada a grande quantidade de pássaros apreendidos (mais de 500), e, ainda, o resultado do laudo pericial, o qual afirmou categoricamente que os animais não pertenciam à fauna brasileira (BRASIL, TRF, 2008).

O acusado foi condenado com base nos arts. 31 e 32, § 2º, da Lei 9.605/98<sup>7</sup>, em concurso material (art. 69 do Código Penal) à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão e 55 dias-multa, e absolvido da imputação relativa ao crime tipificado no art. 334 do Código Penal.

Ao apelar da decisão, o acusado alegou que a autoria e a materialidade delitivas não ficaram devidamente comprovadas e, ainda, que não ficou comprovado que os pássaros não eram pertencentes à fauna brasileira (BRASIL, TRF, 2008).

Em decisão o desembargador relator manteve a decisão do juiz de primeira instância, reconhecendo comprovada a autoria e materialidade do delito, porém entendeu pela a diminuição da penalidade aplicada (BRASIL, TRF, 2008).

Para o desembargador relator, o juiz sentenciante obedeceu os requisitos dos arts. 59 e 68 do Código Penal na fixação da pena para o crime tipificado no art. 31 da Lei 9.605/98, no entanto, fixou a pena em grau máximo, com o que não estava de acordo com as circunstâncias analisadas, pois nem todas eram desfavoráveis ao réu.

---

<sup>7</sup> Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

(...)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Desse modo, reduziu a pena base para 8 meses de detenção e 18 dias-multa e, diante da inexistência de agravantes, sendo o réu confesso, a pena foi reduzida em 1/6, restando em 6 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa (BRASIL, TRF, 2008).

No que se refere ao crime de maus tratos (art. 32, da Lei 9.605/98), a pena-base também foi fixada em grau máximo, ou seja, em 1 ano de detenção e 30 dias-multa para o crime tipificado no art. 31, da Lei 9.605/1998. Pelos mesmos motivos acima expostos, reduziu-se a pena-base para 8 meses de detenção e 18 dias-multa, e ainda por não haver agravantes e ser o réu confesso, reduziu-se a pena em 1/6, restando em 6 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa (BRASIL, TRF, 2008).

O desembargador relator aplicou o aumento da pena previsto no § 2º, do art. 32, da Lei 9.605/1998, majorando-a em 1/6, restando definitiva em 7 meses e 20 dias de detenção e 17 dias-multa (BRASIL, TRF, 2008).

Em razão do concurso material de crimes (art. 69, do Código Penal), as penas totalizavam em 1 ano, 3 meses e 20 dias de detenção e 37 dias-multa, à razão de 1/10 do salário vigente à época dos fatos (BRASIL, TRF, 2008).

E ainda, por preencher os requisitos do art. 44, do Código Penal, o desembargador relator manteve a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, fixada pelo juiz sentenciante, consistentes em: a) prestação pecuniária, no valor de 2 salários mínimos em favor da Associação Luta pela Vida; e b) prestação de serviços à Associação Luta pela Vida, devendo fazê-lo aos sábados, domingos e feridos ou em dias úteis, à razão de 01 hora de tarefa/dia de condenação (BRASIL, TRF, 2008).

Em suma, em sede recursal manteve-se o entendimento de que inverídica seria alegação do acusado que estava com os pássaros por simples “*hobby*”, pois devido a suas condições financeiras não seria possível arcar com algo tão oneroso. Apesar dos fatos comprovados, o acusado ainda obteve a redução das penas de 1 ano e 10 meses de reclusão e 55 dias-multa para 1 ano, 3 meses e 20 dias de detenção e 37 dias-multa. (BRASIL, TRF, 2008).

Por fim, o contrabandista prestaria serviços à comunidade, ficando em liberdade, mesmo depois de ter sua atitude dolosa devidamente comprovada. Entende-se que é muito pouco, considerando que os pássaros sofreram maus tratos, alguns não sobreviveram e outros estavam condenados a lutar para conseguir viver em liberdade novamente, passando por um duro processo de reabilitação. Ademais, o contrabandista não aparentou temer a punição imposta à prática do comércio ilegal, ainda que seu irmão, anteriormente, tenha sofrido sanção por traficar, não impediu que também o fizesse.

## CONCLUSÕES

O dano ambiental causado com a retirada de um animal silvestre da natureza é imensurável, não há indenização que repare o prejuízo. A morte destes animais desarmoniza a cadeia alimentar, faz com que deixem de cumprir sua função na natureza.

Ao que parece os contrabandistas não temem a aplicação das medidas administrativas, cíveis ou até mesmo as penais. Mesmo após sofrerem as sanções,



acabam voltando a praticar o ato. O crime ainda compensa, pois os valores conquistados ilicitamente são milionários.

As penas precisam ser coerentes com o delito, é necessário que sua aplicação acarrete caráter educativo, a fim de evitar a reiteração da conduta. Tem que haver ligação entre a gravidade do delito e sua penalidade.

A fauna silvestre está sendo vítima da ação dos contrabandistas a milhares de anos. Mesmo com os avanços na legislação ambiental ao longo da história e as conquistas em relação à tutela da fauna, no que concerne ao tráfico as penalidades não são suficientes e eficazes.

Portanto, além de punições mais rigorosas, por meio do qual os contrabandistas passem a temer as leis, é necessário o investimento em educação ambiental, trabalhar o problema desde seus primórdios. Ainda precisa haver destinação de recursos aos órgãos públicos que recebem os animais apreendidos e aos de fiscalização, que não possuem estrutura para atuar efetivamente.

Traficar animal é um problema social, a população desconhece a gravidade de manter animais silvestres em cativeiro, não é difícil encontrarmos pessoas que possuem papagaios como animais de estimação, até mesmos em nossas famílias, trata-se de uma cultura popular, onde muitos desconhecem os reais impactos causados, é preciso transmitir conhecimento a estes indivíduos, demonstrar os prejuízos causados, os motivos pelos quais não se devem criar ilegalmente animais silvestres. É fundamental o investimento em educação ambiental.

Para Lanfredi (2002, p. 197):

A educação ambiental objetiva a formação da personalidade despertando a consciência ecológica em crianças e jovens, além de adulto, para valorizar e preservar a natureza, porquanto, de acordo com princípios comumente

aceitos, para que se possa prevenir de maneira adequada, necessário é conscientizar e educar. A educação ambiental é um dos mecanismos privilegiados para a preservação e conservação da natureza, ensino que há de ser obrigatório desde a pré-escola, passando pelas escolas de 1º e 2º grau, especialmente na zona rural, prosseguindo nos cursos superiores.

A educação é a base do Estado Democrático de Direito, é um processo que se busca despertar a preocupação individual e coletiva para questões ambientais, contribuindo para o desenvolvimento de uma consciência crítica e estimulando o enfrentamento das questões ambientais e sociais (MOUSINHO, 2003, p. 158).

Desenvolve-se num contexto de complexidade, procurando trabalhar não apenas a mudança cultural, mas também a transformação social, assumindo a crise ambiental como uma questão ética e política (MOUSINHO, 2003, p. 158).

Precisamos abrir os olhos diante do problema e enfrentá-lo, o Direito pode ser uma ferramenta poderosa no combate ao tráfico de animais silvestres, desde que aplicado efetivamente. A natureza pede socorro e chegou a hora de lutarmos pela proteção das espécies, a fim de garantir, inclusive, a nossa existência na Terra!

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 05 jan. 1967, p. 177.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 fev. 1998, p. 1.

BRASIL –TRF (Tribunal Regional Federal). Acórdão proferido na ação criminal nº 0001326-59.2008.4.01.4200. Apelante: Leopoldo Araújo de Sousa. Apelada: Justiça Pública. Relator Desembargador Federal Tourinho Neto. Terceira Turma. Brasília, 21

de janeiro de 2013, 7 p. (Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 08. fev. 2013, p.1.291) Disponível em <<http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23055005/apelacao-criminal-acr-1326-rr-20084200001326-4-trf1>>. Acesso em 19 jul. 2016.

COSTA NETO, Nicolao de Castro e; BELLO FILHO, Ney de Barros; COSTA; Flávio Dino de Castro e. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais: lei 9.606/08*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história e a devastação da Mata Atlântica brasileira*. Tradução Cid Knipel Moreira; revisão técnica José Augusto Drummond. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DESTRO, Guilherme Fernando Gomes, et. al. *Esforços para o combate ao tráfico de animais silvestres no Brasil (Publicação traduzida do original "Efforts to Combat Wild Animals Trafficking in Brazil. Biodiversity, Book 1, chapter XX, 2012" - ISBN 980-953-307-201-7)*. Brasília, 2012, p. 01-17. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/periodico/esforcosparaocombateatraficodeanimais.pdf>>. Acesso em 26 out. 2014.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política ambiental: busca da efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. 1. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

MORANDINI, Rafaela Roberta. *O tráfico de animais silvestres e a legislação ambiental brasileira*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, Jundiaí, SP, 2015.

MOUSINHO, Patrícia. Glossário. In: TRIGUEIRO, A. (Coord.) *Meio ambiente no século 21*. Rio de Janeiro: Sextante. 2003.

RENTAS (Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres). *1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre*. 2011. Disponível em: <[http://www.rentas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL\\_RENTAS\\_pt\\_final.pdf](http://www.rentas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENTAS_pt_final.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2014.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. *Tráfico de animais silvestres: tratamento penal*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3301, 15 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22215>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

---

## A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

*Ezequiel Gonzaga de Melo<sup>1</sup>*

*José Adriano de Souza Cardoso Filho<sup>2</sup>*

### **RESUMO:**

O comércio nunca mais foi o mesmo depois das inúmeras revoluções e criações humanas. Com estas o homem conheceu até que ponto pôde chegar e isto não significou encontrar um limite que ainda está longe de ser alcançado e nem é um objetivo. O homem inovou a relação de consumo e criou meios de se satisfazer com o máximo possível de comodidade, o que nos dias de hoje se traduz em não precisar sair de onde está para comprar ou vender, por exemplo. Este é o novo modelo de relação de consumo vigente denominado comércio eletrônico. Pela forma como é apresentado causa a impressão de ser seguro, já que o crescimento é tão expressivo e tende a continuar por muito tempo assim. Infelizmente, há mais expectativas do que confirmação da segurança prometida e o consumidor, que já é a parte mais vulnerável na relação de consumo, vê esta condição aumentar demasiadamente quando o ambiente onde a transação acontece é o virtual. Diante disto, o diploma legal que trata da proteção e defesa do consumidor, a Lei 8.078/90, ainda não foi devidamente atualizada, embora o momento rogue por isto. Há em andamento, entre outros, o Projeto de Lei 281/2012 que corrige grande parte das necessidades apresentadas neste trabalho. Este é o objetivo deste trabalho, apresentar a vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico, de forma pormenorizada, a legislação existente, bem como Projetos de Lei que buscam equilibrar a relação de consumo.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unianchieta

<sup>2</sup> Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP e Professor do Centro Universitário Unianchieta

**Palavras-chave:** Comércio eletrônico. Vulnerabilidade. Tecnologia. Comodidade. Código de Defesa do Consumidor. Contratos. Riscos. Órgãos. Proteção. Defesa do Consumidor. Leis. Projetos de Lei.

## INTRODUÇÃO

O comércio é exercido pelo homem há séculos e seu início é quase que impossível de ser indicado precisamente. O que se sabe é que a ideia remonta ao período do feudalismo, quando a troca de mercadorias imperava enquanto maneira de aquisição. Posteriormente, isto deixa de existir, porque surge a moeda e ela é responsável por uma das maiores revoluções comerciais, no período agora conhecido como pós-feudalismo ou capitalismo, este último certamente muito mais conhecido.

Então o primeiro contato do homem com o comércio foi por meio da troca, permuta, intercâmbio de mercadorias. Enquanto no período feudal a ideia era produzir para o próprio consumo, ou no máximo fazer uma troca pelo produto de seu interesse com um terceiro interessado no produto que àquele sobejava, o capitalismo rompe com isto e agora o homem adquire a autonomia da compra, bastando para tal ter a moeda. Esta era paga como remuneração por determinada atividade exercida e passou posteriormente a ser denominada como salário<sup>3</sup>.

Analisando o comércio se percebe que ele manteve como características predominantes a mudança, a alteração, a oscilação, enfim, a modificação. Com tanta variação surge o comércio eletrônico, grande revolução ao lado do surgimento da moeda.

O comércio eletrônico é uma variável do comércio comum e tem apresentado um crescimento muito expressivo desde o final da década de 1970 nos Estados Unidos e 1990 no Brasil. Isto se deu com a globalização cumulada com o grande desenvolvimento social, cultural e econômico. Estas foram as responsáveis pelos avanços e progressos comerciais.

---

<sup>3</sup> Disponível em <<http://www.mundovestibular.com.br/articles/251/1/a-transicao-do-feudalismo-para-o-capitalismoPaacuteginal.html>>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

A utilização do comércio eletrônico, ou *e-commerce* como também é conhecido, trouxe inúmeras vantagens tanto para fornecedores como para consumidores. Pode-se citar como exemplo a possibilidade de vender e comprar de qualquer parte do mundo, fazer reclamações por *e-mail* ou através de *chats* ou ainda a possibilidade de rastrear o produto durante o processo de entrega. Toda esta comodidade e praticidade fez com que empresas investissem na busca pelo aperfeiçoamento e ampliação no fluxo de clientes que com o passar do tempo se tornaram cada vez mais exigentes.

Importante mencionar que toda essa tecnologia não tem apenas vantagens, benefícios e regalias. As desvantagens existem e não são poucas. Tem-se como exemplos a precariedade, instabilidade, fragilidade de um *site* onde são lançados os dados pessoais de um comprador, o que pode colocá-lo em situação extremamente perigosa, como clonagem de seu cartão de débito ou de crédito, roubo de senha, existência de empresas fraudulentas, propagandas enganosas, estas últimas muitas vezes percebidas somente após o pagamento etc. Realmente, não há como ignorar os muitos riscos a que o consumidor está exposto.

Atualmente o comércio eletrônico não goza de uma legislação que cuida de maneira precisa de si. Desta forma, resta apenas ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, ou simplesmente CDC), na forma em que está, contemplar esta nova realidade nas relações de consumo.

O fato de existir o Código de Defesa do Consumidor na década de 1990 colocou o Brasil em situação de destaque internacionalmente, não somente pelo fato de ser uma legislação voltada estritamente à relação de consumo, conferindo direitos, garantias, proteção, além de fixar deveres e responsabilidades, mas também pelo conteúdo frente a toda inovação presente e em constante mudança.

Nos dias atuais faz-se necessária uma adequação do texto legal ao momento vivido pelo Brasil. Se a ideia primordial é tratar das relações de consumo não há como ignorar o comércio eletrônico que é o seguimento, ou tipo de comércio, em maior expansão não somente aqui, mas no mundo todo. A legislação não está desatualizada, mas incompleta, transmitindo a clara impressão de inacabada.

Com isso fica mais difícil o exercício da subsunção, ou seja, a adequação do fato à norma já que se tem uma imprevisibilidade quanto ao comércio eletrônico e suas

consequências do ponto de vista do direito do consumidor. Ao magistrado resta a aplicação da analogia, e neste caso, geralmente o maior prejudicado envolvido na relação comercial é o consumidor.

Enfim, já que a ideia de compra e venda se inovou, o texto legal tem por lógica que acompanhar esta inovação e ampliar sua forma de proteção, porque é isto que ele é, o Código de Defesa e *Proteção* do Consumidor.

Existem projetos de Lei em andamento no Congresso Nacional, mas suas definitivas aplicações parecem não estarem tão próximas dada a morosidade característica do Estado Brasileiro. Por outro lado são, ainda com esta demora, consideradas avanço já que o Brasil é um dos poucos países do mundo a ter uma legislação específica voltada ao consumidor e já estuda sua atualização.

## **1. PROJETO DE LEI 281/2012**

A presente discussão é sobre um modelo de lei de extrema importância para as relações de consumo: o Projeto de Lei 281/2012. De autoria do Senador José Sarney é o projeto que altera a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor ou apenas CDC), para, além de ampliar e atualizar o Capítulo I, do Título I, onde estão as disposições gerais, cuidar do comércio eletrônico. Algo que até o presente não se tem, pelo menos de forma específica em texto de lei – no máximo uma interpretação ou aplicação da analogia pelos magistrados.

Tartuce e Neves (2014, p. 286) são objetivos ao tratarem sobre a necessidade da atualização do CDC e sobre a importância do Projeto de Lei 281/ 2012. Segundo eles “[...] quando a lei foi elaborada, ainda não existia a atual evolução a respeito das vendas pela internet ou outros meios de comunicação semelhantes ou próximos”. E continuam “feita tal consideração, insta verificar os limites de aplicação do comando na atualidade, bem como outras projeções visadas pelo PL 281/2012”.

De forma mais detalhada, o *site* do Senado Federal explica a ementa da seguinte forma:

### **Explicação da Ementa:**

Altera a Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – para aperfeiçoar as disposições gerais constantes do Capítulo I do Título I, estabelecendo que as normas e os negócios jurídicos devem ser interpretados e integrados da maneira mais favorável ao consumidor e dispor sobre normas gerais de **proteção do consumidor no comércio eletrônico**, visando a fortalecer a sua confiança e assegurar tutela efetiva, preservar a segurança nas transações, a proteção da autodeterminação e da privacidade dos dados pessoais; as normas aplicam-se às atividades desenvolvidas pelos fornecedores de produtos ou serviços por meio eletrônico ou similar; estabelece que o consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço; dispõe que caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, sem qualquer custo para o consumidor; tipifica como infração penal o ato de veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais<sup>4</sup>. (**grifo nosso**)

Até o término da presente obra consta a seguinte situação do projeto:

- **Decisão:** Aprovada pelo Plenário
- **Destino:** À Câmara dos Deputados
- **Prazo aberto:** Suspensão de Prazo
- **Relator atual:** Ricardo Ferraço
- **Último local:** 04/11/2015 - Secretaria de Expediente
- **Último estado:** 04/11/2015 - REMETIDA À CÂMARA DOS DEPUTADOS

Fonte: Senado Federal<sup>5</sup>

O Projeto 281/2012 traz inovações em relação a atual redação do Código de Defesa do Consumidor. Por exemplo, agora o art. 6º, XI, XII e XIII seria:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

XI – a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, **inclusive o eletrônico**, assim como o acesso gratuito ao consumidor a estes e suas fontes;

<sup>4</sup> Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

<sup>5</sup> *Op. cit.*



XII – a liberdade de escolha, em especial frente a **novas tecnologias e redes de dados**, sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo;

XIII – a informação ambiental veraz e útil, observados os requisitos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010). (NR)<sup>6</sup> (**grifo nosso**)

Muitas vezes os direitos do consumidor devem ser escritos e reconhecidos em texto legal, para que não fique a depender de uma interpretação. Por exemplo, a vulnerabilidade (art. 4º, I) e a inversão ônus da prova (art. 6º, VIII) assim o foram. Supondo-se que estas ideias dependessem de entendimentos pessoais, talvez haveria quem não reconhecesse a vulnerabilidade daqueles que dispusessem de alto poder aquisitivo ou de conhecimento em demasia, o que não retira a vulnerabilidade do consumidor, tão pouco o seu direito a inversão de ônus de prova.

De acordo com o Projeto em discussão logo no art. 6º, que dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, há a proteção no comércio eletrônico com expressões que remetem ao ambiente virtual como “eletrônico” (inciso XI) e “novas tecnologias e redes de dados” (inciso XII).

Como outra alteração importante há a criação da “Seção VII”, no Capítulo V, do Título I, que disporá especialmente sobre o comércio eletrônico. Dentre os artigos, alguns se destacam pela clara necessidade atualmente, como o 44-B, *in verbis*:

#### Seção VII

##### Do Comércio Eletrônico

[...]

Art. 44-B. Sem prejuízo do disposto neste Código, os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo **devem** disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, dentre outras, as seguintes informações:

I – nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

**II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;**

III – discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega;

<sup>6</sup> Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147451&tp=1>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

- IV – condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto ou serviço;
- V – características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;
- VI – prazo da validade da oferta, inclusive do preço;
- VII - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta<sup>7</sup>. (**grifo nosso**)

Pelo que se percebe o fornecedor, para que possa exercer sua atividade legalmente, deverá atender a este artigo. E ainda se esta for uma obrigação condicionando o funcionamento da empresa ao cumprimento do dispositivo, as chamadas “fantasmas” podem, então, ser reduzidas em grande escala. Imagine-se que uma empresa tenha que disponibilizar os dados para sua fácil localização somente para que possa ter o pleno funcionamento e estar autorizada a comercializar. Mesmo que não seja uma empresa com intenções suspeitas, o fato de não cumprir este artigo já a coloca em situação delicada para efeitos de relação de consumo.

Imagine também que além de o empresário ter de pagar tributos tenha que apresentar os dados solicitados naquele artigo anualmente, sob pena de não poder exercer sua atividade. Realmente, o dispositivo tem uma força e aplicação muito importante.

Na mesma linha de importância, consta do Projeto 281/2012 os art. 44-D, 44-E e 44-F<sup>8</sup>. Eles tratam de obrigações e vedações ao fornecedor. A partir de agora cada artigo será citado *in verbis* com uma respectiva análise.

**Art. 44-D. É obrigação** do fornecedor que utilizar o meio eletrônico ou similar:

I – apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, **destacadas as cláusulas que limitem direitos**;

II – manter disponível serviço adequado, facilitado e eficaz de atendimento, tal como o meio eletrônico ou telefônico, que possibilite ao consumidor enviar e receber comunicações, inclusive notificações, reclamações e demais informações necessárias à efetiva proteção dos seus direitos;

III – confirmar imediatamente o recebimento de comunicações relevantes, como a manifestação de arrependimento e cancelamento do contrato, utilizando **o mesmo meio empregado** pelo consumidor ou outros costumeiros;

<sup>7</sup> *Op. cit.*

<sup>8</sup> *Op. cit.*

- IV – assegurar ao consumidor os meios técnicos adequados, eficazes e facilmente acessíveis que permitam a identificação e correção de eventuais erros na contratação, antes de finalizá-la, sem prejuízo do posterior exercício do direito de arrependimento;
- V – utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor;
- VI – informar aos órgãos de defesa do consumidor e ao Ministério Público, sempre que requisitado, o nome e endereço eletrônico e demais dados que possibilitem o contato do provedor de hospedagem, bem como dos seus prestadores de serviços financeiros e de pagamento;
- VII – informar imediatamente às autoridades competentes e ao consumidor sobre o vazamento de dados ou comprometimento, mesmo que parcial, da segurança do sistema. **(grifo nosso)**

Sobre o artigo acima mencionado pode-se frisar que sua aplicação nos dias de hoje seria realmente um grande avanço. Da forma como o projeto está impõe ao fornecedor obrigações e faz com que seja de sua responsabilidade informações tanto para o consumidor, quanto para as autoridades competentes. Ou seja, o fornecedor tem a obrigação de guardar estes dados e não pode se escusar de fazê-lo por imposição da Lei. Por exemplo, o inciso IV dispõe sobre sua obrigação de colaborar com o Ministério Público e com os órgãos de defesa do consumidor quando da necessidade de fornecimento de dados de provedor de hospedagem, bem como prestadores financeiros e de pagamento. Ora, como o consumidor, hipossuficiente, conseguiria estas informações para ingressar com eventual ação judicial enquanto vítima de uma fraude, por exemplo? Sem dúvida, este artigo é um avanço no que toca a proteção.

Outro ponto muito importante está no inciso III que dispõe sobre a obrigação de confirmar o recebimento de comunicações relevantes imediatamente, entre as quais o referente ao cancelamento do contrato, mesmo que por meio do exercício do direito de arrependimento. O consumidor teria resposta do fornecedor sem ter de aguardar qualquer prazo a critério daquele e ela deve ser da mesma forma utilizada pelo consumidor. Sendo assim, se o contrato foi celebrado pela internet o cancelamento por ela também ocorrerá, se o foi por telefone, assim o cancelamento será respectivamente. Ideal porque o consumidor não fica dependendo da livre escolha do fornecedor que pode impor aquilo que o consumidor não tem.

Sobre isso se pode citar a seguinte situação: consumidor contrata por telefone, mas para desistir não existe central de atendimento que o faça, forçando então o comparecimento até certo local físico onde a empresa se instala, o que pode ser distante

ou até mesmo inacessível ao contratante. Realmente o dispositivo demonstra sua abrangência brilhantemente.

Por fim, o inciso que chama atenção pela ousadia é o V que coloca sobre o fornecedor a obrigatoriedade de manter ou se utilizar de mecanismos eficazes para pagamento e tratamento de dados do consumidor. Em tempos em que a possibilidade de ter dados roubados e cartões clonados, por exemplo, é muito grande, o mais fraco na relação de consumo não poderia ter ainda de suportar o ônus de se munir de ferramentas que talvez nem soubesse que existisse, ou se soubesse, teria que ter pleno domínio sobre elas. Como o fornecedor detém mais conhecimento sobre as transações e congêneres, é natural que arque com esta proteção, agora imposta no Projeto de Lei.

**Art. 44-E.** Na contratação por meio eletrônico ou similar, o fornecedor **deve** enviar ao consumidor:

I – em momento prévio à contratação, o contrato, em língua portuguesa, em linguagem acessível e com fácil visualização em sua página;

II – confirmação imediata do recebimento da aceitação da oferta;

III – via do contrato em suporte duradouro, assim entendido qualquer instrumento, inclusive eletrônico, que ofereça as garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação dos dados contratuais, permitindo ainda a facilidade de sua reprodução;

IV – formulário ou link facilitado e específico para preenchimento do consumidor em caso de exercício do direito de arrependimento.

Parágrafo único. Caso a confirmação e o formulário previstos nos incisos II e IV não tenham sido enviados pelo fornecedor, o prazo previsto no caput do art. 49 deverá ser ampliado por mais quatorze dias. **(grifo nosso)**

Novamente uma imposição que reconhece o consumidor na condição que ele realmente está: hipossuficiente. Imagine-se que um consumidor adquiriu certo produto pela internet, tendo celebrado o contrato por meio de confirmação clicando em determinado *link*. Agora, tentando desistir no negócio e amparado pelo art. 49 do CDC, que dispõe sobre o direito de arrependimento, não mais consegue entrar em contato com o fornecedor, tendo então que buscar outros meios como telefone, *e-mail*, ou similares. Se o prazo de sete dias não foi o suficiente para o contato o consumidor está prejudicado e não mais tem o direito de desistir. Como lidar com esta situação? Seria tão raro de acontecer?

O inciso I é tão detalhista que dispõe que além do conteúdo do contrato dever estar em língua portuguesa, as informações deverão ser acessíveis e de clara

visualização. Se até bulas de remédio já mudaram, porque algumas empresas insistem em fazer contratos com letras ilegíveis? O princípio da boa-fé, já discutido nesta obra, certamente coaduna com esta redação do inciso citado.

De acordo com o Projeto de Lei em tela agora há um artigo que é claro quando diz que o fornecedor é obrigado a disponibilizar um formulário ou *link* facilitado para que o consumidor possa exercer o direito de arrependimento. É uma forma inteligente de acelerar o exercício de direito, conforme inciso IV. Não só isto, o fornecedor tem aqui o prazo de sete dias vinculado ao *link* ou formulário que deve disponibilizar. No descumprimento o consumidor tem o prazo dobrado para quatorze dias, conforme parágrafo único.

**Art. 44-F. É vedado** ao fornecedor de produto ou serviço enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

I – não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e não tenha manifestado consentimento prévio e expresso em recebê-la;

II – esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta;

III – tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la.

§ 1º Se houver prévia relação de consumo entre o remetente e o destinatário, admite-se o envio de mensagem não solicitada, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la.

§ 2º O fornecedor deve informar ao destinatário, em cada mensagem enviada:

I – o meio adequado, simplificado, seguro e eficaz que lhe permita, a qualquer momento, recusar, sem ônus, o envio de novas mensagens eletrônicas não solicitadas;

II – o modo como obteve os dados do consumidor.

§ 3º O fornecedor deve cessar imediatamente o envio de ofertas e comunicações eletrônicas ou de dados a consumidor que manifestou a sua recusa em recebê-las.

§ 4º Para os fins desta seção, entende-se por mensagem eletrônica não solicitada a relacionada à oferta ou publicidade de produto ou serviço e enviada por correio eletrônico ou meio similar.

§ 5º É também vedado:

I – remeter mensagem que oculte, dissimule ou não permita de forma imediata e fácil a identificação da pessoa em nome de quem é efetuada a comunicação e a sua natureza publicitária;

II – veicular, exibir, licenciar, alienar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular.

§ 6º Na hipótese de o consumidor manter relação de consumo com fornecedor que integre um conglomerado econômico, o envio de mensagens por qualquer sociedade que o integre não se insere nas vedações do caput do presente artigo, desde que o consumidor tenha tido oportunidade de recusá-la e não esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta.

§ 7º A vedação prevista no inciso II, do § 5º, não se aplica aos fornecedores que integrem um mesmo conglomerado econômico. (**grifo nosso**)

O art. 44-F é daqueles que causa talvez grande impacto por ter, já no início, a vedação como cerne do dispositivo. O consumidor não necessitará ficar se preocupando em entrar em contato com as empresas que eventualmente não tenha celebrado algum contrato, seja e telefonia, tv por assinatura, serviços de internet para solicitar que parem de encaminhar mensagens publicitárias de forma eletrônica. Isso porque elas estão proibidas de fazê-lo. E mais, caso tenha havido o consentimento em receber as tais, isto deve ser expresso, não sendo válido que o silêncio justifique o envio, na verdade o oposto deve ocorrer: ele deve comunicar que deseja recebimento.

O §2º, II é claro ao dispor que o fornecedor deve informar ao consumidor como teve acesso aos dados que confirmam a relação de consumo anterior e expressa autorização. Sem dúvida um avanço. Ainda mais, destaca-se do artigo o §5º, I que dispõe sobre a obrigatoriedade de o remetente se identificar, além de deixar claro que o conteúdo da mensagem é publicitário.

Atualmente já existe o direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor, esculpido no art. 49, como dito anteriormente. Ressaltando-se aqui novamente que segundo prevê este direito o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos ou serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. Os valores pagos durante este período devem ser devolvidos, monetariamente atualizados<sup>9</sup>.

Nas palavras de Marques, Benjamin e Miragem a finalidade do direito de arrependimento é “proteger a declaração de vontade do consumidor, para que essa possa ser decidida e refletida com calma, protegida das técnicas agressivas [...] o art. 49 inova o ordenamento jurídico nacional” (2013, p. 1.078).

Ora, o art. 49 parece estar bem completo, sem a necessidade de complementar. A falsa impressão de autoaplicável fica mais clara quando comparado ao mesmo artigo no Projeto 281<sup>10</sup>. Cada parágrafo a seguir será analisado, após sua transcrição *in verbis*:

---

<sup>9</sup> Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

<sup>10</sup> Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147451&tp=1>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias **a contar da aceitação da oferta**, do recebimento ou da disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

[...]

§ 2º Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento, ou sem a presença física simultânea do consumidor e fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, reembolso postal, por **meio eletrônico** ou similar. **(grifo nosso)**

O cuidado do legislador deve ser o máximo possível quando dispuser de algo com palavras que não tem conceito claro, como é o caso da expressão “contratação a distância”. Com o §2º este problema não mais existirá. E o interessante é que o termo “meio eletrônico” está explícito, diferentemente do artigo vigente, que acrescenta o “especialmente” apenas se referindo a compras por telefone ou a domicílio (BRASIL, 2013).

§ 3º Equipara-se à modalidade de contratação prevista no §2º deste artigo aquela em que, embora realizada no estabelecimento, o consumidor não teve a prévia oportunidade de conhecer o produto ou serviço, por não se encontrar em exposição ou pela impossibilidade ou dificuldade de acesso a seu conteúdo.

Não bastasse o cuidado em definir a expressão “contratação a distância”, fica ainda maior a possibilidade de aplicação do direito de arrependimento, pois há equiparação. Ou seja, ainda que não tenha havido a contratação naquelas condições do §2º, deve ser lembrado sempre que o motivo do direito aqui expresso é a não possibilidade de consumidor ter tido pleno conhecimento do que ali estava exposto (TARTUCE e NEVES, 2014, p. 287). Imagine-se a venda feita sem que o produto estivesse disponível para que o consumidor o visse, tendo apenas um catálogo com fotos, como móveis, ou ainda um veículo que na imagem ilustrativa parece ter certa dimensão, mas posteriormente isto não se confirma. Aplicar-se-ia este dispositivo indubitavelmente para ambos os casos.

§ 4º A desistência formalizada dentro do prazo previsto no caput implica na devolução do produto com todos os acessórios recebidos pelo consumidor e nota fiscal.

Aqui se impõe a obrigação ao consumidor de não poder ficar com acessórios, pois estes acompanham o principal. Então, se adquiriu aparelho celular, terá de devolver também os fones de ouvido, carregador etc., por exemplo.

§ 5º Caso o consumidor exerça o direito de arrependimento, os contratos acessórios de crédito são automaticamente rescindidos, devendo ser devolvido ao fornecedor do crédito acessório o valor que lhe foi entregue diretamente, acrescido de eventuais juros incidentes até a data da efetiva devolução e tributos.

Este parágrafo se aplica a financiamentos e tem a grande praticidade em si, pois diz “automaticamente”. Esta responsabilidade de automatizar a rescisão não está imposta ao consumidor no texto do Projeto de Lei, o que pode significar novamente a proteção do hipossuficiente que não tem o pleno conhecimento do mecanismo a utilizar e o procedimento a adotar para tal.

§ 6º Sem prejuízo da iniciativa do consumidor, o fornecedor deve comunicar de modo imediato a manifestação do exercício de arrependimento à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, a fim de que:

**I – a transação não seja lançada na fatura do consumidor;**

**II – seja efetivado o estorno do valor, caso a fatura já tenha sido emitida no momento da comunicação;**

**III – caso o preço já tenha sido total ou parcialmente pago, seja lançado o crédito do respectivo valor na fatura a ser emitida posteriormente à comunicação. (grifo nosso)**

Esse parágrafo supra é o que complementa o §5º, já que não ficou claro a quem deveria ser imposta a obrigação de entrar em contato com a instituição financeira. Os motivos da obrigação estão em cada inciso do §6º. O termo “imediato” cuida da forma como o procedimento deve ser cumprido, não podendo o fornecedor então, pela simples leitura do texto, impor qualquer prazo.

§ 7º Se o fornecedor de produtos ou serviços descumprir o disposto no § 1º ou no § 6º, o valor pago será devolvido em dobro.

O fornecedor tem penalidade a si imposta para que o cumprimento da obrigação tenha maior efetividade. No caso de sua ocorrência fora do disposto nos §§1 e 6º, onde



o §1º dispõe sobre a imediata restituição dos valores eventualmente pagos antecipadamente e o §6º sobre a obrigatoriedade de o fornecedor comunicar a desistência do contrato por parte do consumidor e sua respectiva rescisão às instituições financeiras ou administradoras de cartão de crédito, como já dito anteriormente, os valores cobrados e pagos indevidamente deverão ser restituídos em dobro.

Sobre essa restituição, cabe aqui citar o ensinamento de Marques, Benjamin e Miragem:

A devolução de simples do cobrado indevidamente é para casos de erros escusáveis dos contratos entre iguais, dois civis ou dois empresários, e está prevista no CC/2002. No sistema do CDC, todo engano na cobrança [...] é, em princípio injustificável [...] (2013, p. 937)

Diante disso, cabe então a aplicação do art. 42, § único do CDC, que dispõe, *in verbis*:

Art. 42 [...]

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. (BRASIL, 2013)

Continuando a análise dos parágrafos do art. 49 do PL 281/2012, na sequência o §8º, *in verbis*:

§ 8º O fornecedor deve informar, de forma prévia, clara e ostensiva, os meios adequados, facilitados e eficazes disponíveis para o exercício do direito de arrependimento do consumidor, que devem contemplar, ao menos, o mesmo modo utilizado para a contratação.

O fornecedor tem aqui a obrigação de informar o direito do consumidor. Interessante que o consumidor tem que ser informado diretamente de quem está contratando aproximando as partes no que diz respeito à negociação pré-contratual tratada neste trabalho, quando discorrido sobre o princípio da boa-fé.

Além de a informação ser uma obrigação do fornecedor ela deve ser ostensiva, ou seja, não poderá ser obscura ou ter difícil interpretação, devendo ser de pronto

entendida sem a necessidade de abordar o fornecedor para eventual questionamento sobre o conteúdo da mensagem, por exemplo.

§ 9º O fornecedor deve **enviar ao consumidor confirmação individualizada e imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.** (NR) (grifo nosso)

Por fim, o §9º ratifica a importância da confirmação do recebimento da manifestação de interesse em exercer o direito de arrependimento, a exemplo do exposto na análise do inciso III, do art. 44-D, bem como do §6º do art. 49, também do Projeto de Lei 281/2012.

Analisando agora com mais cuidados se percebe a importância do Projeto para detalhar o direito de arrependimento. Senão veja-se, a tecnologia avança e a legislação não acompanha. Não está certa esta situação, porque, como já mencionado nesta obra, o maior prejudicado é o consumidor.

## CONCLUSÃO

O comércio tem sua origem incerta, mas sua importância não é reduzida em nada por isto. Muito pelo contrário ele é o motivo de grandes inovações e criações para a humanidade. Através dele parte da história foi alterada positivamente e a economia mundial surgiu. Tudo isto se deveu a necessidade humana que não mais poderia continuar no período do feudalismo, onde o que era regra era a troca de mercadorias, mas nem todos tinham tudo que os demais precisavam, o que provou com o tempo que aquilo estava falido. Isto contribuiu diretamente para surgimento da moeda e para a expansão por mundo afora.

A princípio o comércio se limitava a contratos celebrados entre pessoas presentes, mas com o surgimento de uma ferramenta denominada internet esta característica desapareceu e aquilo que levou anos para alcançar uma enorme quantidade de pessoas pelo mundo, em alguns anos cresceu exponencialmente, mais do que triplicando em pouquíssimo tempo.

Neste trabalho foi tratado sobre a vulnerabilidade tão grande existente no comércio eletrônico e como o consumidor está inseguro no ambiente virtual, por mais que o comércio busque convencer do contrário os riscos são certos. O crescimento deste meio é tão grande que preocupa até o país mais evoluído e precursor da internet, os Estados Unidos.

O comércio eletrônico tem sido parte na vida de bilhões de pessoas pelo mundo devido à praticidade e facilidade que traz. Além disto, não há fronteiras para ele, tendo *internautas* que fazem compras de fora de seu país residente e recebem o produto onde informar como local de recebimento. Algo impensável se alisar-se a forma como o comércio surgiu, extremamente limitado.

O que mais preocupa o consumidor no ambiente virtual é a falta de segurança que ali há e não se pode dizer que os governos têm investido tanto para mudar esta situação. Apesar de o Brasil ser uma referência mundial por tratar da defesa do consumidor por meio de um diploma legal específico que é a Lei 8.078/90, pouco se evoluiu a partir daí quando o tema é comércio eletrônico.

Mas a evolução da internet não espera e tem-se hoje uma grande variedade de problemas na internet como propagação de vírus, fornecedores fantasmas, propagandas enganosas, que muitas vezes, se tratado pela Lei vigente, fica a mercê de interpretação, seja do magistrado, seja de associações ou Órgão de defesa do consumidor. No entanto, neste meio o maior prejudicado é o consumidor.

Há Projetos de Leis em andamento tentando corrigir essa situação, mas o trâmite do processo legislativo no Brasil não tem contribuído. O melhor projeto, com maior amplitude para a defesa do consumidor no comércio eletrônico, o PL 281/2012, de autoria do Senador José Sarney foi remetido à Câmara dos Deputados e lá está. Há ainda sobre o tema: PL 2.601/00, PL 6.210, PL 1.589/1999; PL 4.562/04; PL 672/99 e PL 1.483/99. O PL 1.483/99 juntou-se o PL 1.589/99, este último apresentado pela OAB, dando origem ao PL 4.906/01.

Pelo visto o problema não está na quantidade de ideias, que são muitas, mas na prática. Ainda não se tem efetividade jurídica e o consumidor continua exposto a todo tipo de armadilha virtual, sendo vítima de danos incalculáveis e até irreparáveis.

Cumpra salientar que o magistrado brasileiro, juntamente com os Órgãos estatais e as entidades de defesa do consumidor têm sido os responsáveis por manter a proteção e ordem nas relações de consumo. Através de interpretações e aplicações de analogia, já que não há toda sorte de Leis necessárias, o consumidor tem ainda alguma segurança.

Ainda em se tratando do Projeto de Lei 281/2012 sua atualização traz à tona a necessidade enfrentada pelo nosso país no que toca às tecnologias que aqui entram, mas a falta de regulamentação torna o consumidor extremamente vulnerável, condição que já repousa sobre si naturalmente, mas com o comércio eletrônico é demasiadamente aumentada.

Por fim, registre-se que a compra pela internet veio trazer comodidade, conforto. O pagamento por meio de cartão de crédito, como exemplo de praticidade, trouxe a segurança de não precisar portar consigo grande quantidade de dinheiro. O problema reside em nosso ordenamento jurídico não ter acompanhado esta migração ainda: se por um lado o cidadão sente seguro, por outro não o pode dizer. A sociedade brasileira merece uma legislação mais completa que abarque todas as atuais necessidades e as futuras, se possível, como houve com o CDC criado em 1990 que é utilizado até hoje. Depois de muitos anos está precisando de atualização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* – Nova ed. ver. atual. e ampl. com os Decretos nº 2.181, de 20 de março de 1997 e nº 7.936, de 15 de março de 2013 – Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

\_\_\_\_\_. *Planalto. Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

---

\_\_\_\_\_. *Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 281, de 2012.* Disponível em <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

\_\_\_\_\_. *Senado Federal. Projetos de Lei 281 e 283 com alterações.* Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=147451&tp=1>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MUNDO VESTIBULAR. *A transição do feudalismo para o capitalismo.* Disponível em <<http://www.mundovestibular.com.br/articles/251/1/a-transicao-do-feudalismo-para-o-capitalismoPaacutegina1.html>>. Acesso em 18 de janeiro de 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.

## CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

*Marcelo Jacinto Andreo<sup>1</sup>*

*José Adriano de Souza Cardoso Filho<sup>2</sup>*

### **RESUMO:**

O presente trabalho, denominado Cláusulas Abusivas nas relações de consumo, tenta demonstrar de forma sucinta e cristalina os problemas das cláusulas abusivas e os vícios que elas acarretam no negócio jurídico e na sociedade. Primeiramente, o referido trabalho acadêmico busca trazer um contexto histórico para que o leitor possa entender como surgiu o mercado de consumo e porque o contrato de adesão, apesar de ser o campeão das cláusulas abusivas é necessário para as relações consumeristas. É visto também, os principais princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor que impedem a inclusão de cláusulas abusivas, com ênfase na boa-fé objetiva, sendo além de princípio, também uma cláusula geral para todos os contratos. São analisadas algumas cláusulas abusivas expressamente contidas no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, bem como o controle das referidas cláusulas pelo poder judiciário, administrativo e privado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cláusulas Abusivas; Mercado de Consumo; Código de Defesa do Consumidor.

### **INTRODUÇÃO**

Desde o início da civilização ao qual temos conhecimento sempre houve contratos entre as pessoas, pois sempre existiu à vontade ou necessidade de ter algo que

---

<sup>1</sup> Marcelo Jacinto Andreo, Advogado, monografia aprovada em 2014, Unianchieta, Jundiaí-SP.

<sup>2</sup> José Adriano de Souza Cardoso Filho, Professor da disciplina de Direito do Consumidor do Unianchieta, Mestre pela PUC-SP, em Direito das Relações Sociais; orientador da monografia.

estava em poder de outro, dando outra coisa em troca a qual a pessoa detentora de tal coisa desejava.

Esses atos evoluíram, se tornando no mercado comercial globalizado ao qual temos hoje, foi verificado que sempre houve a parte que tinha maior poder econômico e que quase sempre obtinha vantagem da parte mais fraca, consumidor.

O consumidor se via obrigado a contratar mesmo sabendo que estava sendo lesado por cláusulas que o desfavoreciam completamente. Inexistindo a isonomia contratual, princípio básico dos contratos de consumo, ferindo a dignidade e honra da pessoa, direitos constitucionais os quais o Código de Defesa do Consumidor se baseia. Defensor da boa-fé dos contratantes e da proteção do consumidor dos abusos que possam ocorrer por parte do fornecedor de bens ou serviços que muitas vezes tem toda uma equipe e poderio econômico para redigir contratos de difícil entendimento e cláusulas que dão poderes desiguais ao fornecedor e limitações de direitos ao consumidor.

Graças ao Código de Defesa do Consumidor, os consumidores brasileiros estão mais conscientes de seus direitos, exigindo mais dos fornecedores, buscando anulações de cláusulas abusivas perante o judiciário e multas junto aos órgãos administrativos. O consumidor se vê com maior confiança, pois sabe que o Estado está do seu lado e reconhece sua hipossuficiência no mercado de consumo.

Essa lei trouxe uma evolução no ordenamento jurídico e também mais dignidade e diminuiu os abusos de direito, contribuindo para um desenvolvimento econômico mais justo para todos, preservando a boa fé e os bons costumes tanto por parte do fornecedor quanto do consumidor.

## **1. BREVE APONTAMENTO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

### **1.1 O Fenômeno do Consumerismo**

Após a Revolução Francesa e o posterior advento da Revolução Industrial, houve a criação de novos empregos. Muitas pessoas trocaram as áreas rurais pelas

urbanas, tirando muitas pessoas da miséria. Houve grande oferta de empregos das indústrias em ascensão, dando força para que essas pessoas se tornassem consumidoras.

Ocorre que a grande produção das indústrias, cumulado com a melhoria econômica da população, o aumento do consumo e de consumidores, as empresas se viram na necessidade de criar um mecanismo de contratação único pra todos os seus consumidores, pois se tornava inviável uma contratação diferenciada com cada um.

Como assevera Cristiano Heineck Schmitt,

A produção em massa decorrente da revolução industrial, voltada para satisfação das necessidades da sociedade de consumo que se formou a partir do século XIX, exigia um instrumento negocial capaz de garantir o menor tempo possível no momento da contratação, afim de que o comerciante pudesse atender a todos os consumidores que a ele se dirigissem. Elegeu-se, então, para o atendimento dessa reivindicação, o contrato de adesão e seus similares, elementos típicos da contratação em massa.<sup>3</sup>

No entanto, no momento de redigir o contrato, este era feito de forma unilateral, não levando em consideração muitas vezes os direitos dos consumidores, resguardando direitos apenas ao fornecedor.

Mesmo o consumidor estando em total desvantagem, esse se via obrigado a contratar, pois necessitava do produto ou serviço, o que acabava por concordar nas limitações de seus direitos que eram suprimidas pelo fornecedor. Neste ponto nasce à necessidade de intervenção estatal nas relações particulares, especialmente nas relações consumeristas, onde, quase de forma geral, sempre haverá uma desigualdade entre as partes.

## **2. PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS DE CONSUMO**

### **2.1. Princípio da Boa-Fé**

No direito do consumidor a boa fé é sempre objetiva, não importando, portanto, que o fornecedor tenha a intenção de lesar, sendo necessário apenas a lesão e a

---

<sup>3</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.84.



comprovação de falta de zelo em sua produção ou de irregularidades no produto ou serviço, bem como na forma que este é colocado no mercado e apresentado aos consumidores para que haja uma violação.

Como observa Marcos Mendes Lyra,

No direito obrigacional, em especial nas relações de consumo, podemos afirmar que o princípio da boa-fé não se configura em feição subjetiva, onde seja relevante indagar a intenção dos sujeitos, mas se caracteriza sim de forma objetiva, como verdadeira regra de conduta que impõe um dever de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de correção de informação, antes mesmo do estabelecimento do vínculo contratual, como decorrência da tutela da confiança, da justa expectativa de quem se propõe a contratar ou mesmo de quem já firmou o contrato.<sup>4</sup>

Podemos concluir que a boa-fé objetiva visa garantir a lisura e moralidade nos contratos de consumo, sendo que o fornecedor deve sempre tomar precauções para nunca lesar seu consumidor, realizando aprimoramentos para alcançar essa meta, pois em caso de dano ao consumidor esse estará agindo sem a referida boa-fé objetiva, principalmente, quando inclui em seu contrato de adesão cláusula manifestamente desfavorável e abusiva ao consumidor.

## **2.2. Princípio da Transparência**

Está estritamente ligado a princípio da boa-fé, tendo em vista que visa garantir que todas as especificidades do produto e serviço sejam informadas ao consumidor para evitar possível mau uso e dano ao adquirente do produto ou serviço.

Como ensina Cláudia Lima Marques,

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação

---

<sup>4</sup> LYRA, Marcos Mendes. *Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. P.12.

clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.<sup>5</sup>

O que se verifica é que o princípio da transparência corrobora para a confiabilidade entre as partes, consumidor e fornecedor, e o respeito mútuo, pois visa garantir a lisura nas negociações consumeristas, sendo que é responsabilidade do fornecedor prestar informação cristalina e verídica dos produtos que coloca a disposição no mercado de consumo.

## 2.2. Princípio da Conservação dos Contratos

Entende-se através do referido princípio que apesar do contrato conter cláusulas abusivas, deve-se dar primazia para a manutenção da finalidade do contrato, apenas realizando sua adequação quanto às cláusulas que oneram demasiadamente o consumidor.

Tal medida cabe ao judiciário, sendo que este realizará a adequação do contrato a pedido do consumidor lesado.

Assim observa Marcos Mendes Lyra,

Pelo princípio da conservação dos contratos, as regras do CDC são no sentido de favorecer a execução específica do contrato e não sua resolução em perdas e danos. Também possibilita a revisão judicial forçada dos contratos quando haja excessiva onerosidade ou imprevisão. O sistema do CDC garante, nesses casos, o direito do consumidor à modificação ou revisão judicial forçada da cláusula contratual, ou seja, tem ele direito à manutenção do contrato. O consumidor tem o direito básico de ver modificada cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, bem como de revisão da cláusula em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6º, V, CDC).<sup>6</sup>

<sup>5</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. P.594-595.

<sup>6</sup> LYRA, Marcos Mendes. *Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. P.13.

Por derradeiro, se conclui que a regra do Código de Defesa do Consumidor é pela manutenção do contrato e o afastamento dos vícios existentes. Entende-se, portanto, que a extinção do pacto entre as partes e a consequente conversão em perdas e danos deve ser entendida como exceção.

### **2.3. Princípio da Interpretação Mais Favorável ao Consumidor**

O Princípio da Interpretação Mais Favorável ao Consumidor tem fundamento no artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor e visa garantir a efetividade e continuidade do contrato, conforme o princípio já trazido acima (Princípio da Conservação do Contrato), pois tem como escopo a interpretação mais favorável ao consumidor em caso de dúvida, obscuridade ou incerteza da real vontade contida no instrumento.

Conforme entendimento de Guilherme Fernandes Neto,

No que tange às cláusulas duvidosas ou ambíguas, de difícil interpretação, sempre deverão ser interpretadas a favor daquele que apenas aderiu às cláusulas contratuais gerais e não daquele que as elaborou, ou que ordenou a sua elaboração.<sup>7</sup>

Mister também dizer, que tal interpretação não pode lesar o fornecedor de forma indiscriminada, devendo o Estado intervir para trazer um equilíbrio entre as partes e não favorecer o consumidor demasiadamente em desfavor do fornecedor.

### **2.4. Princípio da Proibição das Cláusulas Abusivas**

Primeiramente, cabe ressaltar que no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, além de trazer um rol exemplificativo das cláusulas abusivas, também traz em seu bojo a nomenclatura de “nulas de pleno direito”.

---

<sup>7</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas: O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012. P.62.

Portanto, entendeu o legislador, de forma acertada, a classificar as cláusulas abusivas como matéria de ordem pública, sendo que sua utilização no contrato gera a nulidade absoluta do item abusivo, independentemente de provocação.

### **3. O ESMAECIMENTO DO *PACTA SUN SERVANDA* PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.**

O *Pacta Sun Servanda* surgiu no liberalismo, conforme vimos na introdução histórica desse trabalho, ou seja, todos tinham total liberdade para contratar e estipular as cláusulas, não podendo o Estado se intrometer nessa negociação, o que interessava muito os burgueses, parte em ascensão na época.

No entanto, com advento da revolução industrial e o aumento da desigualdade e dos abusos, o Estado se viu obrigado a intervir nessas relações para disciplinar e equilibrar, relativizando o *pacta sun servanda*.

Mesmo com uma minoria que ainda encontra resistência para deixar de aplicar o *pacta sun servanda*, verifica-se que graças ao entendimento e preocupação com o social e o impacto das cláusulas abusivas na sociedade, menos se vem tolerando tais atos.

Dessa forma, o princípio do *pacta sun servanda* que outrora era absoluto, devendo sempre ser observado, hoje se tornou muito tênue, devendo ser aplicado com muito cuidado, somente quando verificado que foi feito de forma bilateral e sem vícios de vontade, bem como outros fatos exteriores que venham causar a impossibilidade do objeto do contrato.

Conforme leciona Guilherme Fernandes Neto,

Assim, não havendo uma manifestação real da vontade do consumidor em aceitar todas as cláusulas predispostas unilateralmente no contrato de consumo, não se pode de maneira alguma cogitar em aplicar o arcaico e nefasto, senão anatemático, *pacta sun servanda*.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas: O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

Podemos concluir que o esmaecimento do *pacta sun servanda* na sociedade moderna é uma demonstração clara de evolução social e justiça, o que prova que o liberalismo, o qual presava pela liberdade, se mostrou falho em muitos sentidos, principalmente por não considerar a desigualdade existente na sociedade.

#### **4. CLÁUSULAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

##### **4.1. Conceito de Cláusula Abusiva**

Cláusula Abusiva é todo termo de um contrato, seja ele redigido unilateralmente, ou até mesmo bilateralmente, verbal e pré-contratual que traga uma grande desvantagem para outra parte.

Ao analisar o Código de Defesa do Consumidor se verifica que o tema recebeu grande enfoque pelo legislador, sendo que este até se preocupou em enumerar alguns dos abusos mais comuns que deveriam ser rejeitados, mas não querendo se limitar somente aos constantes no *códex* consumerista, trás a possibilidade de outras cláusulas diferentes das mencionada no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, ser consideradas abusivas.

Chega-se a conclusão que a abusividade apesar de ser mais comum nos contratos escritos, especialmente os de adesão, o nosso Código de Defesa do Consumidor trás uma proteção universal para coibir as cláusulas abusivas em todas as formas de negociação consumerista.

Mister destacar, que para a cláusula ser considerada abusiva é indiferente haver dano, pois de certa forma, apenas sua existência já configura o abuso por parte do fornecedor, podendo trazer uma desvantagem, ou possível desequilíbrio a relação consumerista.

Como asseverado por Guilherme Fernandes Neto,

Tem-se por abusivo o ato que ofende a finalidade da lei, do contrato ou da cláusula ou do sistema jurídico a que pertence a relação contratual deturpada, podendo ou não causar prejuízo. O prejuízo para o ato abusivo é indiferente. Olvidando-se dos atos lícitos, dividimos, assim, os atos em ilegais, ilícitos e abusivos.

Cláusula contratual abusiva, por conseguinte, é a manifestação comissiva do abuso do direito na área contratual, mais especificamente no momento de pré-elaboração do contrato que será utilizado.<sup>9</sup>

Ou seja, as cláusulas abusivas estão em total desacordo como nosso ordenamento jurídico e nosso entendimento de boa-fé, por esse motivo o Código de Defesa do Consumidor, entendendo a fragilidade do consumidor no mercado de consumo que fica exposto a uma grande quantidade de produtos e fornecedores, trouxe a necessidade de coibir com veemência tais práticas.

#### **4.2. Contratos de Adesão e Suas Cláusulas Abusivas**

O referido contrato é o mais utilizado pelos fornecedores no mercado de consumo, pois ele é previamente elaborado pelo próprio fornecedor que disponibilizará esse instrumento para todos os seus futuros clientes, não precisando, desta forma, realizar uma negociação pessoal com cada um de seus consumidores.

Pelo lado econômico o contrato de adesão realmente se mostra muito importante e eficaz para a continuidade do crescimento da economia, pois a negociação se dá de forma rápida, necessitando apenas a aderência do consumidor.

Assim aduz Guilherme Fernandez Neto,

Vê-se, de forma clara, que inexistem as negociações preliminares, típicas para a elaboração de um contrato; a margem de negociação é mínima, limitada basicamente ao preenchimento da qualificação pessoal e demais dados pertinentes ao aderente, raramente pode-se vislumbrar uma demonstração da vontade do aderente que extrapole a mera adesão, todavia factível.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas: O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012. P.115.

<sup>10</sup> FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas: O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012. P.50.

Com essa pouca participação do consumidor no momento de redigir as cláusulas da negociação, ocorre por diversas vezes a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos de adesão.

Mas, também há de se reconhecer sua importância no mercado de consumo, pois com a economia globalizada e com a grande demanda dos consumidores, que somente cresce, se tornaria impossível negociar com cada um. Portanto, o direito busca harmonizar o contrato de adesão com o princípio da boa-fé, tentando conscientizar os fornecedores e proteger os consumidores.

#### **4.3. Direitos Constitucionais Violados**

As cláusulas abusivas nas relações de consumo viola uma gama extensa de direitos e princípios constitucionais.

Tal argumento ganha ainda mais força quando verificamos na Constituição Federal de 1988, a importância conferida ao Direito do Consumidor, obtendo o status de direito fundamental do homem.

Elevado à um direito fundamental, pode-se dizer que a edição de uma cláusula abusiva por parte do fornecedor no momento de redigir um contrato, estará violando princípios constitucionais, e com esse entendimento podemos concluir que o dano não será somente do consumidor diretamente atingido com aquela cláusula, mas toda uma sociedade, pois tal abuso fere a dignidade da pessoa humana.

Desta forma observa Cristiano Heineck Schmitt,

A defesa do consumidor é também, pelo texto constitucional de 1988, um direito fundamental do indivíduo e que deve ser promovido pelo Estado, conforme disposto no art. 5.º, XXXII, da CF. O legislador constituinte brasileiro, entendendo não ser suficiente o referido inciso do art. 5.º, para garantir a proteção do consumidor, redigiu também o artigo 48 do ADCT, cujo texto é o seguinte: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”. A redação desse art. 48 significa que o Poder Constituinte Originário de 1988 preferiu não conferir margem decisória quanto a edição do Código de Defesa do Consumidor. Houve uma imposição para a sua promulgação, inclusive

com data marcada, tal é a importância desse diploma legal para a sociedade.<sup>11</sup>

Portanto, a proteção ao consumidor foi levada ao degrau de direito fundamental, pois entendeu o constituinte originário que era imprescindível tutelar tais direitos aos consumidores, pois está estritamente ligado com a dignidade da pessoa humana, bem como o bom desenvolvimento da economia do país, devendo esta última ser fomentada com a ampla boa-fé de ambas as partes para que cresça sem vícios que possa acarretar danos para toda uma sociedade.

## **5. NULIDADE ABSOLUTA, ROL EXEMPLIFICATIVO E CLÁUSULAS GERAIS.**

### **5.1. Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva**

A cláusula geral da boa-fé permeia todos os contratos de consumo, trazendo limitações à liberdade de contratar e a forma que se dá essas negociações.

Já vimos nesse trabalho o princípio da boa-fé, mas ainda temos a referida cláusula, que nada mais é do que a confirmação desse princípio, pois todos os contratos devem estar de acordo com a boa fé-objetiva e atender de forma digna e com equidade o interesse das partes.

Assim observa Luis Antonio Rizzatto Nunes,

Já comentamos o princípio da boa-fé objetiva, que vem elencado no art. 4º, III, e retorna aqui. Vimos que o princípio da boa-fé, apesar de estar inserido no rol das cláusulas abusivas no art. 51, é verdadeira cláusula geral a ser observada em todos os contratos de consumo. Esse princípio vai exigir, portanto, sua verificação em todo e qualquer contrato, funcionando como determinação ao intérprete.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.130.

<sup>12</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 738.



Por derradeiro, a cláusula geral da boa-fé se mostra uma importante ferramenta para que o contrato seja analisado, com o fito de observar se atende e está de acordo com essa cláusula geral que permeia todos os contratos consumeristas.

## 5.2. Cláusula Geral da Lesão Enorme

É uma cláusula geral muito importante para a manutenção do equilíbrio contratual, pois os pactos consumeristas podem conter cláusulas que oneram demais o negócio, ocasionando um ônus praticamente insuportável ao consumidor, não podendo este seguir com o negócio sem a manutenção da referida cláusula ou o fim do contrato.

Temos um exemplo muito latente na história de nosso país, verificado no período de altas e inconstantes inflações que afetaram principalmente os contratos, sendo que nosso Poder Judiciário se viu obrigado a intervir para reequilibrar os referidos instrumentos para cessar os aumentos abusivos que tornavam o objeto do contrato inviável aos consumidores.

Dessa forma também aponta Paulo R. Roque A. Khouri,

É bom lembrar o que ocorreu quando da avalanche de ações na justiça, decorrentes dos contratos de *leasing* com variação cambial, por conta do salto abrupto do dólar em janeiro de 1999. Evidente que a prestação em dólar havia sofrido uma variação brutal, que onerou excessivamente o contrato para o consumidor. Um consumidor que tinha uma prestação em torno de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) passou a pagar pelo mesmo bem, em face da variação cambial, cerca de R\$ 200,00 (duzentos reais).<sup>13</sup>

Inegável que tal cláusula geral é de suma importância para a manutenção da lisura e do bom senso nas contratações, e ainda contribui para a segurança jurídica dos consumidores, que a partir dessa garantia se sentem mais seguros de não terem que arcar com um ônus que não podem suprir por um fato estranho ao seu conhecimento no momento da negociação, o que pode majorar tanto o negócio que se torna impossível de honrar com o mesmo.

---

<sup>13</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.125.

### 5.3. Cláusula Geral da Equidade

Importante para a continuidade do equilíbrio contratual entre as partes, a partir dessa cláusula geral o julgador pode usa-la para modificar uma cláusula ou anula-la do negócio por violar a equidade, ou seja, o equilíbrio contratual.

Esse desequilíbrio amparado pela cláusula geral da equidade é aquele advindo da cláusula cristalinamente injusta, o que por si só já vicia o negócio, devendo ser nula e expurgada do contrato.

Vejamos o que diz Paulo R. Roque A. Khouri,

Equidade não se confunde com vantagem exagerada e nem se reduz tão somente à boa-fé. A equidade é um novo critério fornecido pelo legislador para identificar a cláusula abusiva. Por equidade deve-se entender, diante do caso concreto, o que é manifestamente justo. Ou seja, a cláusula manifestamente injusta será considerada abusiva por ser incompatível com a equidade. Em hermenêutica, o Juiz decide por equidade diante da lacuna da lei. Decidir por equidade, então, significa criar a norma para o caso concreto, dando ao caso uma solução justa. Aqui, não se trata de decidir por equidade com base na lacuna da lei. Pelo contrário, a lei existe e diz que é nula toda cláusula contrária a equidade. Então, não se trata de criar a norma ou de decidir por equidade. Trata-se tão somente de afastar do contrato toda cláusula que seja manifestamente incompatível com equidade.<sup>14</sup>

Podemos concluir que não se trata de uma cláusula que somente visa garantir a boa-fé ou o reequilíbrio do contrato entre as partes na relação de consumo, mas tenta resgatar também a justiça das relações, afastando os atos manifestamente injustos que viciam o contrato.

### 5.4. Nulidades Exemplificadas

Além das nulidades expressamente previstas no artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, também temos outras nulidades, que dependerão de uma análise do

---

<sup>14</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P.126.

jugador para verificar se o contrato contém uma cláusula abusiva, mas não constante no rol do artigo 51.

Conforme também preceitua Luis Antonio Rizzatto Nunes,

O elenco das cláusulas abusivas apresentado no art. 51 é exemplificativo, e aqui não há muito o que argumentar, porque a redação do *caput* traz expressão que deixa patente o critério da lei: diz “entre outras”.<sup>15</sup>

Ou seja, o rol trazido no Código de Defesa do Consumidor é exemplificativo, aceitando novas interpretações de cláusulas abusivas.

### **5.5. Nulidades Expressas do Artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.**

O legislador se preocupou em criar um rol exemplificativo no Código de Defesa do Consumidor, para auxiliar o judiciário e deixar cristalinos os atos que deveriam ser considerados abusivos e contrários à boa-fé objetiva.

Com isso, se cria uma maior segurança jurídica, não deixando somente para o entendimento subjetivo do magistrado, criando situações que não devem restar dúvidas de sua abusividade, quando deparada em um contrato de consumo.

#### ***5.5.1. A Opção de Conclusão do Negócio***

Tal proibição tem escopo no inciso IX, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, tem como finalidade vetar a inclusão de cláusula que possibilite a resolução do contrato de forma unilateral pelo fornecedor, sem, no entanto, ser concedida igual condição ao consumidor. “Não há assim, muito o que comentar, dado o abuso evidente da tentativa disposta no contrato”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P.729.

<sup>16</sup> NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 744.

### **5.5.2. A Mudança Unilateral do Preço**

Primeiramente, podemos dizer que a referida cláusula nem precisaria estar escrita, pois esse tipo de comportamento deveria já estar enraizado em todas as negociações, pois tem estrita ligação com a boa-fé que deve ser adotada por todos os contratantes. “O inciso X do art. 51 veda, por parte do fornecedor, a alteração unilateral do preço. E em algum tempo foi juridicamente possível a modificação unilateral da cláusula-preço? Evidente que não”.<sup>17</sup>

No entanto, para evitar esse tipo de comportamento por parte do fornecedor, o legislador deixou claro expressamente essa proibição no inciso X, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

Mister destacar, que o fornecedor também poderá onerar o contrato de consumo através de outras maneiras, como por exemplo, a correção monetária, que muitas vezes opera pelo índice mais elevado para auferir um maior lucro e justificar o aumento no contrato.

No entanto, tal prática também é tida como abusiva, pois também se trata de um aumento unilateral do negócio, devendo sempre o consumidor utilizar o índice previsto na lei, ou seja, o IPC.

### **5.5.3. O Cancelamento Unilateral do Contrato**

É nula a cláusula que permitir a resolução do contrato, sem que seja dada a mesma faculdade ao consumidor, ou seja, o poder do fornecedor de cancelar o contrato em qualquer momento do negócio, sem que, no entanto, essa mesma oportunidade seja fornecida ao consumidor.

No entanto, não basta apenas que haja a opção de dissolução do negócio por ambas as partes para a cláusula perder sua abusividade, podendo ainda ser considerada nula.

---

<sup>17</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 141

Pois mesmo havendo a possibilidade de ambos desfazerem o negócio, a resolução por parte do fornecedor não pode contrariar a cláusula de boa-fé geral.

## **6. FORMAS DE CONTROLE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

### **6.1. Controle Judicial**

O Código de Defesa do Consumidor traz diversos meios de proteção ao consumidor para estabelecer seus direitos no meio social. A principal delas é a via judicial.

No Judiciário o consumidor conta com todo um ordenamento diferenciado para suas peculiaridades, podemos citar o foro privilegiado, que facilita o seu acesso ao Judiciário, já que se assim não fosse, e o autor tivesse que ajuizar a demanda no domicílio do fornecedor, poderia acontecer um desestímulo para a propositura da mesma.

Mister, não olvidar, que a tutela jurisdicional é inerte, ou seja, depende da provocação do consumidor. A partir desse momento criam-se algumas barreiras para as suas pretensões junto ao Judiciário, pois o consumidor não é acostumado ao dia-a-dia jurídico, tendo certo receio em saber que terá que ir ao fórum comparecer em audiência perante o juiz, isso tudo pode desencorajá-lo a buscar sua pretensão perante o judiciário.

Conforme leciona Marcos Mendes Lyra,

Quando se trata de acesso à justiça de um tipo especial de indivíduo, o consumidor, que terá no outro polo da demanda um fornecedor (na maioria das vezes, uma empresa altamente organizada), encontra uma série de barreiras que surgem no caminho que levará à reparação da lesão. Estas barreiras são de diversas naturezas e vão desde a psicológica à econômica.<sup>18</sup>

Outra barreira que o consumidor encontra em sua busca pela proteção estatal é no caso de pequenos abusos cometidos pelo fornecedor, como por exemplo, quantidade do produto a menor do que a informação contida na embalagem.

---

<sup>18</sup> LYRA, Marcos Mendes. *Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. P. 24.

Para o consumidor individual não é interessante ajuizar uma ação por algo tão pequeno em sua concepção, pois vai demandar tempo e dinheiro, o que inviabiliza a pretensão.

Se pensarmos no ponto de vista individual, realmente é algo muito pequeno para receber uma tutela jurídica, mas mudando o ponto de vista para o coletivo, percebe-se que são muitos consumidores lesados e um grande lucro da empresa com essa diferença na quantidade do produto.

Com essa mudança de cenário, o Estado se vê obrigado a tutelar o interesse dos consumidores através de ações coletivas ajuizadas pelos órgãos autorizados a agir no interesse dos consumidores, constantes nos artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim observa Carlos Alberto Bittar,

No sistema codificado de defesa do consumidor, são legitimados, no âmbito público: O Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios; as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especialmente designados para defesa do consumidor, e no plano privado, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluem entre seus fins institucionais a defesa do consumidor, dispensada a autorização por assembleia (art. 82). Pode o juiz dispensar o requisito de pré-constituição da utilidade privada quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano e direitos protegidos pelo Código (§1º).<sup>19</sup>

Podemos dizer que a ferramenta mais eficiente para a defesa do consumidor no âmbito judicial é a coletiva, que tutela os interesses difusos, coletivos e homogêneos dos consumidores.

Difuso se entende pelo interesse dos consumidores que são indetermináveis e indivisíveis, em outras palavras, afetam toda a sociedade consumerista não sendo possível determinar as pessoas afetadas por aquela prática abusiva. Por exemplo, um comercial de TV tendencioso, todos que assistirem aquele comercial estarão sendo afetados.

---

<sup>19</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 90.

Assim entende Luis Antonio Rizzatto Nunes,

Os chamados “direitos difusos” são aqueles cujo os titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende regradar e proteger são indeterminados e indetermináveis.

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos.<sup>20</sup>

Já o interesse coletivo é uma abusividade sofrida por um grupo determinado ou classe, no entanto, as pessoas pertencentes a esse grupo são indivisíveis.

Conforme preceitua Paulo R. Roque A. Khouri,

Já os direitos coletivos, ao contrário dos direitos difusos, necessariamente têm titulares determinados. Tal implica que esses direitos sejam suscetíveis de apropriação por uma coletividade determinada; pode ser uma *categoria ou classes de pessoas*. Porém, como pode um direito ser ao mesmo tempo transindividual, indivisível, como os difusos, e ainda ter titulares determinados? Parece que a resposta pode e deve ser encontrada na parte final do inciso II do parágrafo único do art. 81, com o critério que o legislador nos oferece, qual seja: que esses titulares estejam ligados “entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.<sup>21</sup>

Por último, incluído nas ações coletivas, temos as relações heterogêneas que trata de um abuso ocorrido de origem comum a um grande número de consumidores, devido a essa grande porcentagem de consumidores afetados, nasce o interesse social para se ajuizar uma ação coletiva.

Nota-se que as ações coletivas são um importante instrumento para a proteção do consumidor na esfera judicial, pois atinge uma proteção mais abrangente ao mercado

---

<sup>20</sup> NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 799-800.

<sup>21</sup> KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 227.

de consumo, atingindo um número indistinto de consumidores que se beneficiam dessas ações, sendo inegavelmente mais eficiente que as ações individuais.

As ações individuais, mesmo sendo menos eficiente, por conta de varias razões já expostas, como o medo do consumidor de entrar em juízo contra uma grande empresa e o lado econômico e a ignorância de seus direitos, são importantes para a tutela dos direitos dos consumidores, não podendo ser esquecido.

Devido essa importância, foram criados os Juizados Especiais, justamente para simplificar os processos consumeristas que na maioria das vezes são de valores baixos e de menor complexidade, trazendo um maior acesso à justiça pelos consumidores.

Conforme já dito por Marcos Mendes Lyra,

A possibilidade do consumidor de se valer da via do juizado especial cível será de extrema importância para o controle judicial efetivo dos contratos, pois a maioria das relações contratuais é celebrada para aquisição de bens e serviços cujos os valores são inferiores a 40 salários mínimos, sendo a parcela mais significativa ainda aquela formada pelos negócios de valores inferiores a 20 salários mínimos. Em relação a estes últimos, o acesso à justiça é facilitado pela capacidade postulatória conferida às partes sem a representação por advogado.<sup>22</sup>

De forma sucinta, essas são as principais ferramentas conferidas pelo Código de Defesa do Consumidor para o controle de cláusulas e práticas abusivas lesivas aos consumidores, sendo todo esse mecanismo procedido na esfera judicial.

## **6.2. Controle Administrativo**

Além do controle judicial, temos a esfera administrativa para a defesa dos direitos dos consumidores, a qual alguns órgãos de proteção detêm autonomia para fiscalizar e aplicar sanções, exercendo com plenitude o poder de polícia.

Podemos citar como exemplo o PROCON (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor), fundação pública com personalidade jurídica, importante entidade que se

---

<sup>22</sup> LYRA, Marcos Mendes. *Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. P. 34.



mostra de extrema importância para o controle de cláusulas abusivas na esfera administrativa.

Assim assinala a jurisprudência,

[...] – Os Procon's como órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor têm atribuição, autonomia e competência para fiscalizar e aplicar sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/90, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor, consoante o Decreto-Lei nº 2.181/97. [...] <sup>23</sup>

Também exerce a função de intermediador em muitos conflitos entre consumidor e fornecedor, obtendo várias conciliações no âmbito administrativo, prestando um grande serviço também para o nosso judiciário que se encontra saturado de processos.

Outro ponto que é referência é a função educativa que o PROCON e outros órgãos assemelhados possuem no mercado de consumo, criando informativos para fazer os consumidores se tornarem mais cientes de seus direitos e deveres perante os fornecedores.

Apenas usamos como simplificação da matéria o exemplo da fundação PROCON, mas outros órgãos possuem esse mesmo poder de polícia e igual importância no controle de cláusulas e práticas abusivas nas relações de consumo.

### **6.3. Controle Privado**

É formado por associações de consumidores que prestam importante papel para a proteção dos direitos dos consumidores tanto na esfera judicial como na administrativa.

Essas associações realizam um importante trabalho de conscientização de direitos e deveres no mercado de consumo, servindo como grande aliado para obtenção de maior informação da população na defesa de seus interesses como consumidores.

---

<sup>23</sup> TJDF – 20030020082008AGI, Relator HERMENEGILDO GONÇALVES, 1ª Turma Cível, Julgado em 30.8.2004, *DJ 23.9.2004*. P.38.

As referidas associações podem propor regulamentação de certas atividades com outras associações de fornecedores, para assim evitarem algum tipo de abuso que venha estar ocorrendo no mercado, como também podem representar os consumidores em juízo.

## CONCLUSÃO

Pode se notar que o Código de Defesa do Consumidor é um grande aliado não somente do consumidor, mas da cidadania, pois traz medidas protetivas que não existiam antes de sua edição, o que proporcionou mais dignidade e justiça.

Não podemos ignorar o fato que há um desequilíbrio econômico, social e técnico entre consumidor e fornecedor, e que este último é quem praticamente em todos os casos redige as cláusulas dos contratos, o que já deixa o consumidor mais vulnerável as cláusulas e práticas abusivas.

A finalidade das cláusulas abusivas é justamente garantir a maior gama de direitos ao fornecedor, enquanto o consumidor recebe o mínimo possível, podendo o fornecedor sempre ditar as regras e formas das obrigações ao seu interesse.

O Código de Defesa do Consumidor não visa trazer benefícios ao consumidor em detrimento do fornecedor, pois tal atitude não estaria de acordo com o desenvolvimento econômico, mas tão somente reequilibrar a relação, para que fornecedor e consumidor possam estar em igualdade de condições.

Destarte, que o consumidor é parte hipossuficiente nas relações de consumo, pois detêm dificuldades de produzir provas, contratar advogado e não detêm conhecimento técnico daquele produto ou serviço colocado no mercado.

Mister ainda, não olvidar a honrosa ação do Judiciário, dos órgãos administrativos e associações de consumidores, que vêm favorecendo para que a política de defesa do consumidor seja concretizada, através de trabalhos de conscientização da população, repressão à atos contrários a Lei Consumerista e promovendo a conciliação de consumidores com fornecedores.

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – 20030020082008AGI, Relator HERMENEGILDO GONÇALVES, 1ª Turma Cível, Julgado em 30.8.2004, *DJ 23.9.2004*.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Cláusulas, Práticas e Publicidades Abusivas: O Abuso do Direito no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2012.

KHOURI, Paulo R. Roque A.. *Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LYRA, Marcos Mendes. *Controle das Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.

NAHAS, Thereza Christina. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Consumo*. São Paulo: Ltr, 2002.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROBOREDO, Alda Regina Revoredo. *Contrato: Função Social e Cláusulas Abusivas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

## PREGÕES ELETRÔNICOS – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

*Haley Queiroz de Oliveira Júnior<sup>1</sup>*

*Simone Zanotello de Oliveira<sup>2</sup>*

### RESUMO:

O Estado é responsável por recolher tributos e prover o bom funcionamento da máquina pública, garantindo aos administrados todos os direitos previstos legalmente. Para que seja possível cumprir com todas as obrigações dispostas na legislação, o Estado é obrigado a realizar contratos com pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Assim, tornou-se necessário criar mecanismos para que as compras e as contratações de serviços e obras fossem realizadas de forma a permitir a livre concorrência, além de garantir que os procedimentos fossem realizados de forma transparente. E com isso temos as licitações. A Lei 8.666/93 trouxe ao ordenamento jurídico cinco modalidades de licitações, a saber, a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Posteriormente, a Lei 10.520/2002 inovou novamente o ordenamento jurídico, criando a modalidade pregão, que tem por parâmetro não mais o valor das contratações e sim a natureza do objeto do contrato. Ademais, com o avanço da tecnologia da informação e das facilidades que essa tecnologia trouxe, surgiu uma nova espécie de pregão: o pregão eletrônico. Esse, além de continuar a manter os bons níveis de satisfação do pregão presencial no que diz respeito à economia e à rapidez, ainda ampliou as possibilidades de participação, uma vez que agora os licitantes não precisarão mais estar em local físico para participar de um certame licitatório, pois o processo ocorre em ambiente virtual. Em

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiaí-SP

<sup>2</sup> Advogada e consultora jurídica. Mestre em Direito da Sociedade da Informação (ênfase em políticas públicas com o uso da TI) pela UniFMU-SP. Pós-graduada em Administração Pública e em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professora de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta – Jundiaí-SP. Autora de diversas obras e artigos jurídicos e literários. Integrante da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas e da Academia Jundiaense de Letras. Colaboradora das revistas “O Pregoeiro”, “Negócios Públicos” e “Licicon”, da Editora Negócios Públicos – Curitiba-PR. Blog: [sizanotello.blogspot.com.br](http://sizanotello.blogspot.com.br)

suma, o pregão eletrônico acaba por trazer uma série de vantagens para a Administração, para os licitantes e para a população em geral.

**PALAVRAS-CHAVES:** Pregão eletrônico. Internet. Ambiente Virtual. Licitantes. Pregoeiro.

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado é a pessoa jurídica de direito público responsável por arrecadar tributos e oferecer em troca todos os serviços garantidos por lei à população, tais como serviços de saúde, segurança pública, educação, etc. Para que consiga observar os mandamentos da lei e garantir a execução desses direitos, o Estado precisa realizar negócios com particulares, para compra dos bens e a realização de serviços e obras que serão utilizados no cumprimento de seu dever legal.

De um lado temos a necessidade de o Estado adquirir os ditos bens, serviços e obras, e de outro temos alguns princípios legais que devem ser observados para que não haja diferença entre os fornecedores e para que esses tenham oportunidades iguais, dentro dos limites da lei. Assim, a própria Constituição Federal trouxe mecanismos, os quais deverão ser utilizados toda vez que o Estado precisar firmar contratos.

A modalidade pregão, que também pode se utilizar de meios eletrônicos, foi criada pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Portanto, é uma das ferramentas mais atuais que o Estado dispõe para adquirir bens e serviços comuns, independentemente do valor.

Ainda segundo a referida Lei<sup>3</sup>, consideram-se bens e serviços comuns aqueles que o órgão adquirente consiga definir objetivamente, ou seja, cujas características sejam comuns ao mercado.

Por sua vez, o pregão eletrônico é realizado por meio de um portal, no qual as empresas interessadas, que procederam ao cadastramento e certificação prévia, apresentam seus lances e simultaneamente acompanham os lances de todos os concorrentes. Vence o certame aquela que chegar ao menor valor, por meio desse ambiente virtual.

---

<sup>3</sup> Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm) >, acesso em 10 de maio, 2014.

As vantagens dessa modalidade de licitação, com o uso da tecnologia de informação, são a velocidade e a economia para os cofres públicos.

Por ser uma modalidade mais simplificada, os procedimentos são realizados em menor tempo e assim o órgão que está interessado na aquisição do bem ou serviço poderá usufruir deste mecanismo com mais rapidez, o que também representa uma grande vantagem.

Finalizando, outra vantagem será a transparência, pois o procedimento é realizado dando vistas às partes interessadas e à sociedade.

## 2. OS ASPECTOS GERAIS DO PREGÃO ELETRÔNICO

O pregão, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei Federal 10.520/2002, é a modalidade de licitação utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns.

Em sucintas e concisas palavras, o ilustre doutrinador Carlos Pinto Coelho Motta nos ensina acerca dessa modalidade licitatória:

O que é pregão? É basicamente um instrumento de comparação e seleção de propostas de fornecedores de bens e serviços para o setor público, em que as ofertas são pregoadas” em uma reunião com a presença de todos e podem ser, sucessivamente, melhoradas por intervenções de voz.<sup>4</sup>

O pregão eletrônico não é uma nova modalidade de licitação e sim um subgênero da modalidade pregão. Portanto, o pregão subdivide-se em duas espécies: pregão eletrônico e o pregão presencial.

O pregão presencial é regulado pelo Decreto Federal 3.555/2000, ao passo que o Decreto Federal 5.450/2005 regulamentou o pregão com a utilização de meios eletrônicos.

Para demonstrar a ampliação e a preferência pelo uso do pregão eletrônico, o Decreto 5.504/2005 estabeleceu exigência de realização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns, realizada por entes públicos ou privados, em

---

<sup>4</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Comentários, Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2011, p.869.

decorrência de transferência de recursos públicos da União, convênios ou instrumentos congêneres ou ainda consórcios públicos, dando preferência ao pregão eletrônico.<sup>5</sup>

A utilização do pregão eletrônico destaca-se pela facilidade e ainda maior ampliação da oportunidade de participação dos licitantes interessados, uma vez que dispensa a locomoção destes até local determinado para a licitação, pois o espaço passa a ser virtual. O procedimento que exigia a presença dos licitantes ou seus representantes devidamente munidos de procuração, agora foi flexibilizado. Os lances são efetivados pela internet, conforme preleciona Alexandre Mazza:

O pregão eletrônico é aquele utilizado com apoio da internet, estando regulamentado pelo Decreto 5.450/2005. De acordo com o artigo 4º do decreto, deve-se observar uso preferencial do pregão eletrônico. A autoridade deverá justificar a opção pelo pregão presencial, se o eletrônico for inviável<sup>6</sup>

E de acordo com a complementação de Simone Zanotello:

Por esse sistema, o pregão é processado pela utilização de meio de comunicação a distância - a Internet, possibilitando o acesso à licitação em qualquer lugar do Brasil. Os editais nessa modalidade, além de serem publicados na forma previstas na legislação (em diários oficiais e jornais de grande circulação), devem estar disponíveis na internet para obtenção por qualquer interessado<sup>7</sup>

Em razão das vantagens apresentadas pelo pregão em sua forma eletrônica tornou-se de uso obrigatório para aquisição de bens e serviços comuns, notadamente em âmbito federal, de forma que a sua não realização por razões de inviabilidade técnica deverá ser justificada pela autoridade competente.

Nesse sentido foi gerada uma discussão doutrinária, uma vez que a Lei 10.520/2002 estabelecia que para compras de bens e serviços comuns a modalidade adotada “poderá” ser o pregão. O Decreto 5.450/2005, por sua vez, traz essa

<sup>5</sup> SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda, Orgs. **Licitações: pregão presencial e eletrônico. Leis complementares.** 4ª ed. Curitiba : Ed. Negócios Públicos do Brasil, 2013, p. 75

<sup>6</sup> MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** São Paulo : Saraiva, 2011, p. 327

<sup>7</sup> ZANOTELLO, Simone. **Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação.** São Paulo : Saraiva, 2008, p. 72



obrigatoriedade do uso do pregão, e preferencialmente o eletrônico. Destarte, questionou-se se o decreto regulamentador poderia ultrapassar os limites da própria lei regulamentada. No entanto, de acordo com o doutrinador Carlos Pinto Coelho Motta, concluiu-se, por fim, ser válida essa regulamentação, uma vez que trata-se de “poder-dever” do administrador.<sup>8</sup>

### 3. O PREGÃO E A NATUREZA DO OBJETO

A Lei 8.666/93, a Lei de Licitações, que à sua época estipulou 5 modalidades de licitações (Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e o Leilão), usou como parâmetro para utilização entre uma ou outra pela Administração Pública o valor do objeto do instrumento convocatório, exceto para concurso e para o leilão.

Em linha oposta opera a Lei dos Pregões, que se ateu à natureza dos produtos licitados, “bens e serviços comuns”, e não ao seu valor. Assim, não há a estipulação de valores mínimos ou máximos para que sejam realizados pregões, tanto presenciais quanto eletrônicos.

A respeito dessa característica da Lei dos Pregões, aduz Carlos Pinto Coelho Motta:

Depreende-se que, na instalação de licitação, a escolha do pregão como fórmula competitiva deve ser limitada unicamente pela caracterização de seu objeto “comum”, admitindo esse objeto apenas duas variáveis decisivas: a) comportar, ou não, definição objetiva de padrões de desempenho e qualidade por meio de especificações usuais de mercado; e b) adequar-se, ou não, à apresentação das propostas e lances em sessão pública.<sup>9</sup>

### 4. AS FASES DO PREGÃO

Assim como ocorre no pregão presencial, o pregão eletrônico possuiu duas fases: a fase interna e a fase externa.

<sup>8</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Comentários, Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2011, p. 893

<sup>9</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12ª ed. rev. e atual. Comentários, Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2011, p. 896

#### 4.1. A FASE INTERNA E OS AGENTES ENVOLVIDOS

O pregão, como toda e qualquer modalidade de licitação, deve ser precedido de uma fase interna, na qual o órgão requisitante, por meio de uma autoridade competente, define, de acordo com as exigências legais, o bem ou serviço comum a ser adquirido, seu quantitativo, justificando sua necessidade e verificando sua disponibilidade no mercado, inclusive com a realização de um prévio orçamento, estipula as exigências de habilitação, o critério de aceitação das propostas, as sanções para os casos de inadimplemento, os prazos para fornecimento e as cláusulas do contrato.<sup>10</sup>

Os agentes envolvidos no pregão serão a autoridade competente, o pregoeiro, a equipe de apoio, os fornecedores e a sociedade civil.

A autoridade competente designará o pregoeiro e a equipe que conduzirá o procedimento. Fará, ao final, a homologação do certame. O pregoeiro e a equipe de apoio conduzirão o procedimento. Os fornecedores farão seus lances. Por fim, a sociedade civil poderá acompanhar todo o processo por meio dos portais de transparência. Para este último não será necessário nenhum acesso com *logins e senhas*.<sup>11</sup>

Nesta fase ocorrerá a organização do certame, sendo que a autoridade superior irá solicitar ao provedor o cadastramento do pregoeiro e da equipe de apoio e tomará as providências para que se inicie o pregão.<sup>12</sup>

Fernanda Marinela explica em apertada síntese e de forma clara acerca de quais são os atos que a autoridade superior deverá tomar na fase preparatória:

*Nesta fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:*

*a) Elaboração do termo de referência pelo órgão requisitante com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização. O termo de referência consiste no documento que deve conter elementos capazes de propiciar avaliação de custos pela Administração diante de orçamento detalhado, definição de*

<sup>10</sup> PEIXOTO, Ariosto Mila. **Pregão presencial e eletrônico**. Campinas-SP : Prime Editora, 2006, p. 40-41.

<sup>11</sup> SILVA, Arídio; RIBEIRO, José Araújo; RODRIGUES, Luiz Alberto. **Desvendando o pregão eletrônico**. Rio de Janeiro : Ed. Revan, 2002, , p. 151-153

<sup>12</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014, p. 438

*métodos, estratégia de suprimentos, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva;*

*b) Aprovação do termo de referência pela Autoridade;*

*c) Apresentação da Justificativa da necessidade da contratação;*

*d) Elaboração do edital, estabelecendo critérios de aceitação das propostas;*

*e) Definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da Administração<sup>13</sup>.*

Em uma análise comparativa, a Administração funciona como uma empresa privada, e nesta as compras funcionam de forma similar, mas sem a complexidade reservada aos negócios realizados pela Administração, pois esta atua com dinheiro público, e aquela com dinheiro privado.

Na empresa privada, identifica-se qual objeto é necessário para realizar-se alguma atividade, faz-se uma análise de viabilidade (se a empresa pode pagar pelo objeto desejado), são realizados os procedimentos internos, como requisições, aprovações e, por fim, o departamento de compras inicia seus trabalhos, contatando seus fornecedores e efetuando a compra.

Nos negócios públicos a fase interna é semelhante. Depreende-se da doutrina trazida que é uma fase na qual a necessidade é levantada, são definidas as especificações do objeto a ser licitado, de forma clara o suficiente para que o maior número de concorrentes possa participar.

#### **4.1.1. O CREDENCIAMENTO DOS PARTICIPANTES**

Ainda compreendida na fase preparatória, interna, há a inserção das informações dos envolvidos no processo licitatório no provedor, ou seja, no sistema na internet que servirá de plataforma para realização do certame. Assim, o pregoeiro, sua equipe de apoio e os licitantes deverão fazer credenciamento no site.

<sup>13</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014, p. 438

O cadastramento dos licitantes faz presumir sua capacidade para fornecimento do bem ou serviço a ser licitado. Realizado o credenciamento, serão concedidos *logins* e senhas, para que os licitantes possam acessar o portal do provedor e possam efetivar seus lances. Esse acesso poderá ser utilizado em todos os certames realizados pelo provedor de acesso.

Importante ressalva nos traz Fernanda Marinela:

No caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o credenciamento do licitante, bem como sua manutenção, dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.<sup>14</sup>

Os licitantes poderão perder seu acesso ao SICAF caso sejam descadastrados ou solicitem o descadastramento. São ainda responsáveis por todas as transações realizadas pelo portal. Em caso de extravio de senhas, deverão solicitar bloqueio junto ao servidor, imediatamente.

## **4.2. A FASE EXTERNA**

A fase externa ocorre quando já está preparado o processo, quando já foi eleita a equipe de apoio e o pregoeiro, enfim, quando finalmente os licitantes tomarão conhecimento do certame e poderão, caso queiram, participar. E essa fase se inicia a partir da publicação do edital e da sua disponibilização no ambiente eletrônico.

### **4.2.1. O EDITAL**

O edital conterà as informações necessárias sobre o certame, tais como indicação de local e horário em que será realizado o pregão, indicação do endereço da internet do provedor através do qual será realizada a audiência virtual, descrição do produto ou

---

<sup>14</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014, p. 439

serviço que será objeto do certame, indicação de que a licitação será realizada por meio digital, dentre outras disposições.

Entre a publicação do edital e a realização do pregão deverá transcorrer o prazo de no mínimo 8 (oito) dias úteis.

Caso haja alguma impugnação contra o ato convocatório, o pregoeiro e sua equipe deverão decidir no prazo de 24 horas. Se a impugnação for acolhida e houver necessidade de se promover alterações no edital, outra data para realização da audiência virtual será marcada, sendo que o aditamento do edital deverá ser publicado da mesma forma que o foi edital.

#### **4.2.2. A REALIZAÇÃO DO PREGÃO**

Os licitantes interessados em participar do certame terão até a data da realização deste para enviarem suas propostas. As propostas serão remetidas por meio da plataforma virtual no sistema. Os licitantes, fazendo uso de seu login e senhas, farão acesso e enviarão as propostas que desejarem. As propostas poderão ser revisadas ou retiradas até a abertura do procedimento pelo pregoeiro, no horário previsto no instrumento convocatório. O horário seguirá o oficial de Brasília. Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do professor Ariosto Mila Peixoto:

Impende ressaltar que os sistemas de compras eletrônicas utilizam tecnologias e softwares diferentes, fazendo com que o preenchimento da proposta eletrônica bem como qualquer arquivo anexado a ela, deva adaptar-se às peculiaridades de cada plataforma de compras.<sup>15</sup>

Na modalidade pregão, tanto virtual quanto presencial, há uma inversão das fases de habilitação e de julgamento, quando comparada às demais modalidades licitatórias. A análise das propostas e o “leilão ao revés” serão realizados previamente. Contudo, há necessidade que os licitantes declarem que preenchem os requisitos exigidos pelo edital. A legislação prevê sanções aos que declararem falsamente preencherem os requisitos do edital.

---

<sup>15</sup> PEIXOTO, Ariosto Mila. **Pregão presencial e eletrônico**. Campinas-SP : Prime Editora, 2006, p. 151.

O pregoeiro dará início ao feito, analisando as propostas que atenderem às exigências do edital. Ao contrário do pregão presencial que faz uma seleção prévia para a fase de lances, no pregão eletrônico todas as propostas disputam a sessão de lances, ocasião em que os licitantes poderão enviar lances sucessivamente menores.

Todos terão acesso ao último lance, em tempo real, e poderão enviar seus próprios lances. Os licitantes acompanharão todos os lances, contudo, sem ter acesso à identidade uns dos outros.

Encerrado o período de lances, o sistema informará a todos qual proposta foi vencedora.

Uma última e peculiar negociação ocorrerá logo depois de realizada a fase de lances, conforme nos explica Fernanda Marinela:

Com o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro poderá encaminhar pelo sistema eletrônico contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, a fim de que seja obtida melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital. A negociação deverá ocorrer pelo sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.<sup>16</sup>

Assim, evidencia-se ainda mais uma vez que esta modalidade de licitação busca, até seu derradeiro ato, vantagens para a Administração, objetivando que o melhor negócio seja realizado.

Encerrado o processo de julgamento, acordado o menor preço, passará então o pregoeiro à análise documental, à fase conhecida como habilitação.

#### **4.2.3. A HABILITAÇÃO**

Na modalidade licitatória pregão, seja ele eletrônico ou presencial, a fase de habilitação ocorrerá após a de julgamento, quando já se tiver um licitante que ofertou a melhor proposta. A grande vantagem é que a documentação analisada, a princípio, será somente a desse licitante que ofertou o menor preço. Caso ele esteja inapto a vencer a

---

<sup>16</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014, p. 441

licitação, será chamado o licitante que estiver na segunda colocação e assim por diante. Não serão analisadas as documentações de todos os licitantes e isso resulta em economia de tempo e dinheiro.

Muitos dos documentos exigidos na fase de habilitação poderão ser substituídos por cadastro no SICAF (que é o sistema de cadastramento em âmbito federal), ou certificado de que esteja cadastrado em outro sistema que atenda a legislação vigente. Essa possibilidade existe em razão do referido cadastro já conter essa documentação. Outros documentos específicos, necessários em razão de cada objeto, serão exigidos e analisados na fase de habilitação.

Em geral, a habilitação visa a verificar habilitação jurídica, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira. Ainda será verificada a regularidade, exigindo-se do licitante comprovação de que está em dia com todas as obrigações tributárias junto às fazendas federal, estadual e municipal, bem como junto à Previdência Social e ao FGTS. Serão exigidos também comprovações de adimplemento regular das obrigações de natureza trabalhista, apresentando para tanto certidões de regularidade.<sup>17</sup>

Durante as fases de habilitação e da classificação ou julgamento, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e da validade jurídica dos atos praticados. Essa correção se dará por meio de despacho fundamentado, registrando em ata e com acesso a todos.<sup>18</sup>

#### **4.2.4. A ADJUDICAÇÃO E A HOMOLOGAÇÃO**

Depois de finalizado o processo pelo pregoeiro e sua equipe, ele é remetido à autoridade competente que poderá anular, revogar ou homologar a licitação. Ele anulará quando detectar alguma ilegalidade no procedimento, sendo que sua decisão deverá ser fundamentada, observada a ampla defesa e o contraditório. Revogará a licitação por meio de decisão fundamentada quando, por fato superveniente devidamente comprovado, a

<sup>17</sup> CRISTINA, Flávia. FRANCESCET, Júlio. PAVIONE, Lucas.Orgs. **Exame da OAB – Todas as disciplinas – 1ª Fase**. 4ª. ed. Salvador : Ed. jusPODIVM, 2015, p. 415-416

<sup>18</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014, p. 442

contratação deixar de interessar à Administração. Não sendo identificadas circunstâncias que culminem na anulação ou revogação da licitação, será realizada a homologação. Destacamos que no pregão a adjudicação precede a homologação.

O fornecedor melhor classificado será considerado vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto da cotação, desde que sua proposta atenda às especificações do objeto<sup>19</sup>

Caso o vencedor da licitação não apresente os documentos da habilitação ou não aceite assinar o contrato, será eliminado da competição e poderá sofrer as penalidades que contam com previsão em edital. O licitante que ficou em segunda posição será convocado para assinar o contrato e, caso este não aceite, haverá uma convocação sucessiva, nas condições estabelecidas no edital. Será procedida a avaliação da documentação desse segundo licitante, e designado o objeto da licitação a ele, caso nenhuma irregularidade seja detectada, desde que essa convocação seja feita no prazo de 60 dias de validade da proposta, ou outro prazo diverso previsto no objeto convocatório.<sup>20</sup>

Será descredenciado do SICAF, por até cinco anos, além de outras punições previstas em lei, o fornecedor que falsificar documentos, que não assinar o contrato, que cometer fraude fiscal ou que der causa a outras infrações previstas em lei.

Uma observação importante é que o princípio da adjudicação compulsória traz uma garantia ao licitante vencedor de que se Administração for efetuar aquela contratação, deverá fazer com ele, que está em primeiro lugar. Contudo, não gera para a Administração a obrigação de realizar a compra ou contratar o serviço ou obra, que será avaliada no caso concreto.

Com a formalização do contrato, o negócio jurídico é sedimentando, gerando direitos e obrigações para a Administração e para o contratado.

<sup>19</sup> SILVA, Arídio; RIBEIRO, José Araújo; RODRIGUES, Luiz Alberto. **Desvendando o pregão eletrônico**. Rio de Janeiro : Ed. Revan, 2002, p. 161

<sup>20</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014, p. 443



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, verificamos que a Administração Pública utiliza-se de mecanismos legais para conseguir contratar empresas para lhe auxiliar ou para lhe fornecer insumos necessários para a execução de seu trabalho. Por exigência legal, não pode o administrador contratar à sua livre vontade. Por essa razão, a Lei 8.666/93 criou cinco modalidades de licitações, quais sejam: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

Além dessas, por meio da Lei 10.520/2002, tivemos a inserção de uma nova modalidade de licitação no ordenamento jurídico – o pregão. Esta se relacionava não mais com o valor do montante contratado, e sim com a natureza dos bens e serviços que fazem parte do escopo do processo – que devem ser comuns. Houve grandes mudanças com o advento do pregão, porém a mais importante foi a inversão das fases de classificação e habilitação, que fez com que o prazo para análise de documentos fosse reduzido, diminuindo o tempo para finalização do certame, e também os custos.

O objeto do trabalho foi analisar especificamente o pregão eletrônico, que é uma espécie do pregão. Na sua versão eletrônica, o pregão ocorre em ambiente virtual, situação que amplia ainda mais a concorrência, uma vez que os interessados não precisarão estar em um lugar físico, e também amplia a transparência, vez que todos acompanham os lances em tempo real. E a sociedade também possui mecanismos para acompanhar os processos, inclusive dispondo de ações para impugnar os certames, caso necessário.

Em suma, a modalidade pregão, na sua espécie eletrônica, só foi possível de se concretizar graças à recente evolução da tecnologia, e seu principal objetivo é facilitar e agilizar as contratações realizadas pela Administração Pública, procurando tornar os processos mais céleres, competitivos e eficientes, bem como mais imunes a fraudes e manipulações.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRISTINA, Flávia. FRANCESCHET, Júlio. PAVIONE, Lucas.Orgs. *Exame da OAB – Todas as disciplinas – 1ª Fase*. 4ª. ed. Salvador : Ed. jusPODIVM, 2015.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 8ª ed. rev. e atual. até 20/01/2014. Niterói : Ed Impetus, 2014.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo : Saraiva, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12ª ed. rev. e atual. Comentários, Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo; ANDRADE, Fernanda, Orgs. *Licitações: pregão presencial e eletrônico. Leis complementares*. 4ª ed., Curitiba : Ed. Negócios Públicos do Brasil, 2013.

SILVA, Arídio; RIBEIRO, José Araújo; RODRIGUES, Luiz Alberto. *Desvendando o pregão eletrônico*. Rio de Janeiro : Ed. Revan, 2002.

ZANOTELLO, Simone. *Manual de redação, análise e interpretação de editais de licitação*. São Paulo : Saraiva, 2008.