

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
N.25 | 1º SEMESTRE DE 2015

 **Newton**
Quem se prepara, não para.



ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE
DIREITO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO
DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
N.25 | 1º SEMESTRE DE 2015

ORGANIZADOR | Gustavo Costa Nassif

 **Newton**

Quem se prepara, não para.

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário
Newton Paiva / organizador Gustavo Costa Nassif –
Belo Horizonte: Newton Paiva, 2015.
n.25, 1º Semestre.

Semestral
ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Nassif, Gustavo Costa. II.
Centro Universitário Newton Paiva. III. Título

CDU 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
ESCOLA DE DIREITO

Unidade Juscelino Kubitschek: Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Unidade Buritis: Rua Jose Claudio Rezende, 26 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Quem se prepara, não para.

EXPEDIENTE

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITOR: João Paulo Beldi

VICE-REITORA: Juliana Salvador Ferreira

DIRETOR ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO: Cláudio Geraldo Amorim de Sousa

SECRETÁRIA GERAL: Jacqueline Guimarães Ribeiro

COORDENADOR DA ESCOLA DE DIREITO: Emerson Luiz de Castro

COORDENAÇÃO ADJUNTA: Douglerson Santos, Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo e Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ORGANIZADOR

Gustavo Costa Nassif

CONSELHO EDITORIAL

Professor Mestre Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (Newton Paiva)

Professor Mestre Emerson Luiz de Castro (Newton Paiva)

Professor Doutor Gustavo Costa Nassif (Newton Paiva)

Professor Doutor Jorge Claudio de Bacelar Gouveia (Universidade Nova de Lisboa)

Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães (UFMG)

Professor Doutor Michael Cesar Silva (Newton Paiva)

Professor Doutor Ricardo Rabinovich-Berckman (Universidade de Buenos Aires)

Professor Doutor Rubén Martínez Dalmau (Universidade de Valência – Espanha)

Professora Doutora Tatiana Ribeiro de Souza (UFOP)

APOIO TÉCNICO

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES ACADÊMICAS DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

<http://npa.newtonpaiva.br/npa>

EDITORA DE ARTE E PROJETO GRÁFICO: Helô Costa - Registro Profissional: 127/MG

DIAGRAMAÇÃO: Kênia Cristina (estagiária do curso de Jornalismo)

EDITORIAL

A imaginação do outro

Seria a imaginação um direito ou um dever? Talvez um mais incauto com o próprio senso de colocação do humano poderia dizer que a imaginação é um atributo que alcança a todo ser humano. Bom, em primeiro, precisamos pensar em algo que nos diga o que seria essa imaginação. Aliás, é interessante pensar na construção de conceitos. Esse processo que envolve uma série de condições intelectuais e afetivas, conhecimentos empíricos e não, seria ele um processo imagético. Falar de imaginação é já de pronto falar em um não lugar. Ora, dos lugares já tocados, sabemos todos. Assim, com essa dimensão do não lugar. Daquilo que ainda não fora inventado, visto ou imaginado. Pensamos ali morar a imaginação. Essa condição a priori para um existir humano que se queria aproximado do outro. Um existir ético que tem o apelo infinito do outro a lhe dizer incessantemente de sua responsabilidade. Nesse sentido, se o outro é um infinito. Se é uma dúvida transcendental. Talvez entendê-lo, ou melhor, estar com ele na dimensão imagética, seja uma postura ética. Estar com o outro me obriga à invenção. Esse seria um dos pontos que gostaríamos de tocar.

De outro lado, também é importante reconhecer aquilo que poderíamos chamar da dimensão social deste apelo à imaginação. Ou seja, não podemos deixar de reconhecer que esse direito humano, a imaginação, não é partilhada por toda a classe do gênero humano. Isso pode ser percebido por duas dimensões: uma, aquela que nos mostra que as condições de vida de determinadas pessoas tornam mesmo impossível o exercício desse direito de maneira excelente. Há pessoas relegadas à condições de existência que parecem impedi-las ao exercício da alteridade. Ora, o Outro deixa de ser um local de imaginação ética e torna-se, ao contrário, e paradoxalmente, imaginariamente um inimigo. Não é difícil percebermos essas situações. E ainda nessa toada, por mais que possamos alegar que as pessoas nunca serão privadas de sua imaginação, parece-nos claro que o arredor social contribui para essa dilatação da construção do pensamento. Podemos também perceber esse problema quando encontramos existências assemelhadas àquelas que Hanna Arendt narrou na sua tese sobre a "banalidade do mal". Eichmann não seria um monstro como o senso comum gostaria de dizer: ele apenas não era capaz de pensar, raciocinar, quiçá, imaginar. Isso por força de um aprisionamento ideológico. No qual vivemos todos quando não refletimos. Sócrates já nos alertara que uma vida sem reflexão não valeira ser vivida. E agora perguntamos: e uma vida sem imaginação?

Há sem dúvida muitas identidades, gêneros e classes a serem imaginados. O direito se presta – deveria se prestar – exatamente a cumprir esse papel de se conduzir pela imaginação que é de per si um atributo que nos permite uma condição humana, logo, uma condição que nos encaminhe ao Outro. Esse que por sua vez nos realiza no mundo, no tempo. O exercício do direito à imaginação poderia ser tomado como direito mais fundamental que os direitos fundamentais. Poderia ser pensado como a própria condição de possibilidade da existência digna humana. Formalmente temos liberdade de expressão e criação, no entanto, a invenção, quase como a literatura, é da ordem da transgressão. Portanto, assim como nos propôs Barthes, para que vissemos a transgressão no dizer da literatura, imaginamos que seria importante pensarmos o direito humano à imaginação. Uma transgressão ética que acolhe o outro em sua infinita e imaginada condição de não lugar.

Apresentar uma nova edição de nossa Revista Eletrônica da Escola de Direito do Centro Universitário é de alguma maneira levar a sério o direito humano à imaginação. Aqueles que recebem os textos são compostos pela imaginação que vem. Aos que escreveram suas imaginações aqui, restam agradecidos desde sempre. Assim, de imaginação em diante nossa Escola de Direito cumpre seu papel pedagógico e social no sentido de permitir vozes plurais ao discurso. De levar cores distintas aos alunos e à comunidade acadêmica em geral. Que o Outro que vem, infinito, tenha em nossa imaginação a acolhida que ele reclama. Infinita. Assim como tem feito vosso editor, ris, o que gera, acolhe e acredita na multipluralidade imaginativa daqueles que a fazem infinita.... Nossa Revista de Direito.

BERNARDO G.B. NOGUEIRA

SUMÁRIO

OPINIÃO

SUBINDO DEGRAUS

Bernardo G.B. Nogueira.....10

ARTIGOS

REFLEXOS ABSTRÁIDOS DA LEI 12741/2012 AO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

Eumar Evangelista de Menezes Júnior e Marcos Lucas Ribeiro dos Passos.....12

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:

Aspectos, excepcionalidades, procedimento e afirmação da personalidade jurídica

Jerfferson da Mata Almeida.....17

O PREGÃO ELETRÔNICO UTILIZADO PARA AS AQUISIÇÕES DE MATERIAIS E CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS PARA A CONSTRUÇÃO CIVIL: REALIZAÇÃO POR FUNDAÇÃO DE APOIO

Sabrina Alves Zamboni e Sabrina Borges de Abreu Scorvo24

HOMICÍDIO PASSIONAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

Raquel Araújo de Freitas e Cristian Kiefer da Silva.....33

TEORIAS DA CRIMINALIDADE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

Carlos Magalhães.....40

SOMA/UNIFICAÇÃO DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL: AFASTAMENTO DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Bruno César Canola.....47

OPINIÃO

SUBINDO DEGRAUS

Ser mineiro, diria o poeta, é, dentre muitas coisas: "gostar de política e amar a liberdade, é viver nas montanhas, é ter vida interior, "é ser gente. Toda essa dimensão do mineiro está aliada à própria construção geográfica do Estado. Essas montanhas que abraçam, são essas montanhas que lançam olhares pelo topo do mundo. Fazem do abraço acolhida onde nasce o novo que é alimentado pelo cume da montanha. É assim, ser mineiro é também ser complexo, só que pra dentro.

Daí que nosso maior pensador arquiteto, Niemeyer, tenha namorado tanto estas montanhas, para desse encontro fazer brotar igrejinhas, edifícios inovadores com suas curvas e espaços públicos. Falamos aqui da poesia das montanhas, e falamos do abraço que a arquitetura pode nos dar. O abraço em uma mesa redonda de família. Uma prosa junto com um café e um pão de queijo. A forma passiva resolução de conflitos. A maneira arrojada e sincera de realizar a política. Os mineiros são isso também. Quando menos se espera, nasce algo novo ali.

Nesse sentido, talvez o pensamento jurídico mineiro esteja a carecer de uma volta pelas montanhas e lá respirar um novo ar. O mundo altera nossas miradas. Temos que acompanhar essa ciranda. Sob pena de cantarmos cantigas para ouvidos moucos. O jurista mineiro não se pode esquecer de suas montanhas, não pode se esquecer que elas precisam ser habitadas. Vistas e transcendidas. Assim, num golpe de pura mineiridade, a Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, apresenta à sociedade o Novo Centro de Exercício Jurídico, o CEJU!

Mas no que importa dizer de Niemeyer, das montanhas, de nossas curvas, de nosso sorriso tímido e de nossa prosa em volta da mesa? Vamos a isso:

O CEJU, inaugurado recentemente sob a batuta do coordenador geral da Escola de Direito, Emerson Luiz de Castro, traz em sua própria estrutura física as componentes necessárias para uma nova concepção do próprio poder judiciário, seus fins e suas contribuições à res publica. Os Centros de Exercício Jurídico nascem para prestar um serviço social. Aliás, o Direito deve em sua essência carrear esse fundamento. Mas o CEJU, possui algo que está próximo das ideias que nascem no topo das montanhas.

Em sua disposição arquitetônica, temos, no subsolo, aquilo que sustenta a sociedade nos dias atuais. O laboratório de informática é o que sustenta a ordem de comunicação desse novo homem global e globalizado. Assim, sem essa possibilidade, o poder judiciário emperra, ou se enterra. É só pensarmos na informatização do processo. Isso é elementar como a fundação de um edifício.

No próximo andar podemos ver as salas de conciliação. Ora, não é possível viver em uma sociedade sem essa tentativa. Realizar um concílio é buscar uma boa base de sustentação social. Assim, menos litígio e mais consensos. Menos estruturas sem fundamento. Edifícios não podem ter abalos em sua constituição inicial. Nesse andar as pessoas são recebidas pelos estagiários e professores. É um primeiro momento no qual necessita-se uma boa discussão sócio jurídica, as bases não podem desde já voltarem-se ao atrito. Isso pode prejudicar o tecido social de se ajustar. A liga social deve ser o diálogo, não a sua ausência maquiada por decisões autoritárias de um engenheiro distante do social.

No próximo andar estão alocados os professores estagiários, já com uma base estabelecida, irão buscar resolver aqueles litígios, discutir as possibilidades de conciliação e pensar a necessidade da mediação com saída nova. O termo grego *krysys*, retirado do vocabulário médico significa aquele momento em que ou o doente se convalesce e volta à vida, ou sucumbe e morre. No segundo andar está a representação do próprio momento de crise que vive o poder judiciário. Entre um modelo de justiça fundado no litígio e o próximo passo, a mediação, que apesar de ser já uma realidade dentro do novo Código de Processo Civil, ainda carece de percepção e inserção de suas ideias no próprio imaginário social. Bom, do segundo andar sairão as peças processuais, os agravos e

recursos. Também saem, se mirarmos o próximo andar, os sonhos de justiça social a que se propõe o direito, e necessariamente, um centro de exercício jurídico. Ora, também há no CEJU, aquilo que se chamou laboratório jurídico, no qual os egressos poderão iniciar seus trabalhos até estabilizarem suas carreiras. O espaço cedido está na mesma estrutura do segundo andar, os jovens formandos atravessam um momento de crise em suas vias, deixam de ser estudantes e já são cobrados pela vida profissional – eles precisam sonhar e ao mesmo tempo, ter os pés no chão, ali é o lugar. O segundo andar é o adolescente. Oscila entre o ontem e hoje.

Assim, no último andar, temos uma sala do tribunal do júri, talvez a simbolizar um espaço de democracia, por certo, não o ideal de sociedade a qual almejamos, mas como falamos aqui da ordem finita e frágil do humano, somos capazes de erro. Mas para que o julgamento seja de alguma maneira democrático, ali os alunos poderão exercitar sua oratória, suas técnicas e sobremaneira aprenderem a necessidade da defesa irrestrita para todos, fundamento necessário a toda sociedade que se queira razoável.

Mas, assim, em jeito de ar de montanhas. No mesmo andar o CEJU possui duas salas. Uma delas com uma mesa redonda ao centro. Sala que está ali no último andar não por mero acaso. A mediação é hoje uma aposta feita pelo poder judiciário. Em jeito de segredos que lançamos ao vento no topo das montanhas de Minas. Uma busca por respirar ar fresco. Tentativa de olhar de cima, e ver o humano de onde ele deve ser visto: do patamar mais próximo dos deuses. Que respeita o outro e que também procura sempre alcançar a justiça, essa nossa deusa que agora usa menos a espada e mais o diálogo. A mediação, essa prática nova, só poderia mesmo estar no cume. A ela rendemos nossas esperanças. Ser mineiro é ter esperança na chuva que vem por detrás da montanha. “Ser mineiro é ser gente”. Drummond nos ensinou. O direito talvez demore um pouco para perceber isso. Talvez por isso possamos tomar um elevador que nos leve a esse andar. Talvez os degraus do CEJU sejam a caminhada que o direito e o homem fizeram para encontrar com essa nova prática. As montanhas podem ser sombra ou luz. Isso em relação ao local em que estamos. Precisamos subir e ir lá conferir. E os alunos poderá acompanhar em uma ante sala com espelho falso as práticas de mediação. Isso porque o mineiro é desconfiado, e o poeta nos alerta: “só acredita na fumaça quando vê o fogo”.

O CEJU nasceu em Minas. Onde nasceram juristas que subiram a montanha. O CEJU é uma montanha a ser escalada. Ela se movimenta na medida que dentro dela pulsa a vontade da justiça, por vezes menos altiva, mas sempre com os olhos no cume: a mediação. A estrutura está pronta. A vida ali deve ser direcionada nesse rumo. Para que a crise continue sendo nosso combustível e para que a cura social, com prosa em mesa redonda, café e pão de queijo, seja o que nos fica desse local de fazer nascer justiça, fazer sonhos, vida, mineiridade, pois: “Ser Mineiro é ver o nascer do Sol e brilhar da Lua, é ouvir o canto dos pássaros e o mugir do gado, é sentir o despertar do tempo e o amanhecer da vida.”

BERNARDO G.B. NOGUEIRA

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Especialização em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto. Professor da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

REFLEXOS ABSTRAÍDOS DA LEI 12741/2012 AO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

EUMAR EVANGELISTA DE MENEZES JÚNIOR¹
MARCOS LUCAS RIBEIRO DOS PASSOS²

RESUMO: O presente artigo, em suma, discorre sobre os reflexos na órbita empresarial destacados do inteiro teor da Lei 12741 de 08 de dezembro de 2012, que se apresenta originariamente como regramento infraconstitucional instituidor de medidas de esclarecimento ao consumidor. Objetiva-se um melhor entendimento intrínseco e extrínseco do teor da lei, uma vez que, o diploma legal aborda a proteção ao hipervulnerável, porém, reflete obrigatoriedade ao protagonista da matéria empresarial, o empresário. Esse, individual ou coletivo, quanto a escrituração, frente a exigência empresarial-fiscal descrita na legislação federal, está obrigado a lançar as margens do cupom fiscal o valor aproximado de tributos. Para tanto se faz necessário conhecer o caráter jurídico, empresarial, tributário, consumerista da legislação, sendo arrastados, separados a estudo, diante sua aplicabilidade repercutida no Direito Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Clarão, nota fiscal, aplicabilidade, empresário, obrigatoriedade.

ABSTRACT: the present article, in short, discusses business opinions orbit reflexes of the full text of the law of December 8, 2012 12741, which bills itself originally as settlor infraconstitutional measures Bill clarification to the consumer. Goal is a better understanding intrinsic and extrinsic from the content of the law, since the law covers the protection of the hipervulnerável, however, reflects an obligation to the protagonist of the story, the business manager. This, individual or collective, as the bookkeeping, business-tax requirement front described in federal legislation, is obliged to release the margins tax coupon the approximate amount of taxes. For this purpose it is necessary to meet the legal character, business, tax, consumer legislation, being dragged, separated the study on its applicability to bounce in Brazilian law.

KEYWORDS: Flash, invoice, applicability, entrepreneur, mandatory.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Empresarial.

INTRODUÇÃO

Passando de Mercador Mercantil a comerciante, chegando-se ao protagonista da matéria empresarial, empresário, conforme Lei 10406 de 2002, suas atividades são reguladas e disciplinadas pelo ramo do Direito Privado, Direito Empresarial, sendo esse absorvido pelo Direito Comercial que abrange substancialmente o Direito Econômico, Financeiro e parte do Tributário.

Nessa arena multidisciplinar, o empresário, seja individual ou coletivo, está obrigado a escriturar seus livros contábeis, seguindo técnicas uniformes, mais quesitos intrínsecos e extrínsecos, à manutenção da transparência de suas atividades a Junta Comercial Jurisdicionada, as autoridades fazendárias, se necessário após quebra de sigilo ao público em geral interessado, e especificamente, após o advento da Lei 12741 de 2012, ao consumidor frente ao utilitarismo de seus produtos e serviços, reconhecida sendo a obrigação como medida de esclarecimento ao hipervulnerável.

Frente a essa obrigação contábil, o empresário aproximou-se do teor do Decreto Lei 6022 de 2007, até então praticamente facultativo, passando a utilizar do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, em especial do seu subprojeto, nota fiscal eletrônica. Essa, bem utilizada pelo empresário, o servirá como apoio ao cumprimento da Lei 12741 de 2012, que imprimi ao empresário o lançamento aproximado dos tributos as margens das notas fiscais, sendo forma e/ou medida esclarecedora de sua carga tributária ao consumidor.

Por meio de um método de abordagem técnico-jurídico, como utilizando-se de método procedimental bibliográfico, segue analisada intrinsecamente e extrinsecamente a Lei 12741 de 2012, sendo a proposta deste artigo, que apresenta a lei federal como medida de esclarecimento ao consumidor, como foi titulada pelo poder le-

gislativo, todavia apresenta mais a lei sob os reflexos de seu teor abstraídos, arrastando o leitor a premissa que o diploma legal hoje é responsável pela criação de uma obrigação a mais ao empresário regular, quando da exploração da atividade econômica, à produção e à circulação de bens ou serviços.

Atualmente, após a vigência da Lei 12741 de 2012, sendo aplicada a partir de janeiro de 2013, vários foram os reflexos abstraídos do seu teor, sendo todos acometidos ao empresário, de caráter jurídico, empresarial, tributário, consumerista, temas em dialogo multidisciplinar, ora controversos em suas naturezas, sendo assim o objeto de pesquisa desse artigo.

1. PROTAGONISTA DA MATÉRIA EMPRESARIAL

Com o advento da Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro vigente, sobre os baluartes principiológicos constitucionais, às bases do Direito Empresarial e sub-ramos, alicerçado na Teoria da Empresa, apresenta como protagonista da atividade econômica de cunho utilitarista, o empresário.

Esse enquanto gênero, dentre suas espécies, individual, coletivo e/ou unipessoal, está sujeito ao registro público de empresas mercantis, sendo ressaltado que em conformidade com a Lei 8934 de 1994 e a Lei 10406 de 2002, o registro do protagonista deve ocorrer antes do início de suas atividades econômicas, sobre caráter de regularidade.

Registrado, regularmente inscrito em uma das vinte e sete juntas comerciais jurisdicionadas, o empresário estará autorizado a explorar economicamente a empresa, dentre seus elementos, sejam fatores de produção, matéria-prima, tecnologia, mão de obra e capital. (TEIXEIRA, 2014)

A essa organização positivista legislativa, dar-se-á a regulação da atividade econômica, dando existência à empresa mercantil, voltada à exploração da atividade econômica, à perseguição do lucro e sua conquista, sendo materializado assim o elemento imprescindível ao empresário, a onerosidade, por muitos reconhecido por lucro.

Hermeneuticamente o protagonista da matéria é o principal ator da economia brasileira, que por meio de suas ações torna-se possível a exploração da empresa, com profissionalismo, de forma organizada, tudo à produção e circulação de bens ou serviços, sendo de cunho utilitarista, aplicado ao comércio e a indústria, contribuindo muito a circulação de riquezas, ao fortalecimento da economia e consequentemente ao Estado.

Frente ao cumprimento das leis descritas acima, o empresário está obrigado mais a escriturar seus livros empresariais, isso logo havendo o fechamento do seu exercício social, esse correspondente a doze meses de atividade empresarial. O protagonista em conformidade com técnicas contábeis, utiliza para tanto, de critérios uniformes, de normas técnicas intrínsecas e extrínsecas, para a construção de seus livros empresariais.

Auxiliando essa obrigatoriedade extrai-se do Decreto Lei 6022 de 2007 o SPED, ferramenta tecnológica que muito colabora com empresário quando do lançamento de dados jurídicos categóricos às margens do cupom fiscal.

Nesse sentido ganhou importância a escrituração e o SPED ao empresário, sendo esse o protagonista da Teoria da Empresa, que após o advento da Lei 12741 de 2012, está obrigado a lançar as margens dos cupons fiscais, o valor aproximado de tributos, empregados à produção e a circulação de bens e serviços.

2. ASPECTOS TÉCNICOS-JURÍDICOS DA LEI 12741 DE 2012

O artigo 150 da Constituição Federal de 1988 compõe as limitações ao Poder Estatal de tributar, estabelecendo em seu rol as garantias asseguradas pelos contribuintes.

O Estado, ente político, possui o poder de exigir dos indivíduos uma parcela dos seus patrimônios particulares em razão de sua soberania estatal. O poder de tributar revela-se como relevante fragmento desta soberania. A expressão poder de tributar diz respeito a um poder de direito, lastreado no consentimento dos cidadãos, destinatários da invasão patrimonial, tendente à percepção do tributo. (SABBAG, 2014)

As limitações ao poder de tributar constituem-se, portanto, em normas estabelecidas pela Constituição Federal as quais não conferem competências positivas para tributar, mas em dispositivos que visam impedir as situações por elas descritas, ou seja, que sejam utilizadas pela força tributária do Estado. (AMARO, 2014)

Nesse sentido, havendo o entendimento acerca do Direito Tributário, nos dizeres constitucionais, a Lei 12741 de 2012 resta resultado desta interação multidisciplinar que é evidenciada na junção entre o Direito Empresarial e o Direito Tributário, uma vez que, o empresário após seu advento está obrigado a lançar as margens do cupom fiscal o valor aproximado dos tributos.

Apesar de inicialmente, diante aspectos legislativos, logo executivos, o legislador ao pensarmos diploma legal, objeto deste estudo, objetivou transparecer o que é cobrado de tributos dos consumidores fazendo assim, valer a defesa do vulnerável, no bojo do regimento jurídico ficou impregnado também aspectos empresariais, sendo enxergada a lei federal como responsável por mais uma obrigatoriedade imposta ao protagonista da matéria que tanto sofre já atualmente com tamanhas burocracias e exigências em território nacional.

Tendo o poder legislativo, por sanção presidencial, estando promulgada a referida lei, como inspiração a proteção de uma sociedade carente quanto à transparência do que lhe é cobrado de carga tributária, dentre âmbito nacional, resta em vigência no Brasil, a Lei 12741 de 2012, que imprime a obrigatoriedade ao empresário, nos seus cupons fiscais, quanto ao valor aproximado de tributos.

Ao clarão do texto legal, o resultado advindo desta inovação/mutação jurídica é a obrigatoriedade imposta ao empresário individual, coletivo e/ou unipessoal, de lançar em notas fiscais os valores correspondentes aos tributos conexos ao que esta sendo circulado ou produzido.

Neste ponto, vale dizer que em conformidade com a legislação empresarial brasileira, em tratamento especial, não pode ser esquecido que a lei não atinge o Microempreendedor individual e os empresários rurais.

A lei foi promulgada em 08 de dezembro de 2012, entrando em vigor em janeiro de 2013. Vista como uma conquista da sociedade consumerista brasileira e como dispositivo obrigacional às empresas mercantis quanto a informação em cupons e/ou notas fiscais do valor dos tributos pagos, firma-se como medida de esclarecimento ao consumidor quando este adquire algum produto ou serviço, mais extrinsecamente como medida impositiva ao empresário que está sujeito a obrigatoriedade implícita no texto da lei à escrituração fiscal-tributária, já determinada, agora informada explicitamente nos seus cupons fiscais.

Enriquecendo o entendimento acerca da propositura do diploma legal e sua vigência em território brasileiro, retoricamente, no dia 17 de maio de 2013 foi realizada em Brasília reunião que contou com a presença de várias entidades envolvidas nesse meio inclusive com a participação do vice presidente do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário). Foram discutidas a revogação de textos que previam a divulgação de informações estratégicas das empresas, como por exemplo, o percentual do custo da mão de obra e dos componentes importados; a prorrogação do prazo de início da obrigatoriedade assunto o qual trataremos a frente, bem como a possibilidade de conter na Lei uma previsão legal de que, no primeiro ano da lei, a fiscalização teria caráter orientativo e não punitivo, ou seja, uma forma de teste ou até mesmo um meio de prazo para os empresários aderirem a nova Lei. (IBPT, 2013)

Em cumprimento às normas categóricas jurídicas, a toda lei, ao ser promulgada é dada a ela um período para que esta possa entrar em vigor, enxergado como espaço de tempo, *vacatio legis*, expressão latina que significa vacância da lei, ou seja, a "Lei Vaga", que designa o período que decorre entre o dia da publicação de uma lei e o dia em que ela entra em vigor, ou seja, tem seu cumprimento obrigatório. A questão diz respeito à aplicação da lei no tempo, como estudo do Direito e do processo legislativo. (MENDES, 2013)

No Direito Brasileiro essa matéria de "vacância da lei" foi disciplinada no parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, que remete o tema a ser disciplinado por diploma específico: "Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis". (MENDES, 2013)

O prazo da *vacatio legis* tende a ser maior ou menor de acordo com a complexidade da norma. O Código Civil de 2002, por exemplo, teve uma *vacatio legis* de 365 dias, só entrando em vigor no ano de 2003.

Não foi diferente com a lei objeto do presente estudo, que teve um período de *vacatio legis*, por um período de 06 meses. Porém, conforme relato retórico, em 17 de maio de 2013 aconteceu em Brasília reunião na qual teve a participação de várias entidades diretamente envolvidas acerca do presente tema, um dos pontos aborda-

dos foi justamente o *vacatio legis* da Lei 12741 de 2012, fato esse que de forma direta influência hoje na aplicação da norma jurídica em tema, pois o prazo já foi prorrogado por duas vezes, restando prazo final, a data de 30 de dezembro de 2014, prazo esse deliberado pela medida provisória 649 de 2014.

Sendo está, uma lei infraconstitucional aprovada pelo poder legislativo, logo, figura o Direito Positivo, o qual pode ser conceituado como um conjunto de princípios e regras que regem a vida social de determinado povo em determinada época. Diretamente ligado ao conceito de vigência, o direito positivo, em vigor para um povo determinado, abrange toda a disciplina da conduta humana e inclui as leis votadas pelo poder competente, os regulamentos e as demais disposições normativas, qualquer que seja a sua espécie. (COELHO, 2012)

Frente a narrativa retórica jurídica, a Lei 12741 de 2012, entrou em vigor em janeiro de 2013, sendo sua obrigatoriedade estendida, mesmo já aplicável, em fase de adequação pelos empresários, até janeiro de 2015, restando ainda uma prazo de adaptação aos protagonistas da matéria empresarial e sujeitos atingidos diretamente pela lei, como mais os consumidores, esses apenas atores protegidos pela lei objeto do presente estudo.

3. DA APLICABILIDADE DA LEI 12741 DE 2012

Tratando-se a lei 12741 de 2012 de um dispositivo legal, logo em vigor, deverá ser cumprida todos os seu ditames por todos aqueles que ela abrange, neste caso o empresário, seja individual, coletivo e/ou in-pessoal, no caso o EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, que deverá se adequar ao estabelecido por ela, ou seja, o protagonista regularmente registrado, no momento em que o consumidor adquire seu produto e/ou serviço, deverá este através de um cupom fiscal, ser informado de forma detalhada de todos os impostos recolhidos, funcionando assim como ferramenta técnico-empresarial-jurídica de transparência tributária ao consumidor.

Por ser uma legislação emanada pelo Estado com caráter de imposição, surge e firma então a figura do juspositivismo, o que nada mais é que a aplicabilidade do direito positivo, contudo que em epígrafe entendido no caso, ao ponto que perfaz abordado a obrigatoriedade da Lei 12741/2012, do seu cumprimento, dando ao Estado o poder de punir aqueles que não se adequarem ao regimento, quando está em vigor estiver.

Quanto à vigência, a priori, conforme elencado no texto da Lei 12741 de 2012, a mesma à sua aplicabilidade, entraria em vigor após 06 (seis) meses de sua publicação, porém, conforme narrativa, tornou-se difícil a adaptação por parte dos sujeitos obrigados, levando com que este prazo fosse alterado, sendo até a data do dia 31 de dezembro de 2014.

A lei como um todo acerca de sua aplicabilidade até o presente momento, perfaz exclusivamente orientadora, conforme descrito em seu artigo quinto, ou seja, os empresários que não aderirem ao que ela dispõe, serão notificados quanto ao que a lei exige, todavia após a data supramencionada, os que não aderirem serão penalizados, na forma que prescreve a Lei.

Nesse sentido, a Lei 12741 está em vigor em território brasileiro, sendo-a aplicada em seu inteiro teor, a todos os empresários, salvo exceção de sua aplicabilidade aos pequenos empresários e

aos empresários rurais, ressaltando mais que como ordem emanada pelo Estado deve ser cumprida, uma vez que, regra jurídica não cumprida, não importando as controversas sociais-empresariais, impõe ao infrator punição.

4. OBRIGATORIEDADE - CUMPRIMENTO

No objeto de estudo em comento, a referida legislação traz em seus artigos o que deverá conter no cupom fiscal de maneira clara e detalhada o que o consumidor paga de imposto ao adquirir certo produto e/ou serviço, sendo a matéria peculiar atingida pelo diploma legal, que obriga o sujeito empresário, ao lançamento aproximado dos tributos embutidos na produção e na circulação empresarial.

Quanto à obrigatoriedade, como estampado anteriormente deverá o empresário se adequar ao que a lei exige, investindo em tecnologia apropriada para a emissão desses cupons fiscais, dos quais, conforme artigo primeiro da descrita legislação deve constar a inscrição detalhada da carga tributária incidente sobre o produto ou o serviço.

Envolvendo-se dentro desse cenário, frente a obrigatoriedade, o empresário passou a enxergar o SPED, até então de utilização facultada, como ferramenta imprescindível ao cumprimento da obrigação peculiar jurídica implícita na Lei 12741 de 2012.

Por meio do SPED, sendo utilizada a nota fiscal eletrônica, com o auxílio do IBPT, tornar-se-á possível o lançamento do valor aproximado da carga tributária imposta pela lei federal, sendo fator propulsor da aplicabilidade como do cumprimento a lei pelo empresário, que mesmo contrariando o teor da legislação, acreditando ser mais uma obrigação técnica, precisou de meios tecnológicos a realização da carga tributária que exige análise de dados e reconhecimento de tributos, de âmbito federal, estadual e municipal, mais sendo necessário cálculos dentre as alíquotas estabelecidas.

Nesse diapasão, utilizando o SPED e o IBPT, passou a ser possível o cumprimento da lei, que impõe aos empresários a transparência nas notas fiscais emitidas, devendo ser inserida em seu inteiro teor, tributos como ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação), ISS (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), IOF (Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários), entre outros, esses regulados e disciplinados pelo Código Tributário Nacional.

A Lei 12741 de 2012, como já relatado em linhas pretéritas, cria a obrigação aos empresários que propagam a atividade comercial, a emitir no ato da compra, documento fiscal, no qual deverá conter os valores aproximados de cada imposto arrecadado no ato jurídico, sejam eles tributos federais, estaduais e municipais, cuja incidência influi na formação dos respectivos preços de venda. Segue abaixo, na Figura 01, ilustrando a obrigatoriedade, aproximando o leitor da aplicabilidade da lei.

De fato, ressalta dizer que a apuração do valor aproximado de tributos deverá ser feita de forma separada, sendo listado as margens do cupom fiscal em local específico, como acima ilustrado pela Figura 01, uma vez que este valor pode variar, devido às inúmeras especificidades tributárias.

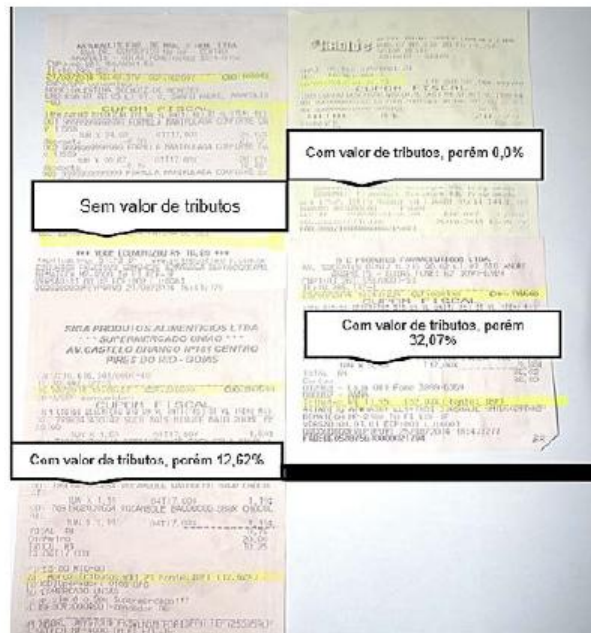


FIGURA 01 – Cupons Fiscais com e sem Valor aproximando de Tributos.
 Fonte: (Arquivo pessoal, 2014)

5. PRAZO DE EXIGÊNCIA - VIGÊNCIA

Em linhas pretéritas foi narrado acerca do diploma legal em comento, que o mesmo entraria em vigor 06 (seis) meses após sua publicação.

Todavia, diante a grande dificuldade que os empresários encontraram para adaptar ao que é estabelecido no corpo da lei, o prazo de vigência foi prorrogada com intuito de dar tempo para a adaptação por parte de empresários, prorrogação dada através da Medida Provisória 649/2014, essa já alterando a Medida Provisória 620/2013, retificando especificadamente o artigo quinto da descrita lei.

[...]A fiscalização, no que se refere à informação relativa à carga tributária objeto da Lei 12741 de 2012, será exclusivamente orientadora até 31 de dezembro de 2014, logo passando a ser obrigatória em todo território nacional. (Adequação a redação dada pela Medida Provisória 649, de 5 de maio de 2014). (RECEITA FEDERAL, 2014, grifo nosso)

Conforme teor da medida provisória, os empresários estarão obrigados ao cumprimento da lei, quando passado o dia 31 de janeiro de 2014, assim valendo-se a aplicabilidade material juspositivista da Lei 12741 de 2012, restando àqueles infratores punição ainda a ser estabelecida, sendo impregnado a obrigatoriedade acerca da transparência tributária, medida esclarecedora aos consumidores.

6. FUNÇÃO SOCIAL DA LEI 12741 DE 2012

O teor da Lei 12741 garante aos cidadãos conhecimento acerca da carga tributária incidente sobre cada produto e serviço que consomem. É importante lembrar que esse direito é assegurado pelo artigo 150, § 5º, da Constituição, que aduz que a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços, isso já informado em parágrafos anteriores desde estudo.

Ao analisar o referido artigo constitucional, fez necessário a implantação de uma lei que regulamentasse o que foi determinado em nossa Carta Magna, daí então, dando essência a criação de uma lei específica, destinada a fazer com que os empresários cumprissem com o determinado em nossa Constituição, passando então à implementação de políticas públicas, dando assim efetividade a criação, efetivação e aplicabilidade do teor da Lei 12741 de 2012.

O campo de estudos de implementação de políticas públicas está fortemente ligado às necessidades de melhoramento na política-administrativa, que por sua vez ajuda a melhor atender as necessidades da sociedade, sendo imprescritível para o desenvolvimento socioeconômico de determinada região, trocando por "miúdos" nada mais seria que planejamento, cumprindo-se com a função social de um lei votada e aprovada.

Não sendo desta forma, de modo geral juridicamente dizendo, diferente com a lei objeto desse estudo, de seu projeto até a sua promulgação, pois foram realizados vários estudos, planejamentos, com intuito de melhor servir e prover a aceitação por parte da sociedade, tanto para consumidores quanto para os empresários os quais deverão cumpri-la, restando assim funcionalmente social dentre parâmetros consumeristas, empresariais e tributários.

7. REFLEXOS EXTRÍNSECOS AO DIREITO BRASILEIRO

A Lei 12741/12 que dispõe sobre o esclarecimento ao consumidor quanto à carga tributária incidente sobre mercadorias e serviços foi regulamentada, tendo por principal objetivo fazer com que todos os documentos fiscais emitidos no território nacional por ocasião de venda ou prestação de serviços aos consumidores nestas deverão conter a informação do valor aproximado correspondente ao total dos impostos federais, estaduais e municipais que incidem no preço final da mercadoria ou serviço.

Juridicamente dizendo, o Decreto 8264/2014, regulamenta que todos os tributos a seguir devem ser inseridos aos cupons fiscais: ICMS, ISS, IPI, IOF, PIS, PASEP, COFINS.

Ressalta-se que havendo casos de descumprimento do Decreto, serão aplicadas às sanções previstas no Capítulo VII do Título I do Código de Defesa do Consumidor, como multa e suspensão temporária da atividade.

Importante salientar que devido a Medida Provisória 649/2014 a fiscalização relativa à carga tributária objeto da Lei 12741/12, só começará a valer em 2015, sendo que até o mês de dezembro de 2014 a referida Lei terá caráter informativo.

Em premissa, contudo, o principal beneficiado com a Lei 12741/12, será o consumidor final, pois sabendo quanto se paga de tributo em cada produto ou serviço, terá em mãos, uma forma de exigir do Governo o uso de tais impostos arrecadados com a prestação do serviço público de qualidade à sociedade.

Tecnicamente, o Brasil, resta ser um dos países com maior índice de carga tributária do mundo e nesse diapasão, nada mais justo do que mostrar ao consumidor o que realmente lhe é cobrado ao adquirir qualquer forma de serviço ou produto, resultando assim, na obrigatoriedade daqueles que exercem atividade econômica regular, a inserir nas notas fiscais os valores ora correspondentes aos tributos do produto ou da prestação serviço.

A legislação infraconstitucional é o resultado da interação entre o que é inovador diante função social e o que é necessário quanto à transparência tributária aos consumidores, possibilitando que o consumidor tenha plena consciência do que paga de carga tributária, de forma embutida, na prestação de serviço ou no produto, incidência essa, pré-formada pelo Código Tributário Nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, o Direito Empresarial Brasileiro, passou a sofrer vários reflexos abstraídos do teor da Lei 12741 de 2012, sendo todos acometidos ao empresário, refletidos em forma protecionista ao consumidor pelo Estado, de natureza intrínseca e extrínseca, isso repercutido negativamente ao protagonista da matéria empresarial, pois esse sendo responsável pela circulação de riquezas do país, se vê hoje sobre a revestidura de uma lei federal que o obriga a dar transparência de sua carga tributária, sendo enxergado como mais uma intervenção do Estado na iniciativa privada.

Sem ao menos dizer e confirmar se o propósito da legislação em estudo, é esclarecer o caráter jurídico, empresarial, tributário, atingindo a proteção do consumidor, ou se apenas foi mais um fechamento de cerco sobre aquele que possui liberalidade econômica, já protegido constitucionalmente pelos princípios que regem a ordem econômica, o Estado Democrático de Direito determinou ao empresário, após janeiro de 2015, o cumprimento da lei federal, sem até mesmo saber se está restará prorrogada mais uma vez, por carência de funcionabilidade.

Sobretudo, restando a lei até então orientadora, é necessário esperar a aplicabilidade da categórica e intrínseca regulação federal, isso a partir de janeiro de 2015, para tão logo serem avaliados nos centros comerciais, os efeitos advindos após vigência, podendo sim a fundo serem analisados os reflexos abstraídos da lei e de sua aplicabilidade, sendo a partir de então possível confirmar os destaques abordados nesse estudo científico, confirmando-os ou a eles sendo acrescentados reflexos secundários, dentre outros mais, prejudiciais ao empresariado brasileiro, deixando mais o leitor intrigado acerca ainda das sanções possíveis que poderão serem aplicadas aos empresários descumpridores da lei, ainda não totalmente implícitas no texto da lei, podendo variar de impedimentos a sanções pecuniárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. *Medida Provisória 620 de 12 de junho de 2013*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. *Lei 8078 de 11 de setembro de 1990*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. *Lei 8934 de 18 de novembro de 1994*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. *Lei 12741 de 08 de dezembro 2012*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

_____. *Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002*. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBPT. *Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário*. 17 maio 2013. Disponível em: < <https://www.ibpt.org.br/noticia/905/IBPT-participa-de-reuniao-para-regulamentar-a-Lei-do-Imposto-na-nota-e-cupom-fiscal>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECEITA FEDERAL. *Medida Provisória 649 de 05 de junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/LEGISLACAO/MPs/2014/mp649.htm>>. Acesso em: 15 set. 2014.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito Empresarial Sistematizado*. Doutrina, jurisprudência e prática. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente. (Multidisciplinar). Prof. Ms. do Curso de Direito da UniEvangélica, Pesquisador do Núcleo de Pesquisa em Direito da UniEvangélica, Orientador de TCC da UniEvangélica; Prof. e orientador de Monografia do Programa de Pós-graduação lato sensu da Moderna Educacional; Membro da União Literária Anapolina – ULA; Advogado. E-mail: profms.eumarjunior@gmail.com. Telefone: (62) 9672-7894. Endereço: Rua 01, Quadra 05, Lote 07, Bairro Santo André, Anápolis/Go.

2 Bacharel do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA. E-mail: mlrpassos02@gmail.com.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS, EXCEPCIONALIDADES, PROCEDIMENTO E AFIRMAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

JERFFERSON DA MATA ALMEIDA¹

RESUMO: A personalidade jurídica é uma ficção do direito, atributo e premissa do empresário, voltada a estimular a produção e circulação de bens e serviços no mercado. A pessoa jurídica poderá adotar alguns tipos empresariais, que lhe autorizam o Direito Empresarial. Alguns empresários utilizam maliciosamente da limitação de responsabilidade, ou abusam dela, praticando fraudes diversas no mercado em geral. Para coibir esta atitude foi pensado e criado o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, direta e inversa, a fim de atingir estes empresários inescrupulosos.

PALAVRAS CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica, Direito Empresarial, Responsabilidade.

ABSTRACT: The legal personality is a fiction of law, attribute and premise of the entrepreneur, aimed to stimulate the production and circulation of goods and services in the market. The corporation may adopt some business types, authorizing him Business Law. Some business owners use the limitation of liability maliciously, or misuse it by practicing various fraud in the general market. To curb this attitude has been designed and created the Institute disregard the legal personality, forward and reverse, in order to achieve these unscrupulous businessmen.

KEYWORDS: Disregard of Legal Personality, Business Law, Responsibility.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Empresarial

1 - INTRODUÇÃO

Eminentemente episódica e excepcional, a despersonalização da pessoa jurídica, muito além de ser um instituto criado para salvar guardar credores, é uma afirmação da personalidade jurídica, regra do sistema legislativo empresarial aos investidores cujo tipo societário eleito seja e contenha responsabilidade limitada.

Por estes termos, trataremos no presente estudo, primeira e sumariamente, os aspectos e atributos da personalidade jurídica, concedidos pelo direito à pessoa (ou pela coletividade destas) que se lançam a algum empreendimento empresarial.

É de salutar importância esta premissa para alongamento do tema, cujos aspectos, requisitos e efeitos da despersonalização vão se lançar uma situação atípica no mundo real, impactando, sobretudo, os empreendedores.

O tema iniciado na jurisprudência internacional ganhou destaque e espaço no cenário jurídico mundial visando coibir abusos e fraudes àqueles que se escondem atrás do véu da personalidade jurídica do empresário.

Nesta esteira, a ficção jurídica da personalidade jurídica poderá ser suspensa, objetivando responsabilizar pessoalmente aqueles que utilizaram maliciosamente deste escudo para responder pelos danos causados a terceiros.

Desta feita, a desconsideração da personalidade jurídica é instituto de direito que merece estudo e técnica para sua utilização e aplicação pelo Poder Judiciário, devendo ser aplicada incisivamente quando, de fato, merecer.

2 - DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Consoante disposto no artigo 45 do Código Civil de 2002²:
Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado

com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Com o arquivamento nasce o ente ficto de direito, a personalidade jurídica, dotada de direitos, obrigações e diferente da pessoa de seus empreendedores, fundadores, conforme corrobora a lição de Fram Martins³ ao conceituá-la:

É a pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas, as quais deram lugar ao seu nascimento; ao contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Em razão disso, as pessoas jurídicas tem nome particular, como aquelas físicas, domicílio, nacionalidade; podendo estar em juízo, como autoras, ou na qualidade de rés, sem que isso reflita na pessoa daquelas que a constituíram. Por último, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que a formaram;" (...)

Para Pontes de Miranda⁴ "ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem." E sendo pessoa jurídica, detentora de direitos e obrigações, considera Rubens Requião⁵ quatro efeitos oriundos da aquisição dessa personalidade: (i) a capacidade de direitos e obrigações, podendo estar em juízo, contratar e se obrigar; (ii) Individualidade próprio não se confundindo com a de seus empreendedores; (iii) autonomia patrimonial e (iv) possibilidade de modificar sua estrutura jurídica e econômica, com alteração do tipo societário e com ingresso, saída ou alteração de seus sócios sem se desnaturar, respectivamente.

Decerto, com a aquisição da personalidade jurídica, cria-se um escudo, um véu que se sobrepõe aos empreendedores criando uma nova pessoa no mundo real, com patrimônio e identidade própria: a pessoa jurídica. Tanto que, em caso de insucesso, a limitação da responsabilidade de cada sócio fica circunscrita pelo capital social integralizado, ao valor de emissão das ações ou ao valor da quota social.

Essa circunstância, da limitação, ocorria fortemente no passado de modo intrincado baseado cegamente nas normas de direito empresarial, mesmo em caso de fraude ou abuso, absurdamente, até a análise judicial do caso que se tornou célebre de *Salomon vs. Salomon & Co*⁶, realizado pela Cômte Inglesa.

Estimulados pela repressão da ilegalidade dessas condutas, advogados se lançaram no Judiciário impulsionando decisões de provimento focadas no levantamento momentâneo da personalidade jurídica para atingir seus sócios empreendedores nos casos abusivos e fraudulentos. Ou seja, de mau uso do instituto.

Tudo visando proteger e preservar a personalidade jurídica que, na visão de Vinícius José Marques Gontijo⁷, a desconsideração da personalidade jurídica é a afirmação da própria personalidade jurídica enquanto se protege do mau uso pelos sócios, *verbis*:

A desconsideração da personalidade jurídica visa a proteção da própria sociedade contra seu mau uso e, não, para assegurar exclusivamente adimplência de obrigações contratadas e executadas regularmente em nome da pessoa jurídica. Por outras palavras: a desconsideração da personalidade jurídica não se presta a assegurar responsabilidade objetiva de seus sócios, administradores e outros membros de órgãos sociais perante credores da sociedade.

Assim surgiu a figura da *disregard doctrine* ou *lifting the veil* que, em linhas gerais, significa a desconsideração da personalidade jurídica. Uma construção doutrinária e jurisprudencial que no Brasil, a partir de 1990, ganhou força legislativa, formando parte do ordenamento jurídico pátrio.

2.1 - Da Limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

Uma das classificações das sociedades está alocada na responsabilidade dos sócios perante as obrigações sociais. Nos variados tipos societários autorizados pelo Código Civil de 2002, consoante aqueles descritos nos artigos 980-A, 1039 a 1093⁸, excepcionado as sociedades não personificadas⁹, verificaremos formas de responsabilidade, sendo: limitada, ilimitada ou mista.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁰, externalizando essa classificação assim informa:

a) Responsabilidade ilimitada, se todos os sócios respondem pela obrigações sociais ilimitadamente (sociedade em nome coletivo); b) as de responsabilidade mista, quando apenas parte dos sócios responde de forma ilimitada (sociedade em comandita simples ou por ações); c) as de responsabilidade limitada, em que todos os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais (sociedade limitada e anônima).

Portanto, dependendo do tipo empresarial eleito, haverá uma responsabilidade assumida pelos empresários em relação as dívidas contraídas, englobando-as da seguinte forma:

Empresários com responsabilidade limitada:

Empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI, limitada a

responsabilidade do único investidor ao valor de suas quotas, por equivalência aplicada a sociedade limitada;

Sociedade Limitada: ao valor de suas quotas, mas solidária perante o capital social conforme art. 1052¹¹;

Sociedade por ações: ao preço de emissão das ações, consoante o disposto no primeiro artigo da Lei 6404/76¹².

Empresários com responsabilidade ilimitada:

Sociedade Simples, na forma do artigo 1023 do CC/2002;

Sociedade em Nome Coletivo via de regra é ilimitada mas os sócios podem prever no Contrato Social a limitação (art. § único do 1039);

Empresários com responsabilidade mista:

Comandita Simples: (i) Sócios Comanditados: Apenas pessoas físicas, com responsabilidade solidária e ilimitada, formam o quadro de gestores; (ii) Sócios Comanditários: Pessoas físicas ou jurídicas que apenas investem na sociedade com responsabilidade no valor da quota.

Sociedade em Comandita por ações: ao valor do preço de emissão de suas ações. O acionista administrador terá responsabilidade ilimitada (solidária entre os administradores e subsidiária em relação a sociedade empresária);

Conforme se denota, há empresários que respondem pessoalmente pelas obrigações sociais de forma limitada, formando a personalidade jurídica um escudo para proteção de seus bens pessoais, outras ilimitadas quando não há barreiras para penetração no patrimônio dos sócios, de forma pessoal, em caso de insucesso no empreendimento e mistas, agrupando estas duas classificações.

É salutar lembrar que para todas as possibilidades de infiltração no patrimônio pessoal dos sócios deve-se esgotar, primeiramente, o patrimônio social. É o benefício de ordem descrito no art. 1024 do CC/2002 que estabelece que "os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais."

A teoria da desconsideração atua de forma efetiva, nos casos onde há limitação da responsabilidade, porque são nestes casos que se apresentam, na maioria das vezes, abusos ou fraudes do atributo legal da personalidade jurídica para desviar-se da ética empresarial.

3 - DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

3.1 - Dos primeiros ensaios doutrinários

Tendo seus primeiros passos em meados do século XX, renomados professores estrangeiros se debruçaram sobre o tema e desenvolveram duas brilhantes pesquisas que receberam elogios por vários países onde ecoaram suas teses, tais como Áustria e Argentina.

A primeira, da Itália, de autoria de Piero Verrucoli intitulada de "*Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capital nella 'Common Law' e nella 'Civil Laws'*" e a segunda, advinda da Alemanha, de autoria de Rolf Serick, cujo nome traduzido para o castelhano foi a "*Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles - El Abuso de Derecho por Medio de la Persona Jurídica*", conforme destacou o primeiro jurista brasileiro a tratar sobre o tema da *disregard doctrine*, Rubens Requião¹³.

Com tal inovação doutrinária, Rubens Requião também seguiu a trajetória de autorização para a *disregard doctrine*, quando houvesse abuso de direito ou fraude, nos seguintes termos¹⁴:

Com efeito, o que se pretende com a doutrina da 'disregard' não é a anulação da personalidade jurídica em toda a sua extensão, mas apenas a declaração de sua ineficácia para determinado efeito,

em caso concreto, em função do uso legítimo da personalidade ter sido desviado de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou para prejudicar credores ou violar a lei (fraude).

3.2 - Da teoria da disregard no direito brasileiro

A partir dos debates criados sob o tema da desconsideração da personalidade jurídica alhures, o Poder Legislativo brasileiro decidiu incorporar no sistema jurídico pátrio leis que autorizassem a aplicação de tal instituto.

Assim, em 11 de setembro de 1990, veio a lume a primeira norma mundial a tratar sobre a desconsideração, a Lei 8.078 intitulada de Código de Defesa do Consumidor, discorrendo no artigo 28 e no seu parágrafo 5º, o modo e a forma de aplicação do instituto:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Sequencialmente, advieram a Lei do Meio Ambiente, o Código Civil e a Lei Antitruste, com os seguintes teores:

Lei 9605/1998 - Lei do Meio Ambiente

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Lei 10.406/2002 - Código Civil

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Lei 12529/2011 - Lei Antitruste

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

No entanto, apesar de o Poder Legislativo brasileiro entender pela conveniência de se alocar em leis requisitos para ocorrências da desconsideração da personalidade jurídica, é imprescindível para todo e qualquer caso o conhecimento e a determinação judicial.

Isso porque a regra é obediência a personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade para os casos ditos no item 2.1 retro, conforme expõe a legislação empresarial, exatamente para fomentar empreendimentos, investimentos que acarretam o crescimento e desenvolvimento nacional. E a desconsideração é a exceção.

Portanto, a lifting the veil é o mecanismo legal e judicial, epi-

sódico, utilizado para proteger direitos de terceiros contra fraudes, abusos e ilegalidades praticados pelos empresários mal intencionados por sua utilização indevida da personalidade jurídica, porém jamais significando numa extinção do empresário.

3.3 - Dos requisitos legais para aferição da teoria da desconsideração

A par do que foi implantado no direito pátrio, à luz dos casos alienígenas, o legislador concedeu critérios objetivos no intuito de dar subsídio ao Judiciário indicando em quais hipóteses deveria ser implementada a teoria em comento, sendo:

Abuso de direito: Ocorre quando se exerce um direito de forma irregular, anormal com o propósito de prejudicar terceiros ou ao exclusivo critério e interesse da parte, ferindo a boa-fé;

Excesso de poder: Prática de atos que não possuam respaldo na lei, nos Estatutos ou Contratos Sociais¹³;

Infração da lei: É a transgressão ou violação de preceito de regra, o desrespeito por uma disposição legal;

Fato ou ato ilícito dos Estatutos ou Contratos Sociais: São aqueles havidos ou praticados em desobediência ou inobservância dos atos societários;

Falência, insolvência, encerramento ou inatividade por má administração: Condiz com o insucesso do empreendimento pela não observância de boas técnicas de administração;

Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores e ao meio ambiente: Qualquer ato ou fato causado pela pessoa jurídica apta a obstaculizar, impedir ou dificultar o ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores e ao meio ambiente;

Desvio de finalidade: Ato intencional dos sócios em fraudar terceiros fugindo do escopo social da personalidade jurídica;

Confusão patrimonial: Inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial da pessoa jurídica e de seus sócios, sinalizando promiscuidade entre os patrimônios.

Muito embora a legalidade, toda e qualquer pessoa que almeje a desconsideração da personalidade jurídica de qualquer empresário há de passar pelo crivo do Judiciário, aqui já mencionado. E somente o Judiciário pode suspender a eficácia da personalidade jurídica para então atingir o patrimônio dos sócios. Tudo seguindo as regras de direito material e processual, sobretudo, respeitando o contraditório e a ampla-defesa.

Não resta dúvida, pois, que a desconsideração da personalidade jurídica é medida episódica, constituindo-se na permissão judicial, com a cautela¹⁴ devida utilizada para suspender a personalidade a fim de alcançar a pessoa dos sócios para atribuir-lhes responsabilidade quando da atuação nos eventos supracitados.

3.4 - Da desconsideração inversa da personalidade jurídica

A doutrina nacional criou sistemática inversa cujo objetivo é evitar fraude ou abuso, porém em atos praticados pelos sócios ou administradores diretamente, enquanto pessoas naturais desprovidas de bens suficientes a solver suas dívidas e não em nome da sociedade empresária como na doutrina da *disregard* clássica.

Tornou-se comum, na atualidade, a utilização de sociedades empresárias com o propósito de promoção da sucessão familiar. Na sucessão pretendida há uma versão de todo o patrimônio da pessoa natural à sociedade empresária que, em síntese, não fica com nenhum ou pouquíssimos bens em seu nome, não gozando, às vezes, nem de pró-labore.

No entanto, apesar de patrimônio pessoal irrisório, mantém uma vida confortável e farta cujos custos são cumpridos e suportados pela pessoa jurídica em que participa onde os bens foram vertidos.

Verifica-se, pois, que há um aproveitamento, um abuso, uma fraude por parte daqueles que se utilizam do Direito Empresarial para esvaziar seu patrimônio pessoal, também conhecida de blindagem patrimonial.

Nesse diapasão, evoluiu a tese jurídica para a efetivação da desconsideração inversa, ou seja, ao invés de o Poder Judiciário determinar a penetração na personalidade jurídica e atingir seus sócios e administradores, seria a sociedade empresária responsabilizada pela obrigação da pessoa natural, como explica Fábio Ulhôa Coêlho¹⁷:

A fraude que a desconsideração invertida coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sob a qual detém absoluto controle. Desse modo, continua a usufruí-los, apesar de não serem de sua propriedade, mas da pessoa jurídica controlada. Os seus credores, em princípio, não podem responsabilizá-lo executando tais bens.

E prossegui o autor conceituando o instituto: "desconsideração invertida é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio."

Em afamado acórdão do caso CAO¹⁸, sobre Agravo de Instrumento manejado por Manuel Alceu Affonso Ferreira Advogados contra decisão interlocutória que inadmitiu a desconsideração inversa da personalidade jurídica cujo objetivo era de responsabilizar a Hyundai Caoa do Brasil Ltda e a Caoa Montadora de Veículos S.A. por dívidas de Carlos Alberto de Oliveira Andrade (CAOA), com lastro legal no art. 50 do CC/2002, precipuamente, sua ementa quedou-se assim transcrita:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento ao recurso, por votação unânime.

Acompanhando o voto do Relator, constou do dispositivo do acórdão:

A agravante, diante do quadro delineado, tem o direito de receber seu crédito pela forma mais eficiente possível, mercê do que, seu pleito de penhora "on line" está fundamentado no artigo 655, inciso I, do Código de Processo Civil, e, considerando-se que os bens que integram o patrimônio particular de Carlos Alberto de Oliveira Andrade, pelos motivos expostos, são de difícil conversibilidade em pecúnia (sendo este o objetivo da execução), impõe-se o deferimento da desconsideração inversa da personalidade jurídica das sociedades acima referidas, eis que presentes os requisitos do artigo 50 do Código Civil e os demais pressupostos que a doutrina e jurisprudência exigem para que o credor de sócio possa atingir o patrimônio de sociedade por ele integrada, ratifico a antecipação da tutela recursal e a convolo em medida definitiva, deferida penhora "on line" do numerário existente em contas bancárias das indigitadas sociedades, em valor suficiente para a garantia e satisfação da dívida alimentar.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

*Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças
Relator*

Portanto, no mesmo intuito da *disregard doctrine*, sua inversão tem por escopo afastar condutas fraudulentas e abusivas praticadas por aqueles que objetivam desonestidades.

4 - DOS ATOS ULTRA VIRES - DESNECESSIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO

Não obstante todos os requisitos elencados pelo Legislador como autorizadores da despersonalização da pessoa jurídica, o substrato da norma já vinha abraçando possibilidades de responsabilização patrimonial dos sócios ou administradores quando agissem fora de suas obrigações legais e contratuais.

São os atos *ultra vires* que, acontecendo, geram aos sócios e administradores responsabilidade pessoal pelos atos praticados em desacordo aos Estatutos e Contratos Sociais ou a legislação.

É o que dispõe os artigos 1.016 do CC/2002, 117 e 158 da Lei 6404/76 e; 134, VII e 135, III do Código Tributário Nacional, conforme se seguem:

Código Civil de 2002 - Lei 10406/2002

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Lei das SAs - 6.404/76

Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

*I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II - com violação da lei ou do estatuto.*

Código Tributário Nacional - Lei 5172/66

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Como se vê, a legislação já prevê possibilidades que, ao final, terá o mesmo escopo da desconsideração sem, no entanto, penetrar na personalidade jurídica.

Da leitura dos artigos infere-se, por sua clareza textual e até mesmo pelo critério de direito obrigacional, a responsabilização daquele causador dano.

Se o sócio ou o administrador agiu fora dos limites contratuais ou legais, agiu por sua conta e risco e, por conta disso, torna-se responsável.

Haveria, no sentimento do discurso, ato ilícito na conduta do sócio ou dos administradores caracterizando a possibilidade de sua

responsabilidade, podendo ser demandado isoladamente nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Destarte, ao destacar a lei como forma e possibilidade da desconsideração da personalidade nos casos de excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ao Estatuto ou Contrato Social, falência, insolvência, encerramento ou inatividade por má administração, incorre em erro técnico, *maxima venia*.

Deve-se entender, por atos *ultra vires* e não casos de desconsideração, conforme ensina César Fiuza¹⁹, parafraseando Oliveira, ao destacar o conteúdo normativo dos artigos 134, VII e 135, III do CTN anteriormente citados:

Como fica claro da leitura dos artigos, os dispositivos significam apenas que, em determinadas circunstâncias, os sócios são responsáveis por dívida alheia - no caso, dívidas da sociedade. Não envolvem qualquer quebra ao princípio da separação entre o ser da pessoa jurídica e o ser da pessoa membro.

Estes são atos exclusivamente oriundos da vontade das pessoas naturais que geram tanto em nível de administradores quanto em nível de investidores, merecendo, pois, serem atingidas pela espada da justiça por responsáveis que são.

5 - DO PROCEDIMENTO JUDICIAL

Não há na legislação instrumental brasileira nenhum regimento quanto ao momento, forma e procedimento para requerer a *disregard doctrine*, podendo ser requerida a qualquer juízo e grau de jurisdição, através de petição simples, de forma incidental, ou por intermédio de ação autônoma.

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho, citados na decisão do Agravo de Instrumento de n. 1198103-0/0, da 29ª Câmara do TJSP, de relatoria do Des. Pereira Calças, informa o momento para pedir a desconsideração, vejamos:

Finalmente, a desconsideração é instrumento para a efetividade do processo executivo. Essa característica, aliada ao supracitado caráter substitutivo da desconsideração em relação a falência, tem uma consequência importantíssima. A desconsideração não precisa ser declarada ou obtida em processo autônomo. No próprio processo de execução, não nomeando o devedor bens à penhora ou nomeando bens em quantidade insuficiente e, ao invés de pedir declaração de falência da sociedade, o credor pode e deve, em presença dos pressupostos que autorizam a aplicação do método da desconsideração, definidos acima, pedir diretamente a penhora dos bens do sócio (ou da sociedade, em caso de desconsideração inversa).
(...)

Deve ser refutado com veemência o possível contra argumento de que mais consciente seria o reconhecimento da desconsideração em processo de conhecimento tendo como fundamento garantias processuais (como o contraditório). Na verdade é ressabido que essas garantias existem no processo de execução com a óbvia vantagem, nesse último da celeridade. O contraditório não se realiza só em embargos (do executado ou de terceiro). Trata-se de princípio aplicável e aplicado ao próprio processo executivo. (...) Assim, a defesa do sócio sobre cujos bens a desconsideração recairia pode e deve ser feita no próprio processo de execução, do qual se tornará necessariamente parte.

Como o intuito da desconsideração se perfaz para solapar abusos e fraudes, consoantes os dizeres da legislação pátria já comentada, o requerente deverá formular seu pedido devidamente fundamentado e instrumentalizado das provas necessárias a fim de dar suporte e segurança ao juízo para autorizá-lo, respeitando o contraditório e a ampla defesa para preservação dos direitos de ambas as partes.

Seu deferimento poderá se dar em sede de tutela antecipada, se almejada pela via autônoma, ou em qualquer fase processual, dependendo da necessidade e do caso em concreto. Por hipótese, a não localização de uma pessoa jurídica nos endereços mencionados nas Juntas Comerciais e nos cartões de Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas ou, não arrolando bens a penhora com intimação regular, poderiam ser casos para a requisição da desconsideração da personalidade jurídica.

Terá como requerente àquele que sofrer, amargar prejuízo ou lesão, advindo de qualquer dos mecanismos legais já citados, bem como o Ministério Público nos casos em que atuar como fiscal da lei (crime ambiental). No pólo passivo ficará incurso a própria pessoa jurídica assim como seus sócios e administradores, sendo as pessoas que se almeja atingir²⁰.

A finalidade da decisão judicial será a de penetrar na esfera pessoal e patrimonial de cada um dos sócios e administradores, buscando bens para preservar a efetividade do processo.

6 - CONCLUSÃO

Como na criação da pessoa jurídica por saudosos doutrinadores, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica veio à lume em grande estilo para preservá-la e afirmá-la, coibindo àqueles empreendedores e administradores desonestos que se utilizam do benefício da limitação da responsabilidade empresarial para agir maliciosamente, com fraude e abuso.

Sua aplicação deve estar sempre circunscrita pelo Poder Judiciário, determinando, quando exigir o caso e por provocação do interessado, a *disregard doctrine*, que será momentânea e observará os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar nulidades futuras.

É instituto de grandeza, como de enorme utilidade, devendo ser aplicado com sabedoria, técnica jurídica e cautela, posto que medida excepcional que é.

O instituto ainda afirma a personalidade jurídica, a limitação da responsabilidade nos termos empresariais, pois busca preservar o empresário idôneo daqueles agentes inescrupulosos, visando fomentar, dar confiança e segurança ao mercado para que produzam e circulem, cada vez mais, bens, serviços e riquezas.

7 - REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966* que Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 10 de outubro de 2014

BRASIL. *Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976* que dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 10 de outubro de 2014

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990* que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 10 de outubro de 2014

BRASIL. *Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998* que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 10 de outubro de 2014

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002* em que instituiu o Código Civil. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 10 de outubro de 2014

BRASIL. *Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011* que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 10 de outubro de 2014

BRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo*. Agravo de Instrumento 1.198.103-0/0, Relator Desembargador Pereira Calças, 29ª Câmara, DJ 26 nov 2008. Disponível em www.tjsp.jus.br, acessado em 10 de outubro de 2014

COELHO, Fábio Ulhoa. In *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Volume 2, 13 edição. São Paulo: Saraiva, 2009

COELHO, Fábio Ulhoa. In *Curso de Direito Comercial*, Volume 2, 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000

FIUZA, César. In *Direito Civil: curso completo*. 9ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GONTIJO, Vinícius José Marques. In *Do princípio da dignidade da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil - 149/150, janeiro-dezembro de 2008

MARTINS, Fram. In *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresário individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. Ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. In *Tratado de Direito Privado*, Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoli, 1970

REQUIÃO, Rubens Edmundo. In *Curso de Direito Comercial*. 28ª edição, rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009

REQUIÃO, Rubens. In *Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica*, Revista dos Tribunais, ano 58, volume 410, dezembro de 1969

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito. Especialista em Direito Empresarial e Tributário. Professor do Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

2 Brasil, República Federativa do. Lei Federal 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

3 MARTINS, Fram. In *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empre-*

sário individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio. Ed. Ver. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 184

4 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. In *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Editora Borsoli, 1970, Tomo I, p. 288.

5 REQUIÃO, Rubens Edmundo. In *Curso de Direito Comercial*. 28ª edição, rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 406.

6 "em primeira instância o juiz levantou o véu dessa pessoa jurídica para atingir o patrimônio do seu sócio majoritário, Aaron Salomon. No entanto, a Casa dos Lordes (côrte inglesa) acolhendo o recurso de Aaron Salomon, reverteu esta decisão entendendo que a empresa fora constituída de forma regular e, por isso, não haveria que se falar em descon sideração." REQUIÃO, Rubens. In *Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica*, Revista dos Tribunais, ano 58, Dezembro de 1969, volume 410, p. 18.

7 GONTIJO, Vinícius José Marques. In *Do princípio da dignidade da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil - 149/150, janeiro-dezembro de 2008, p. 157.

8 Art. 980-A-Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada; Art. 1039-Da Sociedade em Nome Coletivo; Art. 1045-Da Sociedade em Comandita Simples; Art. 1052-Da Sociedade Limitada; Art. 1088-Sociedade Anônima (atual sociedade por ações); Art. 1090-Da Sociedade em Comandita por Ações e; Art. 1092-Da Sociedade Cooperativa.

9 Art. 986-Da sociedade em comum e art. 991- Da sociedade em conta de participação.

10 COELHO, Fábio Ulhoa. In *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Volume 2, 13 edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

11 Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

12 Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

13 Citações retiradas da obra "Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", do Prof. Rubens Requião publicada na Revista dos Tribunais, ano 58, Dezembro de 1969, volume 410, p. 13.

14 REQUIÃO, Rubens. In "Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", Revista dos Tribunais, ano 58, volume 410, 1969, p. 17.

15 Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

16 "Há, pois, necessidade de se atentar com muita agudeza para a gravidade da decisão que pretender descon siderar a personalidade jurídica. Que nos sirva de exemplo, oportuno de edificante, a cautela dos juízes norte-americanos na aplicação da disregard doctrine, tantas vezes ressaltada em seus julgados, de que tem ela aplicação nos casos efetivamente excepcionais. É preciso para a inovação exata e adequada da doutrina, repelir a idéia preconcebida dos que estão imbuídos do fetichismo da intocabilidade da pessoa jurídica, que não pode ser equiparada tão insolitamente a pessoa humana no desfrute dos direitos intocáveis da personalidade; mas também não devemos imaginar que a penetração do véu da personalidade jurídica e a descon sideração da personalidade jurídica se torne instrumento dócil nas mãos inábeis dos que, levados ao exagero, acabassem por destruir o instituto da pessoa jurídica, construído através dos séculos pelo talento dos juristas dos povos civilizados, em cuja galeria sempre há de ser iluminada a imagem genial de Teixeira de Freitas, que, no século passado, precedendo a muitos, fixou em nosso direito

a doutrina da personalidade jurídica." REQUIÃO, Rubens. In "Abuso de direito e Fraude através da Personalidade Jurídica", Revista dos Tribunais, ano 58, volume 410, 1969, p. 17.

17 COELHO, Fábio Ulhôa. In Curso de Direito Comercial, volume 2, 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45.

18 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 1.198.103-0/0, Relator Desembargador Pereira Calças, 29ª Câmara, DJ 26 nov 2008. Disponível em www.tjsp.jus.br

19 FIUZA, César. In Direito Civil: curso completo. 9ª edição, 2ª tiragem, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 158

20 Havendo uma demanda em curso, instaurada somente contra o empresário e havendo necessidade da desconsideração, autorizada pela autoridade judicial, os sócios comporão o pólo passivo formando litisconsórcio com a pessoa jurídica. Caso conste da inicial pedido de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, a necessidade é primária no processo, já deverão estar contidos no pólo passivo a pessoa jurídica e seus sócios.

O PREGÃO ELETRÔNICO UTILIZADO PARA AS AQUISIÇÕES DE MATERIAIS E CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS PARA A CONSTRUÇÃO CIVIL: REALIZAÇÃO POR FUNDAÇÃO DE APOIO

SABRINA ALVES ZAMBONI 1

SABRINA BORGES DE ABREU SCORVO 2

RESUMO: O presente artigo refere-se ao procedimento licitatório, em especial a aquisição de materiais e serviços de engenharia. Houve um avanço nas modalidades licitatórias com a finalidade de acompanhar a evolução tecnológica e ampliar o rol de participantes, ou seja, empresas interessadas em fornecer materiais e prestar serviços para a Administração. Com o advento do Pregão Eletrônico, ocorreu maior celeridade ao procedimento licitatório e maior publicidade a este processo. As Fundações de Apoio até a entrada em vigor do Decreto nº 7.423 de 31 de dezembro de 2010, podiam executar suas obras de infraestrutura de qualquer espécie. Após a publicação do citado Decreto, a elas tornou-se possível apenas a execução de obras laboratoriais. Logo, este artigo, tem como principal objetivo, demonstrar o descabimento dessa limitação, onde inclusive a autoconstrução foi autorizada pelo Tribunal de Contas da União nas obras executadas pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa. Constataremos que a premissa de que, "quem pode mais pode menos" é perfeitamente aplicável nesse caso.

PALAVRAS-CHAVE: Modalidades licitatórias; Pregão Eletrônico; Fundação de Apoio; Auto execução de obras; Limitação em obras laboratoriais.

ABSTRACT: This work of completion it is bidding, especially the acquisition of materials and engineering services. There was a breakthrough in bidding modalities in order to follow technological developments and expand the list of participants, companies interested in providing materials and provide services for the Administration. With the advent of Electronic Trading, occurred more quickly to the bidding process and increased publicity of the bidding process. Foundations Support to the entry into force of Decree No. 7,423 of December 31, 2010, could run their infrastructure works of any kind. After the publication of this Decree, to them is only possible execution of works laboratory, this work has as main objective to demonstrate the silly that this limitation. The self build was authorized by the Court of Audit in the works executed by the Foundation for Research Development. The premise that "those who can least most can" is very applicable in this case.

KEYWORD: bidding modalities; electronic trading; Support Foundation; auto execution of works; limitation on laboratory works.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Administrativo.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/1993 regulamenta o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988 estabelecendo normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública realizados com particulares. No art. 22 da citada Lei, são estabelecidas as modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Cada modalidade possui regras inerentes à contratação, com estabelecimento de valores, formas de publicação, delimitando o administrador público à escolha da melhor forma de contratação.

Em 17 de junho de 2002 foi criada a Lei nº 10.520 onde é instituída a modalidade licitatória denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Ao criar esta nova modalidade, queria o legislador acompanhar os avanços tecnológicos, com a possibilidade primordial de ampliar o rol de participantes nas licitações públicas. A regulamentação do pregão na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns foi realizada por meio do Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005.

O Decreto nº 5.205 de 2004, tecia disposições sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio; não tecia nenhuma consideração acerca da possibilidade ou não das fundações de apoio poderem executar obras institucionais.

Entretanto, em 31 de dezembro de 2010, criou-se o Decreto nº 7.423, revogando o Decreto nº 5.205/04. Neste novo Decreto, ficaram estabelecidas, em seu Art. 2º, § 1º, considerações sobre a execução de obras feitas por fundações de apoio:

Art. 2º (...)

§ 1º A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para a melhoria de infra-estrutura deverá limitar-se às obras laboratoriais, aquisição de materiais e equipamentos e outros insumos especificamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica. (Brasil, Decreto 7.423/10, art. 2º, § 1º)

O artigo em questão tem por finalidade tecer considerações acerca dos princípios norteadores da licitação, especificamente na modalidade pregão eletrônico, demonstrando que as fundações de apoio são perfeitamente competentes para executar obras institucionais como um todo. Entretanto, o decreto em epígrafe limitou essa possibilidade às obras laboratoriais. E não que as Fundações de Apoio somente possam efetuar suas compras na modalidade pregão eletrônico, mas veremos ser a modalidade mais utilizada pela Administração Pública, tendo em vista, conforme iremos verificar no decorrer do artigo, ser esta a modalidade mais célere e que demonstra maior transparência.

Muitas obras foram executadas, por exemplo, pela Fundep – Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa com a finalidade de construção e ampliação de prédios educacionais para atender a Comunidade Acadêmica da Universidade Federal de Minas Gerais. Haja vista o trabalho e desempenho de todos os profissionais envolvidos, desde operários contratados pela fundação, até coordenadores, diretores e presidente, demonstra-se claramente a competência no desenvolvimento dos trabalhos com o consequente trabalho final entregue à Universidade com a qualidade desejada.

A equipe de fiscalização possui um trabalho árduo, desde a análise na especificação dos inúmeros materiais e serviços, até o recebimento de material e serviços empregados, executados e entregues.

Com o advento do Decreto nº 7.423/10, as fundações limitaram-se a executar projetos de desenvolvimento institucional para melhoria de infraestrutura às obras laboratoriais. Entretanto, se as fundações de apoio são competentes para executar obras laboratoriais, porque não são capazes de executar obras institucionais "comuns"? Afinal, as aulas ministradas em salas de aula não seriam verdadeiros laboratórios de ensino?

A vedação constante no Art. 2º, § 1º do Decreto nº 7.423/10 é algo novo na legislação brasileira, necessitando de um estudo aprofundado acerca do assunto. Tal estudo é importante para demonstrar a importância do trabalho competente de uma fundação de apoio e o interesse e responsabilidade para a melhoria de infraestrutura institucionais.

Com essa vedação, as fundações de apoio limitaram-se a licitar, executar, fiscalizar e contribuir com essa melhoria institucional no que tange a infraestrutura apenas para obras laboratoriais.

Ademais, a premissa "quem pode mais pode menos" é perfeitamente aplicada neste caso, pois, entende-se que uma obra laboratorial seja de maior complexidade em termos de execução do que uma obra relativa a construção de prédios para salas de aula, por exemplo.

Com relação à compra de materiais e serviços de engenharia, é fato que tanto para construção de obras laboratoriais quanto para obras não laboratoriais, exige-se o mesmo grau de dedicação, trabalho, experiência e competência na aplicação de regras de licitação.

Vale ressaltar que em 21 de maio de 2014 foi publicado o Decreto n. 8.241/2014 cujo objetivo é a regulamentação do art. 3º da Lei n. 8.958/94 para dispor sobre a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio. Iremos abordar acerca desse decreto em tópico próprio.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 LICITAÇÃO

2.1.1 Conceito

Toda aquisição ou contratação de obras, serviços ou fornecimento realizados pelos órgãos da administração pública direta, autarquias, fundações, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos, deverão obrigatoriamente ser precedidos de licitação.

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, também chamada de lei das licitações, foi instituída com a finalidade de estabelecer as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Os contratos administração são, em verdade, acordos de vontades celebrados entre a Administração e particulares, observadas as formalidades estabelecidas na lei.

Marçal Justen Filho (2009) apresenta o conceito claro de licitação:

"Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos, pré-determinados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos". (Marçal, 2009, p. 11).

Em sendo a licitação um procedimento, ocorre uma sucessão de atos vinculantes tanto para a Administração, quanto para os licitantes,

o que permite a igualdade de oportunidade a todos os interessados.

A contratação com particulares, realizada pela Administração Pública, deve-se pautar no interesse geral, observando: as formalidades, a ampla competitividade e a qualificação. Preenchendo os requisitos indispensáveis, selecionando, portanto, a proposta mais vantajosa.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO

Demonstrando o caráter importantíssimo no que tange a licitação e contratos administrativos, traz o legislador, logo no início da lei de licitações, mais especificamente em seu art. 3º, caput seus princípios:

"Art. 3 A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos." (Lei nº 8.666/93, art. 3, caput).

Os princípios são de suma importância para a interpretação e aplicação das normas. Em caso de dúvida na interpretação das normas, deve-se sempre observar as disposições contidas nos princípios, haja vista que seu campo de abrangência é mais amplo do que o da norma.

Entretanto, como bem preleciona Marçal (2009, p. 59): "o princípio consagra numa diretriz valorativa, cuja aplicação envolve ponderação do aplicador", ou seja, deve-se analisar e adequar os princípios ao caso concreto.

2.2.1 Princípios da Legalidade e competência vinculada

A Administração Pública deve agir sempre segundo determinação legal, ou seja, somente pode fazer o que é autorizado por lei. Diferente do que ocorre com o particular. Nas contratações entre particulares, estes podem fazer tudo o que a lei não proíbe. A licitação, portanto, se sujeita ao disposto no ordenamento jurídico.

O inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, estabelece que ninguém é obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Face a esse dispositivo constitucional, fica evidente que o administrador público, membro de comissão permanente de licitação, não pode estabelecer em seus editais regras e obrigações que não estejam previstos em lei.

Ademais, toda licitação é precedida de um instrumento convocatório que traz regras de direito, contendo as condições de entrega, prazos, especificações, obrigações dos contratantes e contratados, penalidades entre outros. Os licitantes interessados devem se ater ao instrumento convocatório, pois está vinculado a ele. Inclusive, a Lei nº 8.666/93 vai de encontro ao exposto na Constituição tendo em vista que exige como regra, que as exigências habilitatórias não ultrapassem ao exposto na lei das licitações.

2.2.2 Princípio da Vantajosidade

A aplicação deste princípio significa que a Administração deve selecionar a proposta mais vantajosa atendendo ao interesse coletivo, ou seja, deve-se contratar com aquele que demonstra maiores condições de atender à demanda no que tange a preço, capacidade técnica e financeira, qualidade entre outros.

2.2.3 Princípio da Isonomia

A licitação é o direito de todo e qualquer particular poder participar da disputa. É o interesse individual tutelado, possibilitando

sua participação, sendo garantia concedida a todos, mesmo àqueles que não possuem condições de participar da licitação, possuem o direito de eliminar exigências desnecessárias ou restritivas.

Assim estabelece o art. 5º da Constituição Federal de 1988:

"Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:" (Constituição Federal de 1988, art. 5, caput).

Tal princípio é garantia constitucional haja vista que a Carta Magna estabelece que todos são iguais perante a lei, ou seja, não pode haver distinção e/ou discriminação entre os licitantes.

2.2.4 Princípios da Impessoalidade e da objetividade do julgamento

Significa a proibição de regras de cunho pessoal restringindo a participação de interessados. O julgamento deve ser imparcial, devendo as regras contidas no instrumento convocatório serem objetivas.

2.2.5 Princípios da Moralidade e da Probidade

A conduta da Administração e dos particulares deve ser moralmente aprovável, pois, caso contrário, o ato é nulo. A moralidade cumula-se à legalidade, ou seja, uma conduta compatível com a lei, mas imoral é inválida.

Este princípio também tem por finalidade à proteção dos licitantes quanto ao rigor exacerbado no julgamento de suas propostas. Não pode o administrador desclassificar uma proposta economicamente mais favorável por mero rigor exacerbado. Cabe ressaltar que, ao contrário, caso tenha alguma falha ou falta de informação que constitua exigência editalícia, deve o administrador, obrigatoriamente, desclassificar a proposta e informar em Ata de Julgamento o(s) motivo(s) da desclassificação. A essa decisão cabe recurso, garantindo a ampla defesa e o contraditório.

2.2.6 Princípio da Publicidade

Todos os atos administrativos devem ser precedidos de publicação para que todos os interessados possam tomar ciência do processo. Mesmo aquelas pessoas que não participaram efetivamente do processo licitatório, tem direito a conhecer dos atos praticados pela Administração Pública.

Estabelece o art. 3º, parágrafo 3º da Lei das Licitações que:

"Art.3. (...)

§ 3o A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura. (Lei nº 8.666/93, art. 3, parágrafo 3).

Já o art. 21 da citada lei estabelece os prazos e os meios de se tornar públicos os procedimentos licitatórios e exige a republicação em caso de modificação no edital em situações que essa alteração afetar a formulação das propostas. Tal dispositivo demonstra a preocupação do legislador com o princípio da publicidade.

Ocorre uma diferenciação entre abertura de documentação e proposta com o seu julgamento. Conforme bem explicita Hely Lopes (2000):

"Não há que se confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com seu julgamento. Aquela será sempre em ato público; este poderá ser realizado em recinto fechado e sem a

presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranquilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões que decidir. O essencial é a divulgação do resultado do julgamento, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis" (Meirelles, Hely, 2000, p. 258).

Conforme muito bem exposto pelo ilustre doutrinador, existem fases da licitação que, muito embora possam ser realizadas sem a realização de sessão pública, como a fase de julgamentos de documentação e proposta comercial, a decisão deve ser obrigatoriamente publicada por meio de Ata de Julgamento, propiciando a todos os interessados o conhecimento dos atos e decisões da comissão de licitação. É fundamental essa tomada de conhecimento por parte dos licitantes, pois, é a partir da publicação das atas contendo o julgamento e decisão da licitação que começam a contagem de prazos para apresentação de recursos. Aqui, outro princípio constitucional é aplicável, pois possibilita ao licitante que se sentir prejudicado ou que entender que o julgamento foi realizado de forma incorreta, apresentar as razões de recursos para serem analisados e julgados. Trata-se do contraditório e da ampla defesa.

2.2.7 Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo

Após a publicação do edital da licitação, contendo regras e exigências inerentes àquela contratação, tanto Administração Pública, quanto os licitantes, devem se ater apenas ao que nele está se exigido. Após a publicação, caso se verifique a existência de alguma falha na especificação e/ou exigências habilitatórias e técnicas deve-se promover a alteração no instrumento convocatório republicando e, caso não seja possível, promover a anulação ou revogação.

Do mesmo modo, os licitantes devem cumprir todas as exigências contidas no instrumento convocatório sob pena de desclassificação e/ou inabilitação.

Portanto, a vinculação ao instrumento convocatório é princípio a ser cumprido por todos os envolvidos no procedimento licitatório.

Além dos princípios citados, existem outros princípios expressos ou implícitos, correlatos aos acima referidos.

2.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA 8.666/93

De acordo com a lei de licitações, são modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. O tipo de licitação deve ser definido, conforme estabelecido no art. 23 da citada lei, em função dos limites de valor estimado para a contratação.

A observância dos pré requisitos de cada modalidade é de suma importância para as contratações tanto de materiais quanto de serviços realizados pela Administração. Contudo, não iremos adentrar a estas modalidades vez que nosso foco se tange a modalidade pregão.

2.4 PREGÃO

2.4.1 Conceito

Em 17 de julho de 2002 foi instituída por meio da Lei nº 10.520 a modalidade licitatória denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. O parágrafo único do artigo 1º estabelece que os bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos, por meio de especificações usuais no mercado e pelo edital de forma objetiva.

Em 31 de maio de 2005, com o objetivo de acompanhar os avanços tecnológicos, bem como dar maior possibilidade de participação e celeridade no processo, instituiu-se por meio do Decreto nº 5.450 o pregão na modalidade eletrônica para aquisição de bens e serviços comuns.

Para Hely Lopes de Meirelles (2000, pg. 307):

"A despeito dessas dificuldades de ordem jurídica, não há dúvida de que o pregão representa um avanço na concepção do procedimento licitatório. Em primeiro lugar porque ele inverte a ordem procedimental: procura-se verificar quem venceu a licitação, para depois conferir a documentação de habilitação do vencedor. Suprime-se, assim, tempo precioso despendido no exame da documentação de concorrentes que foram eliminados no julgamento das propostas. Se o vencedor não for habilitado será verificada a documentação do classificado em segundo lugar, e assim subsequentemente." (Meirelles, Hely, 2000, p. 307).

O pregão veio para demonstrar maior celeridade às contratações públicas, pois aqui, não há necessidade de analisar documentos habilitatórios de todos os participantes e sim apenas do detentor do menor preço.

2.4.2 Principais Características

Assim como nas modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, no pregão existe uma fase preparatória e uma fase externa, sendo que esta se inicia com a convocação dos interessados. O prazo fixado para a apresentação de propostas não poderá ser inferior a 08 dias úteis.

Conforme estabelecido no art. 5º, do Decreto nº 5.450/2005, aqui também se aplicam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proibição administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, devendo as normas disciplinadoras ser interpretadas em favor da ampliação da disputa entre interessados.

Para esta modalidade de licitação, são aplicadas as mesmas regras, obrigações, princípios das demais modalidades. Aplica-se vários artigos da Lei nº 8.666/93, estando sujeita a esta lei em vários momentos, tanto nas exigências contratuais, quanto, nas penalidades, julgamentos e contratos administrativos.

O pregão eletrônico foi criado com a finalidade de ampliar o rol de licitantes interessados em participar das licitações públicas. A modalidade é do tipo menor preço e pode ser realizada por lote de compras ou item a item.

Os meios de divulgação da licitação na modalidade pregão eletrônico são definidos observados os valores estimados, a saber:

"Art. 17. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio de publicação de aviso, observados os valores estimados para contratação e os meios de divulgação a seguir indicados:

I - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

a) Diário Oficial da União; e

b) meio eletrônico, na internet;

II - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) até R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

a) Diário Oficial da União;

b) meio eletrônico, na internet; e

c) jornal de grande circulação local;

III - superiores a R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais):

a) Diário Oficial da União;

b) meio eletrônico, na internet; e

c) jornal de grande circulação regional ou nacional" (Dec. Nº 5.450/2005, art. 17).

No aviso do edital deve-se conter a definição precisa, suficiente e clara do objeto com a indicação do endereço eletrônico onde poderá retirar a íntegra do edital, bem como dia e hora em que ocorrerá a sessão pública, indiciando, inclusive, que a licitação se dará na forma eletrônica. O prazo mínimo de publicação definido no Decreto é de 08 (oito) dias úteis.

Da mesma forma que acontece nas modalidades licitatórias contidas na Lei nº 8.666/93, caso ocorra alguma modificação que interfira na elaboração da proposta, deve-se republicar no mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, pelo mesmo prazo.

O art. 6º do Decreto nº 5.450/2005 estabelece que a modalidade de licitação pregão eletrônico, não pode ser utilizado para contratações relativas a obras e serviços de engenharia.

"Art. 6. A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral." (Dec. Nº 5.450/2005, art. 6º).

Entretanto, o Tribunal de Contas da União – TCU, por intermédio da Súmula nº 257/2010, publicada no Diário Oficial da União em 05/05/2010, Seção 1, p.93, firmou o entendimento no sentido de que serviços comuns de engenharia podem ser contratados mediante licitação na modalidade de pregão.

"Sumário: ADMINISTRATIVO. PROJETO DE SÚMULA. O USO DO PREGÃO NAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA ENCONTRA AMPARO NA LEI Nº 10.520/2002. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO TCU. PROPOSIÇÃO CONSIDERADA CONVENIENTE E OPORTUNA. APROVAÇÃO. Converte-se em súmula o entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de que "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002"." (Súmula nº 257/2010, publicada no Diário Oficial da União em 05/05/2010, Seção 1, p.93)

A citada Súmula do TCU veio para sanar as dúvidas acerca da possibilidade de se licitar por meio de pregão eletrônico as contratações de obras e serviços de engenharia. Ora, se determinado material ou serviço de engenharia pode ser facilmente especificado, não há dúvida de que possa ser feito um pregão eletrônico para tais contratações.

2.4.3 Vantagens do Pregão Eletrônico

A grande vantagem do pregão eletrônico é a inversão de fases, ou seja, ao contrário das outras modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/93, no Pregão Eletrônico, disputa-se primeiro o preço e somente analisa documentação habilitatória e técnica da empresa detentora do menor preço.

Nesta modalidade, os licitantes não precisam se deslocar de sua empresa para participar da licitação. Basta o acesso aos sítios oficiais em que as disputas são realizadas, lançar o preço inicial e disputar com seus concorrentes pela venda daquele material, produto ou prestação de serviços.

O pregão eletrônico possui, portanto como finalidade, o au-

mento de participantes na licitação e a economia processual.

Além da inversão de fases, habilitação da empresa detentora do menor preço, existe outras vantagens para a adoção desta modalidade como prazo de publicação, julgamento imediato, prazo recursal único, economia processual, celeridade, transparência.

Ao pregão eletrônico também impera maior aplicabilidade do princípio da impessoalidade, haja vista que o pregoeiro somente tem acesso a quais empresas estão disputando aquele fornecimento/serviço ao final da sessão de disputa.

2.5 DECRETO Nº 7.423 DE 31 DE DEZEMBRO DE 2010

2.5.1 Abordagem geral

As Fundações de Apoio são definidas pelo MEC como instituições com "finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, de interesse das instituições federais de ensino superior (IFES) e também das instituições de pesquisa". (<http://portal.mec.gov.br>)

As Fundações de Apoio, além de possuírem por finalidade os projetos de pesquisa, são responsáveis pelo desenvolvimento institucional, científico e tecnológico. As obras de infraestrutura nada mais são do que o próprio desenvolvimento institucional, sejam elas laboratoriais, sejam elas para comporem salas de aula, auditórios etc. O objetivo é o mesmo, qual seja: a manutenção do desenvolvimento institucional.

O Decreto nº 7.423 de 31 de dezembro de 2010 regulamenta a Lei nº 8.958/1994 e dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Este mesmo decreto revoga o de nº 5.205 de 2004.

2.5.2 Vedações no que tange a limitação das Fundações de Apoio na execução de obras apenas laboratoriais

O art. 1º do Decreto nº 7.423/10 informa que a caracterização das fundações como apoio à Instituições Federais de Ensino Superior e demais Instituições Científicas e Tecnológicas é condicionada ao prévio registro e credenciamento por ato conjunto dos Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia. Assim estabelece seu o Parágrafo Único:

"Art. 1 (...)

Parágrafo único. A fundação registrada e credenciada como fundação de apoio visa dar suporte a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições apoiadas e, primordialmente, ao desenvolvimento da inovação e da pesquisa científica e tecnológica, criando condições mais propícias a que as instituições apoiadas estabeleçam relações com o ambiente externo." (Decreto nº 7.423/10, Art. 1º, parágrafo único)

De acordo com o Decreto nº 7.423/10, entende-se por desenvolvimento institucional: os programas, projetos, atividades e operações especiais de natureza infraestrutura, dentre outros. Entretanto, limita a atuação das fundações de apoio em projetos de desenvolvimento institucional às obras laboratoriais. Senão, vejamos:

Art. 2 (...)

§ 1º A atuação da fundação de apoio em projetos de desenvolvimento institucional para a melhoria de infra-estrutura deverá limitar-se às obras laboratoriais, aquisição de materiais e equipamentos e outros insumos especificamente relacionados às atividades de inovação e pesquisa científica e tecnológica. (Decreto nº 7.423/10, Art. 2º)

Ou seja, o Decreto nº 7.423 de 31 de dezembro de 2010, restringiu às fundações a possibilidade de execução apenas de obras laboratoriais.

Não apenas obras laboratoriais são obras que propiciem o desenvolvimento institucional. As salas de aulas são imprescindíveis para o cerceamento do desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, os auditórios trazem profissionais de diversas áreas para transmitirem seus conhecimentos.

Imaginem uma obra acadêmica relativa a um prédio contendo salas de aulas. Para a construção deste prédio, deve-se efetuar a fundação, efetuar as instalações hidráulicas, elétricas, de proteção contra descargas atmosféricas. Deve-se subir o prédio contendo além das salas de aula, banheiros, escadas, elevadores, ar condicionado. Em geral esses prédios possuem auditórios contendo equipamentos de multimeios, cadeiras especiais. O que diferencia uma construção laboratorial de obras "simples" é que um laboratório requer mais detalhes em sua construção. Deve-se projetar máquinas e equipamentos utilizados nesses laboratórios, deve-se analisar a potência desses equipamentos para não acontecer vibrações, devem-se analisar os produtos utilizados nesse laboratório para que seja instalado pisos específicos, bancadas que atendam a este laboratório. Ou seja, por esse simples relato, podemos perceber a complexidade de uma obra laboratorial em se comparado com uma obra especificamente de salas de aula.

Toda e qualquer Fundação de Apoio é parte legítima para execução de obras e serviços de engenharia relativas as obras de desenvolvimento institucional, de laboratório ou não. É claro que para isso deve-se contratar profissionais competentes para o gerenciamento e fiscalização dos trabalhos desenvolvidos.

Ademais, é sabido que o Tribunal de Contas da União é severo em suas auditorias e ele é competente para avaliar se os trabalhos relativos a obras e serviços de engenharia desenvolvidos pela Fundação de Apoio esta sendo realizado de forma a atender a coletividade acadêmica, com qualidade e economicidade, se as contratações estão sendo realizadas de forma a atender os preceitos legais estabelecidos na lei de licitações, se os recursos disponibilizados pela Universidade estão sendo utilizados para este fim e claro, pode-se analisar a satisfação dos clientes finais que são os próprios usuários docentes e discentes.

O Tribunal de Contas da União já permitiu, por exemplo, que a Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG realizasse obras e serviços de engenharia. Em 30 de março de 2010, em nota publicada a comunidade acadêmica, a UFMG relata que o TCU em seu relatório entregue a própria universidade informa que a contratação da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa (Fundep) é possível. A citar, por exemplo, que o próprio TCU (acórdão 349/2007) avaliou o modelo utilizado nas obras da Faculdade de Ciências Econômicas como legítimo, econômico e legal. E mais, afirma o Tribunal de Contas que:

"Uma vez demonstrado o desenvolvimento institucional e desde que comprovadas a economicidade, a qualidade técnica, a experiência da Fundação para tal encargo e, por fim, de que não se trata do exercício de intermediação." (<http://www.ufmg.br/online/arquivos/014997.shtml>, consultado em 01/09/2013)

Naquela oportunidade, antes da entrada em vigor do Decreto nº 7.423/2010, o próprio TCU, fiscalizador das contas públicas, já havia realizado auditoria em obras realizadas por Fundação e Apoio e afirmou, conforme trecho da publicação constante no site da UFMG que, se demonstrado o desenvolvimento institucional, é perfeitamente possível

a execução. Portanto, não apenas obras laboratoriais e sim, qualquer obra que demonstre o desenvolvimento institucional.

Tal documento emitido pelo TCU propõe inspeção na fundação em referência para verificação da qualificação técnica, experiência em execução, bem como análise nos preços praticados em comparação ao mercado. Afirma o Tribunal que:

“Caso a Fundep atenda tais requisitos, não deverá ser oposta objeção para o prosseguimento das obras e serviços de engenharia em curso na UFMG, ao abrigo do modelo de autoconstrução”. (<https://www.ufmg.br/online/arquivos/014997.shtml>, consultado em 01/09/2013)

O que deveria ser discutido, em verdade, neste decreto é competência. Demonstrado competência técnica, responsabilidade social, emprego lícito do dinheiro público e atendimento ao desenvolvimento institucional com o consequente atendimento à comunidade acadêmica, é sim perfeitamente possível a utilização do modelo de autoconstrução muito bem mencionado pelo Tribunal de Contas da União.

Francisco César de Sá Barreto publicou o artigo cujo título é “Um encontro da arte com a comunidade” no boletim da UFMG. Este artigo trata da inauguração do Conservatório da UFMG. O Conservatório da UFMG foi restaurado e revitalizado pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa. Àquela época, foram emitidos agradecimentos especiais ao serviço prestado pela Fundep no que tange a execução da obra:

“Cabe, portanto, celebrar. E, ao celebrar, registro o agradecimento da UFMG à nossa Fundep, e seu Conselho Curador, e, muito especialmente, a seu diretor-executivo, meu grande amigo Jacques Schwartzman. A obra que inauguramos agora emblematiza a contribuição da Fundep ao desenvolvimento institucional da UFMG, contribuição que se manifesta através de várias modalidades de apoio: basta citar o Prêmio Fundep, com o qual são agraciados professores que se destacam na vida acadêmica, e o Fundo de Apoio Acadêmico, que atingiu, nos últimos 15 anos, cerca de 8 milhões de reais. Ao gerenciar os cursos de extensão da Universidade, a Fundep nos presta um serviço de qualidade, e aqui, no Conservatório, continuará colaborando com a Universidade. Desejo também, neste momento, reiterar os agradecimentos já formulados pelo Prof. Jacques a todos os que contribuíram para a realização deste projeto.” (<https://www.ufmg.br/boletim/bol1289/pag2.html> em 01/09/2013)

As fundações de apoio são suficientemente competentes para executarem esse tipo de obra. Ademais, a fundação contrata profissionais competentes, empresas específicas para a execução.

Em outra publicação feita no site da Universidade Federal de Minas Gerais, o Pró-Reitor de Planejamento à época define o que seria a autoconstrução (execução direta) e demonstra esse modelo de autoconstrução é economicamente mais viável.

“O pró-reitor de Planejamento explica que a autoconstrução ou execução direta é o processo pelo qual a própria Universidade ergue seus prédios, dispensando a presença de empresas terceirizadas. Nagib afirma que, assim como no caso da Faculdade de Ciências Econômicas, todas as obras realizadas pela Fundep ficam em torno de 20% mais baratas do que se fosse realizada uma licitação global para cada um dos prédios. “Sem contar que temos um nível de controle sobre a execução da obra e sobre a qualidade final do prédio muito maior do que ocorreria com empresas terceirizadas”, compara. Outra vantagem do modelo é a possibilidade de executar a obra de acordo com a disponibilidade de recursos. Esse foi o caso, por exemplo, do prédio da Faculdade de Farmácia, que não teve o

projeto original concluído, o que não prejudicou a entrega da obra para uso da comunidade acadêmica. “Se não fosse a execução direta, não poderíamos sequer fazer a licitação, já que a Universidade não dispunha de todo o recurso para terminá-la”, explica Nagib. Mesmo nos casos em que há necessidade de licitação em determinadas fases da obra – como na realização das fundações e no fornecimento de concreto –, a autoconstrução promove economia, porque a empresa é licitada diretamente pela Universidade, sem intermediação de uma construtora. Além disso, alguns itens usados em larga escala, como janelas e luminárias, são fabricados no próprio canteiro de obras, o que também reduz custos.” (<https://www.ufmg.br/boletim/bol1689/3.shtml>, em 01/09/2013)

Conforme muito bem colocado, a autoconstrução promove a economia e possui um controle muito maior de qualidade tanto dos produtos adquiridos quanto dos serviços executados.

Na autoexecução, a Fundação contrata profissionais qualificados para fiscalização, gerenciamento e controle dos diversos estágios da obra, desde o planejamento, controle de estoque, emissão de pedidos contendo especificação até a fiscalização da execução propriamente dita. Tais profissionais são fiscalizados por servidores da própria Universidade. Para alguns serviços específicos como execução de fundação, fornecimento de concreto, é necessária a contratação de empresa especializada. Mas essa contratação se dá por meio de licitação feita diretamente pela Fundação de Apoio sem o intermédio de uma construtora, segundos os ditames da legislação.

Em 2006, conforme notícia publicada no site da UFMG, o então Ministro da Educação Fernando Haddad efetuou uma visita na Escola de Engenharia do Campus Pampulha da Universidade com o intuito de verificar o andamento das obras, obras essas realizadas pelo modelo de autoconstrução. Nesta visita, percorreu por salas de aulas, gabinetes de professores e laboratórios, recebendo explicações sobre escolha de alguns materiais. Na visita que ocorreu também na Faculdade de Ciências Econômicas - FACE, o ministro garantiu a liberação de verbas para conclusão das obras.

Em 2010, a UFMG inaugurou a maior escola de engenharia do país. Obra esta executada pela Fundep utilizando o modelo de autoconstrução. Esteve presente na citada inauguração, dentre outros, o prefeito Márcio Lacerda que disse, conforme notícia publicada no site da UFMG, estar emocionado e orgulhoso pela consolidação de Belo Horizonte como pólo universitário de qualidade. Esteve presente também o então ministro da educação Fernando Haddad que se pronunciou:

“Aqui na UFMG é assim: o que se pensa que é custo rapidamente se transforma em benefício”. (<https://www.ufmg.br/online/arquivos/014816.shtml>, em 01/09/2013).

Fernando Haddad naquela oportunidade, falou sobre os ataques recebidos pela Universidade por causa da execução direta de suas obras, ou seja, modelo de autoconstrução, onde a própria Universidade, por meio da Fundação de Apoio ergue seus prédios:

“A UFMG fez excelente trabalho com os recursos que o Ministério da Educação disponibilizou para construção do campus 2000. “Está aqui à nossa frente o resultado. Esse é um modelo de gestão que pode servir como exemplo para outras instituições”. (<https://www.ufmg.br/online/arquivos/014816.shtml>)

A autoconstrução, desde seu início, conforme pode ser percebida, foi recepcionada até mesmo pelo então Ministro da Educação. Os elogios foram muitos e até sugeriu que o modelo fosse seguido por outras instituições.

Não há dúvidas de que é possível utilizar o modelo de autoexecução realizados por Fundação de Apoio. Os resultados podem ser vistos por todos ao visitarem a UFMG. Prédios de qualidade, com emprego de materiais e prestação de serviços especializados é resultado de um trabalho em equipe realizado desde operários, engenheiros, fiscalização até as instâncias superiores.

É questionável o porquê da inclusão no Decreto nº 7.423 de 31 de dezembro de 2010, de cláusula restritiva de execução de obras apenas laboratoriais. Antes da entrada em vigor do citado Decreto, após passar por diversas auditorias do TCU, havia sido autorizado o andamento de obras, por Fundação de Apoio, o próprio Ministro da Educação elogiou o modelo de autoconstrução liberando, inclusive mais verbas para andamento e finalização das obras.

As Fundações de Apoio são capazes de executarem obras que não apenas as laboratoriais. Ademais, prevalece no Direito à máxima: "quem pode mais, pode menos". Ora, quem pode e tem competência para a execução de obras laboratoriais, pode executar obras que não sejam laboratoriais. Claro que, no caso em comento, qual seja, a execução de obras e serviços de engenharia executadas por Fundação de Apoio, deve ser observado se esta obra será realizada com a finalidade de infraestrutura educacional.

A própria Lei 8.666/93 utiliza desse silogismo quando permite que a adoção da modalidade convite e tomada de preço ser substituída pela concorrência. Assim estabelece o parágrafo 4º do art. 23 da lei de licitações:

Art. 23 (...)

"§ 4o Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência." (Lei nº 8.666/93, art. 23).

Aquelas licitações em que se enquadram na modalidade de maior relevância financeira, maior prazo de publicação e melhores detalhes técnicos, cabem às modalidades de menor complexidade. Da mesma forma aplica-se o silogismo no que tange às obras laboratoriais. Quem pode executar obras laboratoriais, tem plena competência técnica para executar obras de menor complexidade, como as de sala de aula, por exemplo. Não há, portanto, porque restringir a autoconstrução executadas pelas Fundações de Apoio, a apenas obra laboratorial.

2.5.3 Decreto n. 8.241 de 21 de maio de 2014

O Decreto n. 8.241/14 foi criado com o objetivo de regulamentar o art. 3 da Lei n. 8.958/94, para dispor sobre a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio.

Teceremos apenas uma singela consideração acerca desse Decreto, apontando apenas as alterações substanciais para as contratações realizadas pelas Fundações de Apoio, no que se refere a obras e serviços de engenharia. Por tratar-se de tema novo, merece maiores considerações em momento oportuno.

Assim dispõe o art. 1 do citado Decreto:

"Art. 1o Este Decreto regulamenta o art. 3o da Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, para dispor sobre a aquisição de bens e a contratação de obras e serviços pelas fundações de apoio no âmbito de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, em apoio às Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICT."

Esse Decreto trouxe algumas mudanças na forma de se contratar das fundações de apoio tanto para bens, quanto para obras e serviços, estabelecendo regras e procedimentos da seleção pública, aqui chamado: o processo de compras.

De acordo com o art. 26, I do Decreto n. 8.241/2014, houve uma alteração no que tange aos valores para a contratação direta. No caso de obras e serviços de engenharia, as contratações com valores inferiores a R\$ 100.000,00, admite-se a contratação direta. Ressalta-se que esse valor não pode se referir a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente.

A Lei 8.666/93 estabelecia que admitia-se a dispensa no caso de valores inferiores a R\$ 15.000,00, ou seja, com a entrada em vigor do Decreto em comento, houve uma maior flexibilização com a ampliação do limite.

Houve também uma ampliação do prazo de publicação do aviso da Seleção Pública. Conforme estabelecido no art. 9 do Decreto n. 8.241/2014, a seleção pública de fornecedores será divulgada no sítio eletrônico da fundação de apoio e no portal de compras do Governo Federal, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cujo prazo não poderá ser inferior a 15 dias úteis quando envolver obras e serviços de engenharia, contados da data de publicação do aviso.

O decreto não informa a obrigatoriedade de se publicar no Diário Oficial da União conforme exigido na Lei n. 8.666/93, ou seja, apenas no sítio eletrônico da fundação e no portal do governo. Entretanto, comparando com o pregão eletrônico que estabelecia prazo mínimo de 8 dias úteis, aumentou-se para 15 dias úteis o prazo mínimo de publicação da seleção pública.

Esse Decreto, não informa em momento algum que as obras e serviços de engenharia das fundações de apoio limitar-se-ão às obras laboratoriais. Aborda a questão da contratação de obras por meio das fundações de apoio de forma geral, sempre no âmbito de projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos.

Por fim, estabelece o art. 33 do citado Decreto que os procedimentos de seleção de que trata este Decreto deverão ocorrer, preferencialmente, na forma eletrônica, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação e da comunicação.

A forma eletrônica sugerida, vai de encontro com a abordagem de todo esse estudo uma vez que segue praticamente os mesmos moldes do Pregão Eletrônico, claro que nos moldes, exigências e condições constantes no Decreto n. 8.241/14.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 8.666/93 institui as normas de licitação e contratos da Administração, estabelecendo normas e regras a serem seguidas para as obras, serviços, compras e alienações, para que sejam feitas em observância aos ditames da lei. Ademais, ao direito público, somente pode ser realizado aquilo que a lei permite, ao contrário do direito privado que pode ser feito, desde que a lei não proíba.

Essa lei, como já dito, descreve claramente as modalidades de licitação, quando a licitação pode ser dispensada, quando pode ser inexigível, detalhando qual modalidade deve ser aplicada em cada caso. Entretanto, com o advento da tecnologia, necessitou-se de aprimorar as contratações públicas, tornando o procedimento mais célere, com a entrada em vigor do Pregão (Lei nº 10520/2002) e, logo em seguida do Pregão Eletrônico (Decreto nº 5.450/2005).

É inegável a eficiência, agilidade, amplitude de competição do Pregão Eletrônico. Aqui, as empresas podem participar da licitação na própria empresa, sem ser necessário deslocamento de profissionais, trazendo economia tanto para a empresa licitante quanto para a Administração, tendo em vista que, obvio, os custos com alimentação, transporte, diárias eram diluídos no valor final da contratação. Nas outras modalidades de licitação (concorrência, tomada de preço, convite), havia certa desvantagem das empresas fora do âmbito regional do órgão responsável pela licitação para as empresas que possuíam sede na região do órgão. Não que ocorram privilégios, não é isso. O que ocorre é o aumento do custo final para a empresa licitante. No pregão eletrônico as empresas participam da licitação online, disputam com seus concorrentes e, é arrematante, aquele que apresentar menor valor durante a sessão de disputa. Somente esse licitante apresenta documentação habilitatória.

As Fundações de Apoio, muito embora sejam constituídas na forma de fundações de direito privado, devem observar em suas contratações, todas as regras e exigências contidas na Lei de Licitações e decretos relativos à licitação. São elas as responsáveis por dar apoio aos projetos de pesquisa, extensão, ensino, bem como pelo desenvolvimento institucional, científico e tecnológicos das Instituições de Ensino.

Dentro do item de responsabilidade das fundações de apoio encontra-se o desenvolvimento institucional, definido assim pelo Decreto nº 7.423/2010:

Art. 2 (...)

§ 1º Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à melhoria mensurável das condições das IFES e demais ICTs, para o cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no Plano de Desenvolvimento Institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos. (Decreto nº 7.423/10, Art. 2º) (grifos nossos)

O Decreto nº 7.423/2010 como já dito anteriormente e, aqui cabe ressaltar, dispõe sobre as relações entre as instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e, no citado parágrafo 1º do art. 2º, preceitua o conceito de desenvolvimento institucional como sendo os de natureza infraestrutural, material e laboratorial.

Entretanto, o decreto peca ao limitar às fundações de apoio a melhoria de infraestrutura a apenas obras laboratoriais, conforme disposição, já citado anteriormente, contida no parágrafo 1º do art. 2º do Decreto 7.423/2010. O desenvolvimento institucional deve abarcar todas as formas de melhoria de infraestrutura necessárias ao atendimento dos usuários finais, ou seja, a toda comunidade acadêmica.

O modelo de autoconstrução utilizado pela Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa – Fundep é um grande exemplo de que as Fundações de apoio são perfeitamente competentes na execução de qualquer obra institucional, sendo ela laboratorial ou não. O próprio Tribunal de Contas já se manifestou favoravelmente a autoconstrução, conforme já ressaltados em tópico específico desse trabalho.

As Fundações de Apoio devem efetuar suas compras e contratações observando as exigências da lei de licitação, contratar profissionais competentes e habilitados para exercício das mais diversas funções, desde operários a engenheiros e arquitetos, executar a autoconstrução dos prédios e passar pelo crivo de auditorias do Tribunal de Contas da União, portanto, pode perfeitamente executar obras de qualquer espécie. Ademais, reiteramos a premissa contida

inclusive na lei de licitações, “quem pode mais pode menos”, ou seja, se as Fundações de Apoio podem executar obras laboratoriais, tidas como mais complexas (as laboratoriais), podem, por consequência executar obras de infraestrutura comuns (salas de aula, auditórios, por exemplo).

Essas são algumas indagações e questionamentos acerca da limitação. As Fundações de Apoio, desde que se especializem, são competentes e capazes de contribuir para o desenvolvimento institucional das Universidades, efetuando suas compras de forma mais célere e transparente por meio do Pregão Eletrônico, estando aptas a executar quais obras, laboratoriais ou não, com qualidade e desempenho.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de mai. de 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 24 de abr. 2013.

BRASIL. Decreto n. 7.423, de 31 de maio de 2010. Regulamenta a Lei n. 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e revoga o Decreto n. 5.205, de setembro de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de mai. de 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7423.htm>. Acesso em: 24 de abr. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de jun. de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 24 abr. 2013.

BRASIL. Decreto n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de jul. de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 24 de abr. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Fundações de apoio*. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/index.php?Itemid=1022&>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOTÍCIAS DA UFMG. *TCU admite que UFMG realize obras de engenharia*. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/online/arquivos/014997.shtm>>. Acesso em: 02 set. 2013.

NOTÍCIAS DA UFMG. *Um encontro da arte com a comunidade*. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/boletim/bol1289/pag2.html>>. Acesso em: 02 set. 2013.

NOTÍCIAS DA UFMG. *TCU admite viabilidade de modelo construtivo adotado pela UFMG*. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/boletim/bol1689/3.shtm>>. Acesso em: 02 set. 2013.

NOTÍCIAS DA UFMG. *Ministro da Educação assegura recursos para conclusão da FACE*. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/online/arquivos/004529.shtm>>. Acesso em: 02 set. 2013.

NOTÍCIAS DA UFMG. *Ministro da Educação assegura recursos para conclusão da FACE*. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/online/arquivos/004529.shtm>>. Acesso em: 02 set. 2013.

NOTÍCIAS DA UFMG. *UFMG inaugura, no Campus Pampulha, maior escola de engenharia do país*. Disponível em: < <https://www.ufmg.br/online/arquivos/014816.shtml>>. Acesso em: 02 set. 2013.

SINDICATO DOS ENGENHEIROS NO ESTADO DE SÃO PAULO. *UFMG inaugura maior escola de engenharia do país*. Disponível em: <<http://www.seesp.org.br/site/cotidiano/620-ufmg-inaugura-maior-escola-de-engenharia-do-pais.html>>. Acesso em: 02 set. 2013.

NOTAS DE FIM

1 Mestre em Direito Público pela PUC/Minas; MBA em Administração Estratégica pela UNA – Universidade de Ciências Gerenciais. Professora de Direito do Centro Universitário Newton de Paiva e da FAMINAS – Faculdade Minas Gerais. Advogada.

2 Bacharel em Administração de Empresa e Direito. Responsável pela equipe de compras da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa. (FUNDEP)

HOMICÍDIO PASSIONAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

RAQUEL ARAÚJO DE FREITAS¹
CRISTIAN KIEFER DA SILVA²

RESUMO: A fim de entender a legislação aplicável ao homicídio passional nos dias de hoje, fez-se necessária uma busca mais profunda pelas causas e principais características do homicídio passional, reputando-se uma análise da evolução da sociedade conjugada com a evolução da legislação e de que forma isto implica no modo de decidir dos jurados.

PALAVRAS-CHAVE: Homicídio passional; Tribunal do Júri; evolução legislativa.

ABSTRACT: In order to understand the law applicable to the passionate murder today, a deeper search was necessary for the causes and main features of passionate deeming murder on an analysis of changes in society combined with the development of legislation and how this implies the way to decide the jury.

KEYWORDS: Passionate homicide; Penal Court; Legislative Developments.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Penal

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos da história humana, há registros de homicídios passionais, onde o agente é dominado por um sentimento incontrolável que o faz sentir como dono do outro. O crime passional abordado é o homicídio, ou seja, a morte de uma pessoa causada por outra, com uma particularidade: a ligação afetiva entre as partes, que pode ser, ou não, sexual, a chamada paixão.

A busca pela explicação de um ato irracional cometido por um ser dito racional, tendo como justificativa um sentimento, a *priori*, presente em todos, é algo instigante e passível de discussões mais profundas. O ponto de partida para a análise do problema é a participação da população nas questões judiciais do Estado. Entretanto, se faz necessário, inicialmente, o estudo da origem desta participação fora do Brasil, haja vista que os movimentos estrangeiros influenciaram o modo de como esta se dá hodiernamente.

Tomando por ponto de partida a Antiguidade, tem-se que somente os homens o praticavam, já que as mulheres tinham papel de "coisa", totalmente dependentes de seus maridos, não sendo admitido, portanto, qualquer traição por parte dela. Já em meados do século XX, houve uma alteração do papel da mulher na sociedade, sendo que esta buscava seu espaço no lar, no trabalho e na vida do país. Não havendo mais esta submissão da mulher ao seu esposo, elas passaram a ser donas de si e também a se permitir possuir uma paixão, que por vezes, acaba de forma desmedida, a originar um homicídio.

Tratar da evolução da sociedade a fim de relacioná-la com a evolução legislativa do homicídio passional, bem como com as decisões judiciais acerca do assunto, faz com que se tenha como ponto de partida a análise do instituto do Tribunal do Júri. Isto porque a evolução das leis e o modo de julgar os homicídios passionais tiveram direta ligação com o fato de este ser composto por pessoas da sociedade.

Com a instituição deste Tribunal no Brasil pela Constituição de 1824 como competente para julgar este tipo penal tem-se a possibilidade da sociedade se envolver no Judiciário e delimitar quais teses serão aceitas, bem como influenciar na legislação que a ele será aplicada. Analisando o contexto histórico do homicídio passional em nosso país surge a seguinte indagação: a evolução legislativa

e decisões judiciais sobre o homicídio passional no Brasil acompanharam a evolução social?

2 CRIMES PASSIONAIS

Em *latu sensu*, os crimes estão presentes durante toda história da humanidade. Durkheim (2002, p. 87) em seus estudos, constatou que o crime é um fenômeno social "normal" e necessário. De acordo com sua visão positivista, o crime é parte da natureza humana porque existiu em diferentes épocas, em diferentes classes sociais.

Assim são os crimes definidos por passionais. Um primeiro exemplo pode ser observado nas Sagradas Escrituras (Gênesis 4:3, 4) onde Caim mata seu irmão Abel por ciúmes, um sentimento originado, no caso, pela inferioridade sentida ao oferecer a Deus frutos do solo que cultivava em relação à oferta de Abel. Este arquétipo demonstra a existência de ciúme existente em outras relações que não a entre homem e mulher, que, contudo, se faz mais comum desde os primórdios até os dias de hoje.

A relação afetiva de amor entre duas pessoas que acaba por gerar a obsessividade e, por conseguinte, o sentimento de posse, começou a ser explorada pela literatura, como no caso de Otelo, personagem da literatura clássica, que retirou a vida de sua esposa Desdêmona por acreditar que esta lhe traía sempre, externando seu ciúme concomitante a uma demonstração de psicopatia.

Além do ciúme e paixão exacerbada, tem-se ainda, como fatos que originam a prática de crimes passionais a rejeição, que gera vingança por não ser mais amado ou querido e a honra, que está relacionada a valores éticos e morais e, portanto, justificaria a realização de um delito para sua defesa, principalmente, em casos de traição. Nesse sentido, explica Luiza Eluf:

Essas pessoas são acometidas de estranha e insuperável obsessão. Não existe mais o amor e sim um estado mental quase patológico. A rejeição leva ao ódio, que gera a violência. O sujeito não descansa enquanto não elimina fisicamente quem julga ser a causa de seu sofrimento, embora a dor decorrente do crime, a punição da Justiça e a repercussão social do fato possam ser terríveis. (ELUF, 2013, p. 15)

O crime passional, em especial o homicídio, foi ganhando espaço no cenário criminal, principalmente face ao seu aumento e crueldade. Em um primeiro momento, a sociedade defendia sua prática para assegurar a honra dos homens. Ao decorrer do tempo seu posicionamento foi evoluindo até que se compreendesse como inadmissível tal conduta.

3 TRIBUNAL DO JÚRI

3.1 A influência popular em julgamentos no mundo

É a participação da população nas questões judiciais do Estado que dá origem à evolução das decisões acerca do homicídio passional e, conseqüentemente, à evolução legislativa. Entretanto, se faz necessário, a *priori*, o estudo da origem desta participação popular fora do Brasil, haja vista que os movimentos estrangeiros influenciaram o modo de como esta se dá hodiernamente.

Alguns estudos apontam que o Tribunal Popular teve origem na Palestina, é o que diz Guilherme de Souza Nucci:

Na Palestina, havia o Tribunal dos vinte e três, nas vilas em que a população fosse superior a 120 famílias. Tais cortes conheciam e julgavam processos criminais relacionados a crimes puníveis com a pena de morte. Os membros escolhidos dentre padres, levitas e principais chefes de Israel. (NUCCI, 2008, p. 41).

Com isso, vê-se que foi a própria organização social que fez ensejar a estruturação do modo com que as pessoas iriam influenciar no julgamento de alguns delitos. Nesse primeiro momento, em uma sociedade patriarcal, eram os homens mais velhos que administravam o Tribunal, bem como as comunidades.

O Tribunal do Júri se desenvolveu e teve seus parâmetros definidos principalmente na Inglaterra, através da Carta Magna de 1215 que instituiu o chamado Conselho de Jurados que tinha por objetivo julgar delitos de bruxaria ou ligados à feitiçaria. Era dividido em pequeno Júri, composto por doze pessoas que julgavam apreciando o caso concreto, e em grande Júri, formado por vinte e quatro pessoas que eram encarregadas de fazer a acusação, vez que era composto por testemunhas oculares do fato.

Na Inglaterra, o Tribunal representou uma grande evolução quanto à defesa dos direitos fundamentais face à retirada do julgamento destes delitos das mãos da nobreza, valendo-se do bom senso e de costumes da sociedade inglesa.

Partindo da Inglaterra, o referido órgão julgador chegou à França e, posteriormente espalhou-se pelo mundo. Sobre a propagação do Tribunal Popular Guilherme de Souza Nucci enfatiza que:

Após a Revolução Francesa, de 1789, tendo por finalidade o combate às ideias e métodos esposados pelos magistrados do regime monárquico, estabeleceu-se o Júri na França. O objetivo era substituir um Judiciário formado, predominantemente por magistrados vinculados à monarquia, por outro, constituído pelo povo, envolto pelos novos ideais republicanos. (NUCCI, 2008, p. 42).

A Revolução Francesa motivada por ideias iluministas, segundo Luísa Fragoso Pereira Pinto, contribuiu para a organização judiciária daquele país e o Júri criminal foi consagrado como instituição judiciária. A partir de então as decisões do referido órgão passaram a simbolizar a soberania exercida pelos cidadãos franceses como obrigação de todos.

3.2 A influência popular em julgamentos no Brasil

Os ideais espalhados pelo movimento popular ocorrido na França – Revolução Francesa em 1789 –, especialmente no que se refere à proteção individual e aos ideais políticos-burgueses do século XVIII, chegaram até ao Brasil e fizeram com que Dom Pedro I, em 1822, instituisse o Tribunal do Júri para julgar crimes de imprensa. Após a independência do país, este órgão foi disposto na Constituição de 1824, no capítulo pertencente ao Poder Judiciário, com atribuições para julgar causas cíveis e criminais.

Com o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, a competência do Tribunal do Júri fora ampliada, passando o juiz a apenas presidir a sessão, orientar os jurados e aplicar a pena, conforme art. 46 deste Código. Após a proclamação da República, com a Lei nº 261 de 1841, foi extinto o Júri de acusação e permaneceu o Júri de sentença, tendo a previsão da pena de morte, desde que atingisse o quorum mínimo de dois terços.

Com a Constituição de 1891 (art. 72, §31), o Júri foi elevado ao nível de garantia individual e com a Constituição de 1946 (art. 146, §28), a competência foi reduzida aos crimes dolosos contra vida, assim como é nos dias de hoje. A Constituição de 1988, marca da democratização do País, ratificou a figura do Tribunal, dando-lhe, novamente, caráter constitucional, conforme disposto no art. 5º, inc. XXXVIII, alíneas a, b, c, d, sendo assegurados os princípios da plenitude da defesa, do sigilo das votações, da soberania dos veredictos e da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

É, portanto, o modo com que a sociedade se dispõe ética e culturalmente, que irá influenciar diretamente no resultado do julgamento do delito, haja vista que a soberania de seus votos e o sistema da íntima convicção presente no Tribunal do Júri, fazem com que seja dispensada a motivação expressa durante a análise de cada quesito na sessão, dando liberdade para que os sete jurados decidam conforme seu ideal de justiça, a absolvição ou condenação do réu e, no caso de condenação, se houve qualificadora, minorante ou a presença de outra tese pleiteada.

4 HOMICÍDIO PASSIONAL NO BRASIL

4.1 Definição

Homicida, vem do latim *homo* (homem) e *coedere* (matar), sendo identificado como a pessoa que mata outrem. Já passional é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para designar o que se faz por paixão, que por sua vez, segundo o dicionário Silveira Bueno, é um "sentimento excessivo; afeto violento; amor ardente; entusiasmo; objeto de afeição intensa; sofrimento prolongado; o martírio de Cristo". (BUENO, 2009, p. 131)

Segundo Luíza Nagib Eluf, em "A paixão no banco dos réus" (2003), paixão não é sinônimo de amor, pode decorrer do amor, sendo doce, ou do sofrimento, resultante de uma grande mágoa. É a paixão que move a conduta criminoso não deriva do amor, mas sim do ódio, do ciúme, da vingança, da possessividade, da frustração.

De acordo com o estudo de Paulo Roberto Cecarelli (2003), Platão entendia que as paixões traziam obstáculos, e por isso, defendia que as pessoas deveriam se defender, usar de força para defender-se de seus malefícios. Já para Aristóteles, a paixão seria um elemento intrínseco ao ser humano, que não deveria ser extirpado e nem condenado.

Roque de Brito observa que "no delito passional, a motivação constitui uma mistura ou combinação de egoísmo, de amor próprio, de instinto sexual e de uma compreensão deformada da justiça".

(BRITO, 1984, p. 18)

Assim, em termos gerais, o homicídio passional é o ato de matar alguém movido por um sentimento incontrolável, que pode ser tanto o amor quanto o ódio, mágoa ou ira, em decorrência de uma exaltação ou irreflexão desmedida. Surgem em decorrência de uma obsessão que ao ser contraposta por uma rejeição origina ódio que por sua vez, acarreta os atos de violência.

4.2 Evolução social e o homicídio passional

Na Antiguidade, somente os homens praticavam o homicídio passional, haja vista a figuração de “coisa” da mulher, totalmente dependentes de seus maridos.

Por serem vistas e tratadas como objeto destinado à manutenção do lar, havia um sentimento de posse imbuído na população masculina sobre suas mulheres ou companheiras que lhes fazia sentir detentores de um direito e até mesmo dever, de mantê-las a todo custo.

Um caso marcante no Brasil, apresentado por Luiza Eluf (2013), foi o homicídio praticado por Pontes Visgueiro em 14 de agosto de 1873. O crime foi perpetrado contra Maria da Conceição, menina incitada pela mãe a prostituir-se desde cedo, que despertou no autor do delito uma paixão avassaladora, ocasionando reiterados escândalos de paixão obsessiva e ciúme provocados por Visgueiro, então desembargador do Maranhão.

O ponto crucial para o desenrolar do homicídio foi o fato de Mariquinhas – apelido dado a Maria da Conceição – tornar-se suspeita de um furto ocorrido na casa do desembargador, que por sua vez, nutriu ódio por não ser obedecido e respeitado como sua autoridade exigia, ficando claro, o interesse meramente econômico que ela possuía.

Logo após o ocorrido, encomendou um caixão e planejou o crime. Mariquinhas foi atraída para casa do desembargador que com a ajuda de Guilhermino, segurou e amordaçou a vítima, derramando clorofórmio em sua boca. Desfalecida, Visgueiro solicitou que seu cúmplice se retirasse, e então desferiu em seu corpo golpes com um punhal. Depois de consumado o homicídio, colocou seu corpo no caixão previamente encomendado e a enterrou no quintal.

Após investigado, foi pronunciado pelo homicídio. Em sua defesa foi usada a tese de “desarranjo mental” face ao ciúme provocado pela mulher, contudo, esta tese não fora aceita pelo fato de ter planejado detalhadamente e com antecedência o crime e até mesmo o que faria com o corpo. O Supremo Tribunal de Justiça – órgão competente pelo julgamento na época – por unanimidade, decidiu pelo homicídio agravado para o qual, o Código Criminal de 1830 aplicava a pena de galés perpétuas. Por esta pena, os condenados tinham de cumprir trabalhos forçados, andar com uma argola no tornozelo e corrente de ferro. Todavia, por ter mais de sessenta anos o réu, sua pena foi substituída por prisão perpétua com trabalho.

Este caso evidencia o pensamento de posse dos homens, haja vista que mesmo sem ter nenhum relacionamento oficial com Mariquinhas, Ponte Visgueiro sentia-se no direito de tê-la só para si, independentemente da atividade que a sustentava: a prostituição. Ademais, verifica-se ainda, que o fato de não ser julgado pelo Júri, mas sim pelo Supremo Tribunal de Justiça, originou a condenação de um homem, o que não ocorria na época face ao suposto direito dos homens de terem para si as mulheres que queriam.

Outro caso que, contudo, diferencia-se deste, no que diz respeito ao resultado final foi o homicídio praticado por José de Almeida Sampaio contra o pintor José Ferraz de Almeida Júnior, que era seu primo. O fato criminoso decorreu da traição de Maria Laura do Amaral Gurgel com o primo de seu marido. Assim, após ver sua mulher

chegando com o amante, José de Almeida “tirou do colete uma faca desembainhada e cravou-a na clavícula esquerda de Almeida Júnior. Este levou a mão ao seu colete e dele tirou uma faca, mas não conseguiu atacar Sampaio”. (ELUF, 2013, p. 36). José de Almeida, ao ver a tentativa de José Ferraz em atacá-lo, disse “Não, você já não me pode matar! Você roubou-me a minha honra, mas não me rouba minha vida!” (ELUF, 2013, p. 37).

Por este fato, José de Almeida foi levado a Júri e foi absolvido por unanimidade. Isto posto, evidencia que nesta época, ainda prevalecia a honra do homem sobre o direito a vida. Quanto à participação da mulher na sociedade, tem-se em meados do século XX, uma alteração em seu papel devido a sua busca pela independência. Contudo, ainda assim, segundo Luiza Eluf “a história da humanidade registra poucos casos de esposas ou amantes que mataram por se sentirem traídas ou desprezadas”. (ELUF, 2013, p. 13)

A participação ínfima das mulheres como sujeito ativo deste delito, se deve, quase sempre, pela influência do poder econômico que os homens exercem sobre elas e por isso, são eles que com o sentimento de ter “comprado” suas esposas ou companheiras que se sentem no direito de matá-las quando traídos.

Um dos casos de maior repercussão no país que teve uma mulher como autora do homicídio ocorreu em 09 de outubro de 1950 em Botafogo, figurando como partes: Zulmira Galvão Bueno e seu marido, Stélio Galvão Bueno. Eles foram casados por cinco anos após um concubinato – figura ainda existente na época – de quinze anos. O fato criminoso teve como motivo a traição de Stélio. Assim, imbuída pelo sentimento de vingança, pegou a arma de seu marido e lhe desferiu dois tiros. Após entregar-se à Polícia, Zulmira foi pronunciada pela prática de homicídio qualificado pela traição, face à não aceitação do Ministério Público da tese de legítima defesa levantada pela ré. Em seu julgamento foi absolvida pelo Júri que entendeu ter ocorrido legítima defesa putativa - aquela que decorreu de engano, pois pensava estar na iminência de ser agredida pelo marido - e condenada a dois anos de detenção por ter excedido culposamente em sua conduta. Este julgamento, no entanto, foi anulado pelo Tribunal de Justiça por ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos. No segundo Júri, houve a mesma decisão, vencendo a tese da defesa de que ela agira por medo.

Esta decisão gerou enorme espanto e contrariou o que a sociedade da época acreditava: as mulheres eram subordinadas aos maridos e foram criadas para compreender as traições. Portanto, não caberia a elas atentar contra a vida daquele que a sustenta e possui uma necessidade humana que poderia ocasionar uma traição.

Agenor Teixeira de Magalhães, em sua tese apresentada no I Seminário Sergipano do Ministério Público em 1969, menciona que:

A sociedade sempre teve com a mulher adúltera grande rancor; a colocando em todos os tempos, com penas as mais atroz. [...] Enquanto as mulheres eram tratadas duramente, os homens o foram com grande complacência. Demóstenes dizia: 'Nós temos heteras para os nossos prazeres e concubinas para o serviço cotidiano, mas as esposas destinam-se a dar-nos filhos legítimos e a velar fielmente pelos negócios da casa.' (MAGALHÃES, 2014).

Destarte, face à igualdade ensejada pelas mulheres ser estabelecida constitucionalmente, hoje a sociedade julga com critérios isonômicos homens e mulheres no que diz respeito a qualquer prática delituosa, inclusive quando são ensejadas pela paixão.

4.3 Evolução legislativa

No Brasil, os primeiros registros legais que se têm sobre o homicídio passional, estão presentes na Lei Portuguesa aplicada no Brasil Colônia, que admitia o homem matar sua mulher e o amante nos casos de traição, o que não era cabível à mulher traída.

Em 1830, tem-se o primeiro Código Criminal do Brasil, que dispunha sobre o homicídio em seus arts. 192 a 194, sob a forma qualificada, simples e culposa, respectivamente. A pena para o homicídio qualificado, aquele dentre outros, cometido por incêndio ou uso de veneno podia ter a pena de morte, galés perpétuo ou de prisão com trabalho por vinte anos. Para o homicídio simples, previa a pena de galés perpétua ou de prisão com trabalho de doze a seis anos. Já para o culposo, era previsto a prisão com trabalho de dez a dois anos. Neste período, os crimes passionais enquadravam-se, quase sempre, como qualificado, mas a figura do homem traído ainda era considerada para absolvê-lo sob o motivo de ter sido realizado em defesa própria da pessoa ou de seus direitos ou em defesa de sua família, o que tornava o crime justificável e excluía a punibilidade.

Após a Proclamação da República do Brasil, foi elaborado e decretado o Código Penal de 1890 que, em seu art. 27, §4º, não considerava criminoso, os que se achavam em um estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato do crime. E eram assim considerados os agentes passionais, vez que tinham privado o autocontrole emocional.

O Código Penal de 1940, em vigor até hoje, elimina a excludente de ilicitude conferida aos agentes que estavam sobre "perturbação dos sentidos e da inteligência" (art. 27, §4º, CP de 1890), fazendo sua substituição pelo homicídio privilegiado. A partir de então, embasados pelo art. 28 do atual Código Penal, os delitos cometidos sob emoção ou paixão têm pena, mesmo que inferiores àquelas dos crimes praticados sobre plena consciência.

O homicídio em comento passou a ser enquadrado, após a promulgação do Decreto Lei 2848/40, como privilegiado, sob a justificativa do agente estar impelido por uma violenta emoção. Este era o entendimento da época, onde se buscava uma prerrogativa com a redução de um sexto a um terço da pena de seis a vinte anos, principalmente para os homens que cometiam homicídios em virtude de uma traição.

Nesta época, até meados de 1970, a sociedade ainda permanecia muito patriarcal, e o então, Conselho de Sentença, era composto exclusivamente ou em sua maioria, por homens, o que facilitou a elaboração da tese de legítima defesa da honra pelos advogados, onde segundo Luiza Nagib Eluf (2013), a infidelidade conjugal da mulher era uma afronta aos direitos do marido. Portanto, o marido, e somente ele, detinha o direito de lavar com sangue a traição que lhe ferira a honra.

Assim, a defesa, embasada pela legítima defesa da honra, conseguia que o autor do homicídio passional fosse, no máximo, condenado por seu excesso culposo o que ensejava o direito ao *sursis* (suspensão condicional da pena), cabível, em regra, nos crimes que possuem pena máxima de dois anos, desde que preenchidos os requisitos de não ser o réu reincidente em crime doloso, não ser admissível ou indicada a substituição da pena e desde que sejam observadas as circunstâncias judiciais em seu proveito.

A referida tese esteve presente em julgamentos até no século XXI, sendo, contudo, revogada pelo Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado em decisão do Egrégio Tribunal que casou a decisão do Júri e o acórdão da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que concederam a legítima defesa da honra sob a alegação da vítima possuir

comportamento desregrado e em desacordo com a vida de casada, sujeitando, assim, o recorrido a novo julgamento:

RESP. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. VIOLAÇÃO AO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 07 DO STJ. 1. Relata a denúncia haver o marido, incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, efetuado diversos disparos contra sua mulher, de quem se encontrava separado, residindo ela, há algum tempo (mais de 30 dias), em casa de seus pais, onde foi procurada, ao que parece, em tentativa frustrada de reconciliação, e morta. 2. A absolvição pelo Júri teve por fundamento ação em legítima defesa da honra, decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça, ao entendimento não ser aquela causa excludente desnaturada pelo fato de o casal estar separado, há algum tempo, e porque "a vítima não tinha comportamento recatado". 3. Nestas circunstâncias, representa o acórdão violação à letra do art. 25 do Código Penal, no ponto que empresta referendo à tese da legítima defesa da honra, sem embargo de se encontrar o casal separado há mais de trinta dias, com atropelo do requisito relativo à atualidade da agressão por parte da vítima. Entende-se em legítima defesa, reza a lei, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. 4. A questão, para seu deslinde e solução, não reclama investigação probatória, com incidência da súmula 7 do STJ, pois de natureza jurídica. 5. Recurso conhecido e provido. (BRASIL, STJ. Recurso Especial Nº 203.632 - MS (1999/0011536-8); Presidente e Relator Ministro Fernando Gonçalves, 2001).

Percebe-se que apesar do Júri admitir a legítima defesa, os tribunais de segunda instância, já vinham, desde a década de 90, reformando estas decisões, sob a alegação dos fatos não constituírem os requisitos da legítima defesa disposta no art. 25 do Código Penal de 1940. É o que pode ser corroborado pelo Acórdão do Exímio Tribunal do Amapá:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO - LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA - INOCORRÊNCIA - DECISÃO DOS SENHORES JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS - APELO PROVIDO À UNANIMIDADE - 1) Sendo a honra atributo personalíssimo, isto é, próprio e individual, não se deslocando da pessoa de seu titular para a de outrem, inexistente legítima defesa da honra na reação daquele que mata seu consorte por infidelidade conjugal, porquanto impossível considerar que o cônjuge traído, portando-se com dignidade e correção no convívio social, sinta-se desonrado. O cônjuge infiel é que se desonra. 2) O argumento de que o reconhecimento desta excludente de ilicitude não está alheio e despercebido de nossa realidade social em face o conceito popular de que entre nós, latinos, a honra ultrajada é a do cônjuge traído, não pode mais ser fomentada pelos operários do Direito no atual estágio da civilização, pois a ninguém é dado, em circunstâncias tais, decidir sobre a vida e morte de alguém por preconceitos culturais. 3) Se dos autos resulta que réu tinha pleno conhecimento de infidelidades pretéritas da vítima, patente a falta de atualidade e moderação na sua reação de, cruel e violentamente, espancá-la a ponto de consentir levá-la à morte por rotura de fígado e baço. (AMAPÁ, TJ. Apelação Criminal Nº 383/95; Relator: Juíza Convocada Sueli Pini, Data de Julgamento: 11/04/1995 - grifos acrescidos).

4.4 Homicídio passional nos dias de hoje

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que a Constituição Federal de 1988 traz a isonomia de homens e mulheres tanto em relação

a direitos, quanto a obrigações. Isso faz com que seja inadmissível a aplicação da legítima defesa da honra criada pelos advogados e, por conseguinte, não tem mais sido aceita nos Tribunais de nosso país.

Quanto à inaplicabilidade da defesa da honra, hodiernamente, Luiza Eluf (2013, p. 201), traz que “a honra é bem pessoal e intransferível; a mulher não porta a honra do marido ou vice-versa. Eventual comportamento reprovável por parte de um dos cônjuges não afeta o outro”.

Parte da doutrina atribui, nos dias de hoje, ao homicida passional o delito disposto no art. 121, §1º, CP, dito homicídio privilegiado. Contudo, esta denominação é fruto de criação doutrinária e jurisprudencial, haja vista que não se trata de privilégio, mas sim causa de diminuição da pena (minorante).

O privilégio ao homicídio surgiu após a reforma do Código Penal de 1980, eliminando o perdão que se dava àquele que matava em face de “perturbação dos sentidos e da inteligência”, usualmente aplicado aos homicídios passionais.

Nesta modalidade a lei penal diminui, em abstrato, os limites da pena (um sexto a um terço).

As hipóteses legais de privilégio apresentam caráter subjetivo. Relacionam-se ao agente, que atua imbuído por relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, e não ao fato. Assim, esta causa de diminuição não se aplica aos demais coautores ou partícipes, conforme art. 30, CP.

Em referência ao homicídio passional, insta explicar, por hora, apenas o fato de o agente estar sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Para tanto, cita-se as palavras de Rogério Grecco:

Quando a lei penal usa a expressão sob domínio, isso significa que o agente deve estar completamente dominado pela situação. Caso contrário, se somente agiu influenciado, a hipótese não será de redução de pena em virtude da aplicação da minorante, mas tão somente de atenuação. (GRECO, 2012, p. 146)

Hungria, explica que emoção “é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento”. (HUNGRIA, 1979, 131)

Luiza Eluf (2013) diferencia paixão da emoção, por esta ser uma reação súbita e passageira, enquanto aquela, um estado crônico, duradouro, obsessivo. Entretanto, ambas não chegam a anular a consciência, motivo pelo qual, devem ser punidos os atos cometidos sob suas influências.

Por fim, Greco traz que a expressão *logo em seguida*, refere-se a uma proximidade com a provocação injusta a que fora submetido o agente. E Hungria aclara quanto à locução injusta provocação que “deve ser apreciada objetivamente, isto é, não segundo a opinião de quem reage, mas segundo a opinião geral”. (HUNGRIA, 1979, 131)

Na jurisprudência encontra-se posicionamento favorável ao cabimento do homicídio privilegiado para os delitos tidos como passionais, apesar de ser incomum. É o que se observa na decisão do Tribunal do Paraná onde, apesar de ser declarada a extinção da punibilidade face à prescrição, o Júri caracterizou o crime como o disposto no art. 121, §1º do Código Penal, sendo mantida a sentença neste ponto sob a alegação de ser possível entender o relevante valor moral como incidente em alguns casos, como neste em comento, se considerar que em 1987 – quando ocorreu o fato –, “os valores éticos e familiares possuíam uma postura mais conservadora, mas rígida e não se submetiam às deturpações atuais”, conforme afirmação do Exmo. Des. Gil Trotta Telles, na decisão infra:

JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO-PRIVILEGIADO. PRIVILÉGIO DO RELEVANTE VALOR MORAL. PERTURBAÇÃO DA SAÚDE MENTAL POR DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO. RECONHECIMENTO, PELOS JURADOS, DA QUALIFICADORA, MAS TAMBÉM DE AMBAS AS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VEREDICTO DOS JURADOS CONSIDERADO EM MANIFESTA CONTRADIÇÃO COM A PROVA DOS AUTOS, PORÉM UNICAMENTE NO TOCANTE AO “PRIVILEGIUM”. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. PRONÚNCIA PUBLICADA EM 21-8-1987 E CONDENAÇÃO INFLIGIDA EM 6-7-2004. PENA IMPOSTA INFERIOR A DOZE ANOS. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. 1. Posto a apelação tenha amparo no art. 593, III, d, do CPP, havendo a Acusação, nas razões recursais, manifestado sua insurgência tão-somente quanto à admissão, pelo Conselho de Sentença, do privilégio do relevante valor moral, delimitado está, assim, o âmbito recursal, não podendo o Tribunal conhecer do recurso também quanto à aceitação da outra causa de diminuição de pena. 2. Tendo a ré, quando interrogada na Polícia, afirmado que o ofendido havia trinta dias a vinha agredindo, bem como mantendo relacionamento amoroso com outras mulheres e chegando em casa pela madrugada, com marcas de batom, sendo a última assertiva confirmada por testemunhas ouvidas na instrução criminal, não se deve considerar manifestamente contrária à prova dos autos, no ponto, a decisão do Conselho de Sentença, porquanto o companheiro sequer teria querido conversar com ela a esse respeito no dia do crime, e a situação vinha atingindo, inclusive, o filho menor do casal. 3. Declara-se extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa, nos termos dos artigos 109, III, 110, § 1º, e 107, IV, do CP, quando, entre a publicação da pronúncia, última causa interruptiva, e a realização do Júri, mais de doze anos são decorridos. (PARANÁ, TJ. Apelação Criminal nº 173.624-5; Relator: Des. Gil Trotta Telles, Data de Julgamento: 09/05/2005).

Apesar de decisões neste sentido, poucos são os que aplicam o art. 121, § º, CP aos homicidas passionais. Luiza Eluf, traz sua posição quanto à impossibilidade desta aplicação:

A violenta emoção, como já visto, somente poderá atenuar a pena imposta se a reação do agente ocorrer logo em seguida a injusta provocação da vítima. Tal situação é difícil de se configurar nos casos de crime passional, pois a paixão não provoca reação imediata, momentânea, passageira, abrupta. A paixão que mata é crônica e obsessiva; no momento do crime, a ação é fria e se revela premeditada. O agente teve tempo para pensar e, mesmo assim, decidiu matar. Na grande maioria das vezes, não há nenhuma “provocação” da vítima, mas apenas a vontade de romper o relacionamento, o que não pode ser considerado “provocação”. O desejo de separação ou eventuais críticas ao comportamento do companheiro ou namorado não podem ser considerados suficientes para causar a “violeta emoção” que ameniza a punição de condutas homicidas. (ELUF, 2013, p. 209)

Outra parte, contudo, enquadra o homicídio passional como homicídio qualificado, disposto no §2º do art. 121, do CP. Tem-se que o mesmo fora cometido por motivo torpe (inciso I) ou fútil (inciso II), caracterizando o delito como hediondo (Lei n. 8072/90). Salienta-se, em princípio, a impossibilidade de se cumular ambas qualificadoras.

Fútil, seria algo insignificante, irrelevante, ou seja, há um abismo entre o motivo e à prática do homicídio.

Luiza Eluf, assevera que alguns julgados consideram o ciú-

me como motivo fútil, mas não é pacífico o entendimento e para sanar possíveis dúvidas quanto a futilidade e torpeza, trouxe um acórdão do Egrégio Tribunal de São Paulo que teve por Relator Des. Onei Raphael:

A futilidade deve ser apreciada segundo quod prelumque accidit. O motivo é fútil quando notadamente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do homo medius em relação ao crime de que se trata. Se o motivo torpe revela um grau de particular perversidade, o motivo fútil traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral. (ELUF, 2013, p. 189)

Torpe, segundo Rogério Greco é "o motivo abjeto que causa repugnância, nojo, sensação de repulsa pelo fato praticado pelo agente", ou seja, decorre de um sentimento de ódio, vingança, vilania. (GRECO, 2012, p. 152). Dentre as principais causas para a prática do homicídio passional, segunda Luiza Eluf (2013), estão o ciúme, o egocentrismo, a possessividade, a prepotência, o que, para alguns, descaracterizaria a futilidade do homicídio, haja vista, que para o autor do delito, a perda da outra pessoa ou sua desonra seriam motivos extremamente relevantes e, sobretudo, justificantes de tal atitude.

Luiz Ângelo Dourado (1967), assevera que o homicida passional é narcisista e, por isso, seria torpe a sua atitude. Quanto a isso diz que "o narcisismo é o enamoramento de si mesmo. [...] O narcisista exige a admiração ou o amor dos outros. Assim, não acontecendo, julgar-se-á desprezado, morto, destruído, liquidado". Desta forma, acabar com a vida de outro justificando com a paixão, só podem resultar do narcisismo e da frustração que originou rancor, vingança e ódio pela perda da pessoa amada.

Destarte, a qualificadora mais aceita é a torpeza. O criminoso ao matar, quer de fato, impedir que o outro siga sua vida com outrem. O Tribunal de Justiça de São Paulo tem vasta jurisprudência no sentido de que ocorre a qualificadora do motivo torpe se o acusado, se sentindo desprezado pela amásia, resolve vingar-se, matando-a. Sendo qualificado o homicídio, é também caracterizado como hediondo, recebendo assim, tratamento mais severo. Deste modo não é passível de anistia, graça ou indulto, fiança, liberdade provisória e a progressão estipulada é de 2/5 para primário e 3/5 para reincidente.

Certo é, portanto, que o modo com que o homicídio passional é praticado nos dias de hoje explicita o modo como o qual a sociedade observa a prática de crimes passionais, em especial, o homicídio, não concedendo benefícios ou isenções de culpa e inadmitindo sua prática.

5 CONCLUSÃO

Os crimes, de modo geral, sempre existiram em nossa sociedade desde os tempos mais remotos. Os passionais também se fizeram presente face aos sentimentos que imbuem às pessoas gerando, por diversas vezes, um ato violento decorrente de um amor exacerbado que origina o sentimento de posse ou direito de defender sua honra.

Por muito tempo, o teatro e cinema trouxeram casos que tinham a paixão como motivador à prática do homicídio, mas tratando-a como um fato belo, ligado ao amor que sentia pelo outro. Isso desenvolveu na sociedade uma tolerância, fazendo com que surgissem inúmeras sentenças absolutórias.

A fim de se averiguar o modo com o qual foi se decidindo sobre o homicídio passional no Brasil, fez-se necessário observar

o instituto do Tribunal do Júri, responsável por assegurar que membros da sociedade, sem entendimento jurídico, dessem sua opinião sobre os casos que foram levados à plenário.

A figura deste Tribunal como julgador do crime de homicídio teve início com a Constituição de 1824 que o consagrava como parte do Poder Judiciário e com competência para julgar todas as infrações penais e para fatos civis.

Inicialmente, o posicionamento da sociedade para com os autores do homicídio passional era de total aceitação, principalmente, se estes fossem homens e, por conseguinte, estivessem sob um "direito" ao defender sua honra em caso de traição ou ao exigir que sua mulher, tida como objeto, permanecesse ao seu lado, independente de qualquer motivo.

Neste sentido, por muitos anos, foi utilizada a legítima defesa da honra, criação de advogados que ao se verem sem a excludente de ilicitude dos agentes que estavam sob perturbação dos sentidos e da inteligência ao cometerem um delito, tiveram necessidade de implantar uma nova tese para defesa de seus clientes, ainda em sua maioria, homens.

Com a evolução da sociedade, o Júri não mais via com complacência os homicidas passionais e, portanto, não mais decidiam por aplicar o homicídio privilegiado, mas sim o qualificado por motivo torpe, tendo em vista que o sentimento dos sujeitos que praticam este delito é o de levar à extinção àquele que lhe causou dor, gerando assim, repúdio aos atos cometidos.

É claro que a paixão pode ser utilizada para perdoar a prática de um delito, mas não para explicá-lo, seja ele cometido por mulher ou homem. Isso é o que acontece nos dias de hoje, onde a sociedade não aceita a justificativa passional para se retirar a vida, direito fundamental presente na Constituição Federal.

É inadmissível que alguém se valha de um sentimento que origina uma posse sobre outrem para pôr fim à vida de uma pessoa. Este posicionamento, entretanto, só foi tomando força nos tribunais do país a partir do momento em que todos se reconheceram como figura possuidora de direitos e deveres e não devendo, por conseguinte, submeter-se ao outro, se não em virtude de lei. Isto posto, resta claro que a evolução legislativa, bem como as decisões judiciais de homicídios passionais acompanharam a evolução social da população brasileira.

6 - REFERÊNCIAS

AMAPÁ. *Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 383/95*. Apelante: Justiça Pública. Apelado: José Pery dos Anjos Lobato. Relator: Juíza Convocada Sueli Pini. Macapá, 24 de maio de 1995. Disponível em: <<http://app.tjap.jus.br/tucujuris/publico/jurisprudencia/index.xhtml>>. Acesso em: 10. Mar. 2014.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 203.632-MS. RESP. JÚRI. LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA. VIOLAÇÃO AO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA 07 DO STJ. Recorrente: Aparecida Neli Sampaio Lopes. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 19 de abril de 2001. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_203632_MS_1267703723953.pdf?Signature=zU8CCj6JMluyMJqMol-LO4g7h9JU%3D&Expires=1397591226&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEM-ZACAXCMB&response-content-type=application/pdf>. Acesso em: 15. Abr. 2014.

BRITO, Roque de. *Ciúme e crime*. Recife: Ed. Fasa/Unicap, 1984.
CECARELLI, Paulo Roberto. *A contribuição da Psicologia Fundamental para a Saúde Mental*. Rev. Latinoa de Psicop. Fund., São Paulo, VI, I, março 2003, 13-25. Disponível em: <http://www.ceccarelli.psc.br>. Acesso em: 15. Abr. 2014.

COTES, Paloma. *Assassinos ainda lavam a honra com sangue e são absolvidos na Justiça*. Diário Vermelho, São Paulo, 9 jul. 2004. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/diario/2004/0209/0209_lavar_honra.asp>. Acesso em: XX de XX de XX.

DOURADO, Luiz Ângelo. *Psicologia criminal: o crime passional e suas relações com o narcisismo*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. Ed. Alba, n. 17, junho de 1967.

ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus: casos passionais célebres: de Pontes Visgueiro a Lindemberg Alves*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ELUF, Luiza Nagib. *Crime passional: os casos de crime passional que chegam aos tribunais mostram peculiaridades de gênero na ocorrência desse tipo de homicídio*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0510200609.htm>>. Acesso em: 07. Fev. 2014.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 9. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal* – arts. 121 a 136. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. V

KHADER, Eliana. *História do Tribunal do Júri: a origem e a evolução no sistema penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4e0d5d15-dcef-412a-b09f-2da986081186&groupId=10136>. Acesso em: 30. out. 2013.

MAGALHÃES, Agenor Teixeira de. *Tese apresentada no I Seminário Sergipano do Ministério Público*. Publicada na Revista do Conselho Penitenciário Federal de julho a dezembro de 1969.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NÚCLEO de bibliotecas. *Manual para elaboração e apresentação dos trabalhos acadêmicos*: padrão Newton Paiva. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2011. Disponível em http://newton.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Manual_aluno/Manual_Normalizacao_Newton_2011.pdf. Acesso em: 01 de novembro, 2013.

PARANÁ. *Tribunal de Justiça*. Apelação criminal nº 173.624-5. Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná. Apelado: Noeli Duarte dos Santos. Relator: Des. Gil Trotta Telles. Curitiba, 9 de junho de 2005. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1438105/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-173624-5>>. Acesso em: 10. Mar. 2014.

PINTO, Luísa Fragoço Pereira. *História do Tribunal do Júri: a origem e a evolução no sistema penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c3c64982-cc8a-4364-b36e-0b57aba2c7cc&groupId=10136>. Acesso em: 20. Out. 2013.

NOTAS DE FIM

1 Advogada. Graduada em Direito no Centro Universitário Newton Paiva.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Processo Civil Aplicado pelo CEAJUFE/IEJA. Bacharel em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Professor Assistente e Pesquisador em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Auxiliar e Pesquisador em Direito da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor Assistente e Pesquisador em Direito do Centro Universitário UNA. Professor Adjunto e Pesquisador em Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). Membro associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPE-DI). Membro da Associação Brasileira de Sociologia do Direito e Filosofia do Direito (ABRAFI). Integrante dos Grupos de Pesquisas: Direito, Constituição e Processo "Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior" e Direito, Sociedade e Modernidade "Professora Doutora Rita de Cássia Fazzi".

TEORIAS DA CRIMINALIDADE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

CARLOS MAGALHÃES¹

RESUMO: O presente artigo apresenta uma avaliação crítica das teorias sociológicas do crime que levam em consideração a noção positivista de criminalidade. Pretende-se mostrar que as teorias positivistas que diferenciam os criminosos dos não criminosos e identificam essa diferença com a explicação da motivação individual para a prática do crime, cometem um erro que dificulta a compreensão do fenômeno. A sociologia positivista do crime falha por não reconhecer a reação social como o processo que define algumas condutas como criminosas.

PALAVRAS-CHAVE: Crime, criminalidade sociologia, desvio, reação social.

ABSTRACT: This article presents a critical assessment of sociological theories of crime that take into account the positivist notion of criminality. The aim is to point out that the positivist theories that differentiate criminals and non-criminals and identify this difference with the explanation of individual motivation for the criminal behavior, make a mistake that complicates the understanding of the phenomenon. The positivist sociology of crime faults for not recognizing the social reaction as the process that defines some conducts as criminal.

KEYWORDS: Crime, criminality, sociology, deviation, social reaction.

ÁREA DE INTERESSE: Criminologia; Sociologia Jurídica, Teoria Social.

1 - INTRODUÇÃO

Os estudos discutidos a seguir partem da suposição de que criminosos são essencialmente diferentes de não criminosos e que é possível encontrar nessa diferença a explicação da motivação para a conduta desviante ou criminosa. Os conceitos de cultura, estrutura social, socialização, internalização e sua influência na conduta são usados, ainda que de maneiras diferentes, para alcançar o mesmo resultado. Isto é, as especificações de como se constituem as diferenças entre os indivíduos conformistas e não conformistas e as explicações de como essas diferenças dão origem ao comportamento desviante ou criminoso. Nesses estudos, é inevitável o raciocínio que considera a existência de uma ordem normativa abstrata (seja ela universal ou subdividida) que é internalizada pelos membros da sociedade via socialização. Quando a ordem normativa é entendida como universal, haveria uma socialização contraditória, provocada pela anomia, que provocaria a resposta desviante. Nos casos em que a ordem normativa é entendida como fragmentada, haveria uma socialização positiva para objetivos e práticas desviantes ou criminosas. De uma forma ou de outra, a conduta desviante ou criminosa observável empiricamente seria consequência da motivação constituída pela internalização diferenciada de normas e valores.

Não nos aprofundaremos no mérito dessa questão, ou seja, não discutiremos em detalhes a existência ou não dessas diferenças, bem como não discutiremos até que ponto seria importante para o entendimento da conduta desviante ou criminosa a identificação de diferenças entre membros conformistas e não conformistas da sociedade. No entanto, acreditamos que o entendimento sociológico da ação social é mais preciso quando se evita a utilização de variáveis de ordem psicológica ou biológica, o que é inevitável quando está presente a preocupação com a identificação da criminalidade ou da periculosidade.

2 - ESTRUTURA SOCIAL, CULTURA E CRIME

Iniciaremos com Robert K. Merton (1958) que, em sua "abordagem sistemática das origens sociais e culturais do desvio e do crime", tem como preocupação principal a descoberta de como algumas estruturas sociais exercem uma pressão específica sobre certos membros da sociedade motivando-os a se engajarem em comportamentos não conformistas. A ideia é a de que uma vez descobertos os grupos particulares que sofrem a mencionada pressão, seria possível esperar níveis altos de comportamento desviante entre seus integrantes.

De acordo com a teoria mertoniana, há um desequilíbrio em algumas sociedades, como a norte-americana, caracterizado pelo fato de que se coloca uma ênfase muito grande na necessidade de alcance de certas metas culturais relacionadas com o sucesso pessoal (representado pela aquisição de bens e prestígio) e pouca ênfase na exigência de que sejam utilizados os meios considerados normativamente corretos ou legais para se conquistar o sucesso. Esse desequilíbrio produziria anomia, ou seja, uma situação em que a realização dos objetivos se justificaria mesmo nos casos de utilização de meios inadequados. Aqueles indivíduos que internalizaram os objetivos culturais, mas que não têm acesso aos meios considerados legítimos de alcançá-los (e que não internalizaram os controles normativos relacionados ao uso dos meios), podem ser empurrados para o uso de meios ilegítimos, como a fraude e o crime. Pode-se dizer que a desorganização resultante da existência de metas culturais universalmente válidas (e universalmente internalizadas), da escassez dos meios considerados legítimos de realização das metas e da fraqueza ou ausência de controles normativos sobre a utilização dos meios, exerce sobre alguns indivíduos, principalmente membros das classes mais baixas, uma pressão que os leva ao desvio e ao crime. Quanto à pressão sobre os indivíduos, vale destacar que a sua fonte é estrutural, pois as alternativas de conduta se constituem no nível da estrutura social, são características da posição estrutural e não

de indivíduos (STINCHCOMBE, 1986: p.308).

Richard Cloward e Lloyd Ohlin (1970) apresentam uma interessante crítica às proposições de Merton. Segundo esses autores, Merton considera que os meios legítimos são escassos, mas os ilegítimos estariam à disposição de qualquer um que por eles optasse. No entanto, Cloward e Ohlin consideram que os meios ilegítimos também são escassos. Estariam à disposição do indivíduo apenas em situações específicas. Para Cloward e Ohlin a disponibilidade relativa de meios ilegítimos afeta a escolha do desvio ou do crime como modo de vida. O tipo de comportamento adotado por um indivíduo depende de qual tipo de atividade é suportado pelo segmento da estrutura social ao qual pertence.

É essencial que o indivíduo que se interessa pelos meios ilegítimos tenha acesso a uma subcultura onde se realizem a socialização, o aprendizado e a aquisição de técnicas e valores necessários para o desempenho do papel desviante. Este aprendizado acontece a partir do momento em que os criminosos mais experientes se associam aos jovens candidatos à atividade criminosa. Em uma subcultura, teríamos um sistema de socialização dos futuros criminosos aliado a um ambiente que possibilitaria o exercício efetivo do papel.

A subcultura delinquente seria responsável também pela reformulação das metas e objetivos culturais aos quais os indivíduos estariam expostos. Em cada subcultura as metas teriam uma forma específica e se diferenciariam das metas próprias da cultura dominante. Não existiriam, como queria Merton, metas universalmente válidas para a sociedade de um modo geral. É possível dizer que a motivação para a delinquência e o crime é diferente de uma subcultura para outra, dependendo do conteúdo de cada uma delas.

É comum às duas abordagens, e é isto que nos interessa nesta análise, a ideia de que a conduta criminosa é motivada por fatores sociais independentes da vontade individual. O indivíduo torna-se propenso ao crime, de acordo com Merton, porque a contradição, provocada por sua posição na estrutura social, entre a internalização de metas culturais relacionadas ao sucesso pessoal e a ausência dos meios legítimos de alcançá-las o conduzem para a adaptação desviante. Segundo Cloward e Ohlin, é necessário acrescentar apenas que o indivíduo, além de não ter acesso aos meios legítimos, deve se encontrar em uma subcultura que possibilite o aprendizado necessário para o acesso aos meios ilegítimos, e que nessas subculturas os objetivos podem ser alterados.

Uma abordagem que, apesar de se diferenciar significativamente das anteriores, compartilha com elas alguns aspectos importantes, é a que Walter B. Miller (1970) faz da cultura de classe baixa (*lower class culture*). O autor seleciona um tipo específico de delinquência (atos de violação da lei cometidos na rua por adolescentes de classes baixas) para mostrar que a motivação desses atos encontra-se em uma tentativa apresentada pelos jovens de aderir a formas de comportamento e atingir padrões de valor que são definidos pela própria comunidade da qual fazem parte. No caso da delinquência de gangues, o sistema cultural que exerce maior influência na modelagem do comportamento dos atores é o da própria comunidade de "classe baixa". Postula-se a existência de um sistema de elementos culturais tradicionais, até certo ponto autônomo, diferente do sistema cultural próprio das classes afluentes. É importante ressaltar que é diferente, mas não é antagônico no sentido de se dirigir contra os valores da classe afluente. Miller parte dessas premissas para empreender um estudo empírico do que chama de "preocupações focais da cultura de classe baixa". Essas "preocupações focais" representariam um modo de vida, um conjunto de valores e de padrões de comportamento específicos e distintos do que se poderia chamar de uma cultura dominante própria das clas-

ses afluentes. O mais importante, na verdade, não é o fato de serem distintas. Outros grupos podem ter valores parecidos. O que define a cultura de classe baixa é o peso específico de cada elemento e a intensidade com que cada um é observado. É a hierarquia específica de importância que vai determinar um modo de vida particular.

A motivação para o comportamento desviante se desenvolve na medida em que o pertencimento ao grupo é alcançado através da demonstração de conhecimento e da disposição para acatar e internalizar os padrões e valores que são mantidos pela comunidade. Assim, um indivíduo conquista o pertencimento agindo em conformidade com as "preocupações focais" de sua subcultura. A partir do momento em que se conforma às exigências do seu grupo, valores de outros grupos podem ser agredidos. É importante ressaltar, em fidelidade à teoria, que o indivíduo está todo o tempo se conformando aos valores na forma como eles são definidos pela classe baixa. A violação de valores de outros grupos é um preço que se paga pela inclusão na comunidade. Os crimes cometidos pelas pessoas de classe baixa passam a ter, então, outra explicação. Deixam de ser o resultado de uma estratégia inovadora utilizada para conquistar bens que são valorizados pela cultura dominante. De fato, para Miller, a prática de crimes pelos membros da classe baixa é motivada pela tentativa de atingir fins, estados e condições que são valorizados – e evitar os que são desvalorizados – pelo meio cultural mais próximo e significativo. Em ambientes onde os valores mantidos pelas diferentes classes sociais são divergentes, a conformidade dos membros da classe baixa com seus próprios valores pode parecer uma afronta direta aos padrões de classe média. No entanto, segundo Miller, a violação de valores da classe média não é a motivação principal dos atos, é apenas um subproduto de ações primariamente voltadas para o sistema de "preocupações focais" da própria classe baixa. Não por acaso, a teorização desenvolvida por Miller é conhecida como perspectiva do desvio cultural, pois o seu objeto não é o desvio individual, mas o desvio de toda uma subcultura em relação à cultura dominante.

Embora significativamente influenciados por alguns aspectos da sociologia durkheimiana, os autores discutidos anteriormente não atentaram para as implicações resultantes da tese da normalidade do crime. Buscaram compreender a constituição da motivação para o comportamento criminoso relacionando-a causalmente com aspectos estruturais e/ou culturais da sociedade abrangente ou de grupos circunscritos. Tais características, que seriam internalizadas via socialização por alguns indivíduos, explicariam a propensão para o crime, a criminalidade ou periculosidade. Mantiveram-se, assim, presos ao fundamento da criminologia positivista lombrosiana que buscava explicar o crime por meio da explicação da criminalidade. A opção pelas teorias da criminalidade faz com que esses autores desenvolvam abordagens corretivas, como diria Matza. Os criminosos são vistos como pessoas diferentes dos não criminosos. Com esse ponto de partida, perde-se a possibilidade de uma compreensão mais profunda da experiência criminal, perde-se a oportunidade da apreciação, tal como sugerida por Matza. As implicações desta opção serão discutidas ao final deste artigo.

3 - AUTOCONTROLE

Uma abordagem interessante do problema do crime é aquela proposta por Gottfredson e Hirschi (1990). Identifica-se claramente o problema representado pelo pressuposto positivista de que é necessário explicar a constituição da motivação criminal ou criminalidade. Mas, em vez de rejeitar a ideia, os autores preferem reformulá-la.

Para Gottfredson e Hirschi, de acordo com as premissas da

Escola Clássica (representada, principalmente por J. Bentham e C. Beccaria), criminosos são pessoas que estão procurando intencionalmente alcançar seus objetivos sem fazer muitos esforços. Esse fato, por si mesmo, não os diferencia dos não criminosos. O problema se torna mais complexo na medida em que qualquer sociedade controla de alguma maneira o comportamento de seus membros de acordo com os interesses da coletividade. Alguns tipos de conduta, que podem ser muito racionais do ponto de vista de um indivíduo, são prejudiciais para a sociedade. O uso da força e da fraude, além dos prejuízos óbvios para as vítimas individuais, compromete de várias maneiras a vida coletiva. Assim, algumas condutas tornam-se alvos de sanções aplicadas pela sociedade e pelo Estado.

Quando é aplicada a um comportamento que é racional do ponto de vista de um indivíduo, mas irracional do ponto de vista da coletividade, a sanção tem a finalidade de alterar o equilíbrio dos custos e benefícios de uma dada alternativa de ação, com o objetivo de desestimulá-la ou incentivá-la. Segundo Gottfredson e Hirschi (1990), autores ligados à Escola Clássica passam desse ponto para o estudo de políticas de controle do crime através da análise da manipulação dos custos e benefícios das alternativas de ação. Entretanto, para a sociologia, haveria um problema anterior, que deveria ser compreendido: por que indivíduos diferentes reagem de maneiras diferentes às sanções aplicadas a um comportamento? Neste ponto os autores lançam mão de uma suposição elementar da escola positivista: criminosos são, de alguma maneira, diferentes de não criminosos. No entanto, rejeitam a concepção convencional dos positivistas.

Antes, porém, de propor uma nova explicação para essa diferença, os autores perguntam quais as propriedades formais dos crimes, quais são as condições necessárias para sua ocorrência, o que acontece quando as pessoas tentam perseguir seu interesse através da força e da fraude, quais prazeres e gratificações são alcançados por meio dos crimes, qual é a conceituação apropriada do crime e, por fim, o que o crime nos diz sobre o criminoso. Estas perguntas seriam necessárias porque a descrição do que diferencia o criminoso só pode ser obtida, de acordo com Gottfredson e Hirschi (1990: p. 115), a partir da análise dos padrões recorrentes presentes nos crimes realmente acontecidos. Só assim seria possível construir uma teoria coerente com os dados empíricos conhecidos. Dados que desafiarão a imagem do criminoso construída a partir das teorias socioculturais da sociologia do crime positivista, isto é, um ser socialmente constituído que teria aprendido técnicas e habilidades e sido exposto, através da socialização, a valores e normas desviantes.

Segundo Gottfredson e Hirschi (1990), crimes são acontecimentos corriqueiros, mundanos, que envolvem pequena perda para a vítima e menor ganho para o agente. Esses eventos têm uma distribuição espacial e temporal bastante previsível, não exigem preparação especial, não deixam muitas consequências, e frequentemente não produzem os resultados pretendidos pelos autores. Através de dados oficiais e surveys de vitimização, os autores concluem que o crime mostra um padrão mais consistente com as atividades recreacionais dos jovens do que com as atividades vocacionais dos adultos. Mostram que não há inclinação para o dispêndio de esforço em relação à atividade criminosa, que vítimas são pessoas em situação vulnerável e que evitar a detenção faz parte do cálculo do agente.

Os autores procuram mostrar que habilidades especiais não são exigidas para a prática de um crime. Crimes como roubo, estupro e homicídio exigiriam apenas a aparência de força física superior ou a posse de algum instrumento de força (armas). Crimes contra propriedade podem exigir força física e destreza, mas, na maioria dos casos, nada mais que o que se exige para as atividades rotineiras da vida. A maioria dos crimes aconteceria em locais próximos à

residência do agente – o arrombador geralmente anda pela casa do crime e percebe a oportunidade –, além disso, procura casas que estejam abertas e se concentra em bens portáteis independentemente do valor que tenham no mercado.

Finalmente, os autores analisam as condições necessárias para a ocorrência de um crime. Neste ponto pretendem fazer a articulação entre a definição de crime que buscam nos clássicos, os padrões empíricos da atividade criminosa e a noção de criminalidade, ou de propensão individual para a prática de crimes. De uma definição de crime, que foi esboçada acima, deduzem um perfil do criminoso. Para fazer a articulação, trabalham com a “abordagem das atividades rotineiras” (*routine activity approach*) de Cohen e Felson (1979). Nesta perspectiva, crimes requerem um ofensor motivado, ausência de vigilância eficiente e alvos disponíveis². Gottfredson e Hirschi afirmam que tentar entender a motivação dos autores de crimes, antes de compreender os outros dois requisitos, é um dos grandes equívocos da criminologia moderna. A partir dos padrões que são identificados em relação a crimes concretos, deduzem uma imagem do tipo de motivação necessária.

Em vez de usar as explicações tradicionais apresentadas pelos autores positivistas, que criariam um criminoso fictício, um indivíduo completamente socializado no sentido de valores e normas desviantes, Gottfredson e Hirschi utilizam, como foi dito, a noção de autocontrole (*self-control*). Pessoas diferem quanto ao grau de autocontrole que apresentam. Essa diferença teria fundamentos sociais (tipo de educação recebido, por exemplo) e seria um fator interno. Enquanto as sanções exercem um controle externo. A diferença é que os positivistas acreditam que o crime é um comportamento causado por forças externas (biológicas ou sociais) responsáveis pelas diferenças entre criminosos e não criminosos. Para Gottfredson e Hirschi, no entanto, de acordo com a influência da Escola Clássica, o crime é um tipo de comportamento que surge naturalmente se não for adequadamente desestimulado. O autocontrole é algo que deve ser inculcado através da educação e do treinamento. É tarefa da sociedade, por meio da socialização, fazer com que os indivíduos se comportem de acordo com os interesses da coletividade.

Para os autores, o crime não pode surgir a partir de processos de socialização simplesmente porque criminosos são indivíduos antissociais desde a infância. Por esse motivo, não se submetem facilmente ao controle social, têm pouca disposição para o comportamento em grupo, são egoístas. Não se ligam fortemente a outras pessoas ou a projetos coletivos. O crime é, portanto, resultado de uma socialização imperfeita, que foi incapaz de inculcar o autocontrole. Todo o comportamento futuro do indivíduo é influenciado por essa falha inicial. A explicação subcultural, ao desprezar os dados empíricos, tende a construir um criminoso especializado. A possibilidade do crime é dada pelo contexto específico da subcultura que permite o aprendizado de técnicas e habilidades específicas. Para Gottfredson e Hirschi, criminosos são versáteis e não se especializam porque são pessoas orientadas para o presente. Sempre procuram a opção mais fácil e imediatamente disponível. Não têm qualquer compromisso com cursos pré-definidos de ação. A especialização não acontece e nem é necessária porque o crime é um comportamento que não exige habilidades especiais. Não há necessidade de uma socialização para o crime, como indicariam os padrões recorrentes encontrados.

O fato é que a maioria das variáveis consideradas como causadoras de crimes pelas teorias positivistas passam a ser vistas como efeito de uma mesma causa: o baixo autocontrole. O desemprego, para Gottfredson e Hirschi, não se relaciona causalmente com o crime. Na verdade, criminosos têm dificuldade de conseguir empregos por causa do baixo autocontrole, não se interessam por

atividades disciplinadas que exigem adiamento de satisfações. O mesmo é verdade para o papel do casamento, do namoro, ou da escola. A ausência de laços sociais não é responsável pelo crime. É o criminoso que tem dificuldade de manter esses laços. Da mesma forma, o fraco desempenho escolar não leva à opção pelos meios ilegítimos. É o criminoso que não se adapta à disciplina imposta pela escola. Criminosos têm dificuldades de manter laços estáveis com pessoas ou instituições. O baixo autocontrole aparece cedo, na infância, e a partir daí determina o sentido das ações individuais, é a variável causal que está por trás de uma variedade de comportamentos. Crime, delinquência, desvio, pecado, acidentes de trânsito, divórcio, instabilidade no emprego, tudo isso, seria resultado da ausência de autocontrole.

É inegável que as críticas apresentadas por Gottfredson e Hirschi são importantes e apontam para problemas reais da teoria positivista do crime. Essas teorias colocariam uma ênfase excessiva em categorias macrossociológicas e desprezariam a escolha individual como fator que pode levar ao crime. As críticas à socialização, entendida como um processo completo e sempre bem sucedido, a recolocação do problema da carreira criminosa e da especialização, a desmistificação do papel dos grupos, são pontos que merecem atenção. Por outro lado, é preciso notar a tendência que está presente no trabalho de Gottfredson e Hirschi de substituir todas as variáveis da criminologia positivista pela noção de autocontrole.

O criminoso seria um indivíduo mal socializado, que não internalizou, por meio da educação, elementos que proporcionariam o autocontrole. O crime não é produzido socialmente, como nas teorias sociológicas positivistas. O crime é um comportamento natural que deve ser evitado pela coletividade. Quando os meios de se evitar o crime não são adequadamente usados, há uma boa probabilidade de ocorrência do comportamento criminoso. A existência de valores, de normas próprias de grupos marginais, de processos positivos de aprendizado de habilidades necessárias para o crime é negada. Na verdade, o criminoso é um ser socialmente imperfeito. Não é capaz de processar todas as informações presentes no ambiente onde age. Não lida de maneira adequada com a existência de sanções referentes ao comportamento criminoso e, principalmente, com o fato de que todos os prêmios para comportamento conformista e disciplinado se encontram no futuro.

Um dos aspectos que podemos questionar em relação à abordagem de Gottfredson e Hirschi é a intenção de se construir um conceito de sociedade em que os padrões de comportamento não são diferentes de um grupo social para outro. É válido perguntar se o autocontrole é a mesma coisa para os diferentes estratos sociais. Se essa categoria realmente invalida a noção de grupos subculturais. Acreditamos que é mais apropriado um conceito de sociedade em que padrões de comportamento próprios de grupos dominantes são usados para descrever o comportamento dos grupos inferiores. É evidente a presença de uma distorção causada pela perspectiva corretiva, que no caso dos autores analisados é buscada conscientemente. O baixo autocontrole é entendido como um problema que deve ser eliminado. Partindo de uma definição antecipada sobre quem seriam os criminosos (pessoas dotadas de baixo autocontrole), os autores não conseguem fazer uma apreciação mais aprofundada das nuances da experiência criminal (Cf. MATZA, 1969).

O fato é que o autocontrole para um jovem que tem amplas oportunidades legítimas à sua disposição pode ser uma opção racional. Mas pode não ser racional para aquele jovem que não tem acesso às instituições próprias da classe média. Neste caso, uma perspectiva orientada para o presente pode ser mais viável, a concentração no curto prazo pode ser mais produtiva. O conflito com

os padrões de classe média pode ser um subproduto de atividades que fazem sentido, que têm a sua razão, no contexto de ação no qual se inserem os membros das classes baixas.

Conforme discutimos em outro trabalho (MAGALHÃES, 2004), a objeção que se impõe é que, dentro de determinados contextos sociais específicos, a apresentação de um comportamento controlado (relativo à conformidade em relação às leis, por exemplo) pode ser estigmatizada ou, o que é mais importante, contraproducente. Aqui temos um problema empírico. Soluções teóricas são insuficientes. Gottfredson e Hirschi, a partir da concepção clássica sobre as motivações da ação e de dados referentes aos padrões recorrentes que se encontram nos crimes praticados, constroem uma caricatura do criminoso como se este fosse um indivíduo mal socializado, que não dispõe de autocontrole. Porém, ao rejeitarem o argumento subcultural, o fazem de forma meramente teórica, na medida em que procuram interpretar todos os dados sobre crimes a partir da definição que construíram. Assim, se o criminoso não apresenta autocontrole não pode ter sido socializado para o crime e nem para outro fim qualquer. A disposição para o comportamento criminoso não pode resultar de aprendizado social, de socialização ou valores do grupo porque o criminoso é, por definição, avesso a esses processos.

No entanto, a teoria do autocontrole não se firma como uma explicação alternativa consistente. O fato de que criminosos são em geral mal sucedidos, que os ganhos pecuniários são restritos e que o crime é na maioria das vezes uma resposta à oportunidade não necessariamente indica que o criminoso não dispõe de autocontrole. Pode significar, por exemplo, que está "*making the best of a bad job*", como dizem Cohen e Machalek (1988, p.495). O fracasso e a precariedade das estratégias resultam da situação desfavorável na qual essas pessoas estariam enquadradas. Seria um resultado da carência generalizada de recursos.

Gottfredson e Hirschi se equivocam quando tentam reformular a noção positivista de criminalidade. Ao mesmo tempo em que recorrem aos clássicos, buscando uma definição geral da ação (racional) e, por consequência, da ação criminosa, os autores criam, através da noção de criminalidade (relacionada agora ao baixo autocontrole e, não mais, à influência positiva de forças sociais), um criminoso típico ao qual é negada de antemão a possibilidade de uma ação racional. De fato, o criminoso de Gottfredson e Hirschi é um indivíduo que, por ter sido mal socializado, é incapaz de avaliar todas as dimensões da sua ação em um ambiente. Sua orientação para o presente e sua incapacidade de adiar um ganho imediato em troca de outro futuro impede uma ação planejada ou coerente ao longo do tempo. Os positivistas podem ser criticados por concentrarem a sua análise em variáveis macrossociais em detrimento da dimensão individual. Gottfredson e Hirschi podem ser criticados pelo peso excessivo dado à noção de autocontrole. Mesmo considerando como válidas as críticas aos argumentos subculturais, ou seja, que o criminoso é alguém socializado positivamente para o crime, perde-se a possibilidade de uma análise neutra da ação desse criminoso, que em alguns contextos poderia até ser racional. Mesmo quando, em situações específicas, possa agir orientado para o presente e sem nenhuma perspectiva de futuro. Na verdade, não é adequado estabelecer a priori um critério de racionalidade, para posteriormente aplicá-lo à análise de condutas criminosas. A racionalidade se encontra no contexto da ação e não na definição do analista (cf. GARFINKEL, 1967).

4 - CORREÇÃO E APRECIÇÃO

David Matza (1969: p. 17) abordou o problema que chamou de perspectiva corretiva. De acordo com o autor, quando o fenômeno do

desvio (e do crime por extensão) é estudado a partir da perspectiva corretiva a possibilidade de deixá-lo escapar – reduzindo-o a algo que ele não é, retirando dele os seus detalhes e singularidades – é maior. A preocupação com as causas e com a etiologia do fenômeno, que faz parte da atitude corretiva, faz com que a atenção se desvie do fenômeno em si mesmo e se fixe no objetivo de eliminá-lo. Perdem-se assim os detalhes do objeto que se pretende estudar. Tudo o que é único, toda a diversidade do mundo real, deve ser afastada para que se possam estabelecer as devidas relações de causa e efeito entre variáveis homogêneas e reduzidas a aspectos supostamente essenciais.

Outra consequência importante, de acordo com Matza, relacionada à opção pela perspectiva corretiva, é a incapacidade demonstrada por alguns estudiosos de separar os padrões convencionais de moralidade da descrição real do fenômeno. O fenômeno é visto de fora e é descrito como algo moralmente reprovável ou inconveniente, que precisa ser eliminado. Questões importantes e complexas, como os motivos e significados que orientam a conduta desviante, são abordadas de uma forma superficial que se volta não para as possibilidades de descrição e compreensão aprofundada da conduta, mas para as possibilidades de predição, controle e eliminação. Os desviantes são vistos do ponto de vista dos membros da sociedade que não querem a continuação daquele tipo de comportamento. O aspecto moral da perspectiva corretiva pode atingir até mesmo os estudos que não têm como objetivo imediato a orientação de políticas públicas de controle do problema social representado pelo desvio e pelo crime.

A perspectiva corretiva se opõe ao que Matza chama de apreciação. A apreciação requer que o pesquisador se aproxime do fenômeno e procure compreendê-lo em seus detalhes e complexidades. De fato, os seres humanos participam de atividades significativas. Eles criam ativamente sua própria realidade e a do mundo ao redor. Os homens naturalmente³ transcendem a dimensão existencial em que concepções como causa, força e reatividade são facilmente aplicáveis. Conceber os seres humanos como objetos, aplicar métodos de investigação que desconsideram a dimensão significativa do comportamento seria equivocados. Os seres humanos têm de ser vistos como sujeitos, pois só assim será possível realizar uma descrição acurada da sua realidade empírica natural.

No caso da sociologia do crime, a perspectiva corretiva e a abordagem do fenômeno como problema social, explícita ou implicitamente adotada, pode, em alguns casos, provocar e agravar aquilo que os etnometodólogos chamam de confusão entre tópico e recurso.

A questão é complexa e envolve até mesmo a discussão sobre qual seria a realidade empírica disponível ao estudo sociológico. Simplificando, o fato é que a sociologia convencional, segundo a crítica etnometodológica, se contenta, em alguns casos, em usar os esquemas interpretativos leigos (ou de senso comum) em sua análise do mundo social. Dessa forma, aquilo que seria um tópico de estudo – os etnométodos usados pelos membros da sociedade para construir e compreender a realidade – é tomado como recurso analítico.

De fato, é possível notar que, com o passar do tempo, as concepções leigas e científicas relativas ao comportamento desviante e criminoso foram se influenciando mutuamente de modo que se faz necessária uma análise que verifique a "história social" de diferentes pressupostos e ideias presentes no estoque de teorias e explicações disponível na atualidade.

5 - O PROBLEMA DAS TEORIAS DA CRIMINALIDADE

A característica comum entre as teorias analisadas (sociocultural e autocontrole), que, acreditamos, representa uma séria dificuldade

de para o estudo do crime, é a concepção de que é preciso primeiro entender como se constitui a motivação do indivíduo para a prática dessa conduta – a criminalidade – para só então entender porque o crime acontece. Nas teorias socioculturais, a motivação pode se constituir por causa da pressão que a sociedade exerce sobre o indivíduo para que ele mantenha um padrão de consumo elevado sem que lhe seja dado o acesso aos meios legítimos necessários. Ou, também, porque o indivíduo inserido em uma subcultura aprende e internaliza valores e habilidades relacionados ao desvio, à delinquência e ao crime. Nas teorias do autocontrole, a motivação se dá quando o indivíduo, desamparado pelo baixo autocontrole, reconhece uma situação em que praticar o crime representa maiores ganhos e menores custos em comparação com a opção pelo não crime.

Acreditamos que, em ambos os casos, se seguirmos a trilha da tentativa de compreensão da constituição da motivação individual ou criminalidade, estaremos envolvidos em uma discussão infinitamente complexa sobre as inúmeras nuances que pode ter essa questão. Um ponto a ser questionado tem a ver com possibilidade de se afirmar que a existência de certa "motivação" conduziria sempre, e da mesma forma, a um comportamento correspondente ou se, por outro lado, poderiam ser identificadas linhas de conduta não especialmente motivadas. O baixo autocontrole, por exemplo, não pode ser apropriadamente entendido como uma espécie de "status principal" ou característica de personalidade (Cf. BECKER, 1977) que subordina todos os demais. O fato de que alguém tenha baixo autocontrole em relação a alguma situação não significa, necessariamente, que tenha baixo autocontrole em relação a todas as situações possíveis. Quem fuma, bebe e dirige em alta velocidade não é, necessariamente e por extensão, praticante de roubos. A compreensão superficial da realidade das atividades criminosas resulta da ausência da apreciação (Cf. MATZA, 1969).

A preocupação com a identificação do que diferencia os criminosos dos não criminosos, conduz ao que Misse (1999) aponta como sendo o grande problema da criminologia positivista. Para o autor, o grande problema dessa vertente "foi o de ter considerado a transgressão como atributo do indivíduo transgressor e não como um atributo acusatorial sobre um curso de ação que é socialmente considerado como problemático ou indesejável, e para o qual pode ou não haver demanda de incriminação". De acordo com Misse, "ao desviar do curso de ação para o transgressor o núcleo da unidade de análise, a criminologia reproduz o processo social da sujeição criminal, que deveria ser o seu objeto" (1999: p. 64).

Uma experiência social ou uma trajetória de vida qualquer, na medida em que é tratada como uma transgressão de alguma norma, terá sido alvo de uma acusação social. Quando essa acusação é respaldada pela lei penal pode então ser "criminada". Para que a "criminação" resulte em uma "incriminação" jurídica é preciso que se dê início a um processo oficial de incriminação. Considerando que o objeto do processo não é apenas a transgressão à lei, mas o próprio indivíduo transgressor, dá-se a "sujeição criminal", ou seja, a "construção social do agente de práticas criminais como uma 'sujeito criminoso'" (MISSE, 1999, 67). O que torna a noção de sujeição criminal mais importante e elucidativa é o fato de que ela pode ser – e na maioria das vezes é – ampliada "como uma potencialidade de todos os indivíduos que possuam atributos próximos ou afins ao tipo social acusado" (idem, 65).

Quando a criminologia positivista toma o crime tal como é definido legalmente e passa, então, a investigar as diferenças entre os que praticam e os que não praticam crimes, incorre em um sério equívoco. O fato é que o roubo, por exemplo, não é um ato dotado de um significado intrínseco. É, na verdade, uma definição legal

que pode ser aplicada a uma experiência social ou a uma conduta que será equiparada à definição legal estabelecida. Mesmo quando o próprio agente vê a sua conduta como roubo ou como um "157" (artigo do código penal correspondente) isto acontece não porque este seja o significado intrínseco da conduta, mas porque o agente já se identificou com a tipificação legal recorrentemente aplicada. Quando a sociologia procura identificar as motivações que levam alguém à prática do roubo – ou seja, as causas do roubo –, o que acontece é uma equiparação ilegítima de uma ação social com uma definição legal abstrata que traz em si um conteúdo normativo específico. Assim, a sociologia positivista, ao procurar identificar as motivações que fazem com que alguém se torne criminoso, ou quais são as causas do crime, entende a sujeição criminal como se fosse um atributo inerente ao sujeito incriminado. Aquilo que é, na verdade, o resultado de um processo que começa com a acusação social e termina com a incriminação que incide sobre o sujeito, e que deveria ser objeto de estudo da sociologia, aparece como um ponto de partida não problematizado.

Curiosamente o primeiro a se aproximar da compreensão do problema foi Emile Durkheim (1990). Ao rejeitar a abordagem queletiana do problema do crime – que seria mais demográfica do que sociológica – Durkheim estabelece as bases para um entendimento profundamente sociológico da questão (Cf. MAGALHÃES, 2004). Não há nenhum ato que seja intrinsecamente criminoso. O que faz de qualquer ato um crime é o modo como a sociedade (ou um de seus segmentos) o define. Embora não tenha levado às últimas consequências a sua intuição, efeito talvez de uma concepção holística da realidade social, podemos dizer que Durkheim é o precursor de todas as vertentes que se interessam pelo estudo da reação social ao crime e ao desvio.

6 - CONCLUSÃO

A compreensão das características individuais que fazem com que alguém pratique o crime ou o desvio deixa de ser o objetivo mais importante. A ênfase analítica se volta para a compreensão do processo social que resulta na definição de uma conduta como criminosa ou desviante. Durkheim não aceita de forma irrefletida a definição legal do que é ou não um crime. Ao contrário, transforma a definição legal em um problema sociológico a ser investigado. Esta seria a maior contribuição deixada pela controvérsia em torno do tema da normalidade do crime.

É característica comum a todas as teorias analisadas neste artigo o fato de que, independente da abordagem específica adotada, nenhuma delas alcança uma aproximação real e verossímil do objeto em questão, ou seja, dos indivíduos que se envolvem com atividades que podem ser alvo da acusação criminal. Por mais que as teorias da criminalidade tratem das motivações que os indivíduos teriam para a conduta acusável (advindas de fatores socioculturais ou baixo autocontrole), não conseguem abandonar a perspectiva teórica que, por mais complexa que seja, pouco diz sobre a realidade empírica experimentada pelos agentes. Como mostra Matza (1969), a perspectiva correccional impede a apreciação do objeto estudado. Em vez de considerar os seres humanos como participantes ativos de ações significativas, essas abordagens os reduzem à sua possível criminalidade e, com isso, perdem a oportunidade de ultrapassar uma abordagem que, por mais que faça sentido teoricamente, não apreende de forma adequada as diversidades e peculiaridades do mundo empírico em que as condutas de fato ocorrem. Quando se reduz uma pessoa a uma única variável (a criminalidade) dentro de

um modelo teórico, não há como compreender a sua conduta de forma que não seja esquemática.

7 - REFERÊNCIAS

- BECKER, H. S. *Uma teoria da ação coletiva*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- CLARKE, R. V. "Situational crime prevention". In: Tonry, M. & Farrington, D. P. *Building a safer society*. Chicago, University of Chicago Press, 1995.
- CLARKE, R. V e FELSON, M. "Introduction: criminology, routine activity, and rational choice". In: Clarke, R. V e Felson, M. *Routine activity, and rational choice*. New Brunswick: Transaction, 2004.
- CLOWARD, R. e OHLIN, L. "Differential opportunity structure". In: Wolfgang, M. e Ferracuti, F. (orgs) *The sociology of crime and delinquency*. New York, John Wiley Sons, inc., 1970. (300-18)
- COHEN, L. E. e FELSON, M. "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity approach". In: *American Sociological Review*, vol. 44, 1979. (588-608)
- COHEN, L. E. e MACHALEK, R. (1988) "A general theory of expropriative crime: an evolutionary ecological approach". In: *American Journal of Sociology*, vol. 94, No 3. (465-501)
- DURKHEIM, E. *As regras do método sociológico*. São Paulo, Cia Ed. Nacional, 1990.
- GARFINKEL, Harold. *Studies in Ethnomethodology*. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1967.
- GOTTFREDSON, M. R. e HIRSCHI, T. *A general theory of crime*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- HIRSCHI, T. 2ª ed. *Causes of delinquency*. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2002.
- MAGALHÃES, C. *Crime, sociologia e políticas públicas*. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2004.
- MATZA, D. *Becoming a deviant*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1969.
- MERTON, R. K. "Social structure and anomie". In: Merton, R. K. *Social theory and social structure*. Glencoe: Free Press, 1958.
- MILLER, W. "The lower class culture as a generating milieu of gang delinquency". In: Wolfgang, M. e Ferracuti, F. (orgs) *The sociology of crime and delinquency*. New York, John Wiley Sons, inc., 1970. (351-63)
- MISSE, M. *Malandros, marginais e vagabundos*. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999.
- STINCHCOMBE, A. "Merton's theory of social structure". In: *Stratification and organization*. Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

NOTAS DE FIM

1 Professor do Centro Universitário Newton. Doutor em Sociologia pelo IFCS/UFRJ.

2 Considerando que Gottfredson e Hirschi (1990) relacionam a "abordagem das atividades rotineiras" ao conceito de autocontrole, é importante destacar que para Cohen e Felson (1979), Felson (1994) e Clarke (1995) – autores que criaram e desenvolveram a vertente citada – o baixo autocontrole não é uma causa suficiente da conduta criminosa. Na verdade, a teoria das oportunidades e a perspectiva da prevenção situacional do crime – que deram seqüência à "abordagem das atividades rotineiras" – condizem mais com a "teoria do controle social" originalmente formulada por Hirschi (2002) – a primeira edição é de 1969. É curiosa a situação de um pesquisador que, ao apresentar, em

épocas diferentes, duas teorias distintas, se vê diante da avaliação de que a primeira é melhor do que a segunda. Tanto é assim, que Hirschi (2002) procurou justificar a divergência entre as teorias do social control e do self-control no prefácio à reedição de *Causes of Delinquency*. A rejeição da noção de que a internalização psicológica de normas é responsável pelo comportamento e a tese de alternativa que as normas influenciam o comportamento na medida em que são compartilhadas por um grupo de indivíduos, gerando, assim, expectativas de comportamento recíprocas, tal como é apresentada em *Causes of Delinquency*, é muito mais interessante do que a teoria do autocontrole. Nesta última é possível identificar a retomada de uma concepção de socialização e internalização já consistentemente criticada pela literatura sociológica. Partindo da idéia de que as expectativas recíprocas (não necessariamente internalizadas) orientam a conduta, Hirschi (2002) afirma que, mais apropriado do que perguntar por que certos indivíduos praticam crimes, é perguntar por que muitos não praticam. Aqueles que não praticam crimes estariam atados a uma rede de expectativas recíprocas que os impede de agir contrariamente a certos princípios morais. Aqueles que vivem em um contexto social normativamente desorganizado ou ambíguo podem perder o sentido de compartilhamento de normas e, assim, tornarem-se vulneráveis à opção pelo crime.

3 A noção de naturalismo, da forma como Matza a concebe, diz respeito a um compromisso com a descrição acurada da natureza empírica inerente aos fenômenos em estudo. No caso dos estudos sobre a realidade humana, a adoção da perspectiva naturalista conduz a uma atitude que encara os seres humanos como produtores dos significados relativos às atividades das quais participam. Dessa forma, os seres humanos devem ser compreendidos como sujeitos capazes de definir ou reconhecer o sentido das ações e interações de que fazem parte e não como objetos cujo comportamento é determinado por forças externas.

SOMA/UNIFICAÇÃO DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL: AFASTAMENTO DO INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

BRUNO CÉSAR CANOLA¹

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo discorrer sobre as incoerências e sobre a inaplicabilidade do Incidente de Uniformização n. 1.0704.09.136730-7/002, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que estabelece o imperativo de fixação da data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória como marco inicial para concessão de novos benefícios da Execução Penal, após a decisão de soma/unificação de penas. Propõe-se, ao final, o afastamento do referido Incidente e a adoção, até o advento de uma mudança legislativa, do dispositivo criado pelos principais juizes com atuação na Execução Penal do Estado de Minas Gerais na Carta de Belo Horizonte, que prevê a adoção da data da última prisão como marco inicial, salvo marco temporal mais favorável ao apenado.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal; Soma/Unificação; Marco Inicial; Incidente de Uniformização; Afastamento.

ABSTRACT: This paper has as main objective to discuss the inconsistencies and the inapplicability of Incident of Uniformity n. 1.0704.09.136730-7 / 002, from the Court of Justice of Minas Gerais, which established the imperative of fixing the date of the final and unappealable decision as a new starting point for granting new benefits on the Penal Execution, after the decision that sum/unifies the penalties. It is proposed, in the end, the remoteness of the incident and the adoption, until the advent of a legislative change, of the regulation created by the leading judges with expertise in Penal Execution of the State of Minas Gerais, called the Letter from Belo Horizonte, which establishes the adoption of the date of the last prison as the initial mark, unless there is a more favorable date to the convict.

KEYWORDS: Penal Execution; Sum/Unification; Initial Mark; Incident of Uniformity; Removal.

ÁREA DE INTERESSE: Direito Penal

1. INTRODUÇÃO

Sobrevindo nova condenação no curso da Execução Penal, a pena da nova Guia de Execução deve ser somada/unificada ao restante do que está sendo cumprido, para a determinação do regime de cumprimento de pena, nos termos do parágrafo único do artigo 111 da Lei e Execuções Penais.

Ocorre que o referido dispositivo legal é omissivo em relação a qual data deverá ser fixada como marco inicial para a concessão de novos benefícios.

Destarte, surgiu uma discussão acalorada na doutrina e na jurisprudência sobre qual deveria ser o marco inicial, especialmente com posicionamentos visando a adoção da data: do último recolhimento do sentenciado ao cárcere; da decisão de soma/unificação das penas; e do trânsito em julgado da nova condenação.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais proferiu o Incidente de Uniformização n. 1.0704.09.136730-7/002, no qual estabeleceu a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória como marco inicial.

Entretanto, o Incidente de Uniformização não encontra respaldo na legislação e na realidade fática da Execução Penal.

2 – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO

O Incidente de Uniformização proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em relação à fixação do marco inicial para análise dos futuros benefícios na decisão de Soma das Penas (n. 1.0704.09.136730-7/002), estabelece:

EMENTA: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – MARCO INICIAL PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO.

O marco inicial para a concessão de novos benefícios na execução penal, após a unificação das penas, será a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória, independente se o crime foi praticado antes ou após o início do cumprimento da pena.

Ocorre que o Incidente de Uniformização não uniformiza as decisões a serem proferidas.

Ou seja, o referido instrumento jurídico não tem a capacidade de realizar a função à que se dispõe.

Isso porque o Incidente simplesmente desconsidera a existência das Guias de Execução Provisórias, nas quais pode não haver trânsito em julgado, tanto para a acusação, como para a defesa.

A elaboração de Guia de Execução Provisória, quando for negado ao sentenciado o direito de recorrer em liberdade da sentença condenatória, é determinação expressa do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 113, do CNJ).

Assim, não é incomum que seja juntado aos autos Guia de Execução na qual não consta qualquer trânsito em julgado da nova condenação.

O Incidente de Uniformização não traz qualquer solução para estes casos, fazendo com que as decisões judiciais continuem a ser díspares.

Além disso, o referido Incidente de Uniformização desconsidera a existência de dois trânsitos em julgado distintos em toda condenação penal.

O trânsito em julgado para a acusação não se confunde com

o trânsito em julgado para a defesa.

Diante da inexistência de recurso da acusação em face da sentença condenatória passa a existir uma imutabilidade dessa decisão em relação ao Ministério Público, e passa a vigorar o Princípio da *non reformatio in pejus*, que estabelece a proibição de alteração da decisão pelo órgão ad quem de modo a prejudicar o condenado.

Ou seja, a inexistência de recurso do Ministério Público resulta no trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

Já o trânsito em julgado para a defesa somente ocorrerá se não for apresentado recurso defensivo ou quando se esgotarem as possibilidades de recurso.

Deste modo, fica evidente que os trânsitos em julgado ocorrem em momentos distintos para a acusação e para a defesa, sendo certo que as Guias de Execução possuem campos específicos para o lançamento de cada uma das datas.

Nesse sentido, também não é incomum a juntada de Guia de Execução na qual houve somente um dos trânsitos em julgado (Ministério Público ou defesa).

Ocorre que o Incidente de Uniformização é omissivo em relação a qual dos trânsitos em julgado deve ser utilizado como marco inicial para a contagem de novos benefícios na decisão de soma/unificação das penas (artigo 111, da Lei de Execuções Penais).

Nesse contexto, é simplesmente absurda a fixação da data do último trânsito em julgado como marco inicial.

No caso do último trânsito em julgado ser o da defesa, tal postura representa uma afronta direta ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, decorrente da garantia constitucional da ampla defesa, que proporciona a todos a possibilidade de reanálise de seu processo.

O princípio citado encontra seu fundamento constitucional do art. 5º, LV, da CF, e:

“Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior a daquele que realizou o primeiro exame.” (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 41).

Assim, ao exercer seu direito constitucional de recorrer da sentença condenatória proferida, o sentenciado estaria prejudicando em muito a sua Execução Penal.

Ou seja, tal previsão teria o condão perverso de dificultar o exercício regular de uma garantia constitucional.

Pior ainda é o caso em que o último trânsito em julgado é o da acusação.

Não parece aceitável que o marco inicial seja o trânsito para a acusação quando o condenado não recorreu da sentença condenatória.

Nesta situação, o sentenciado será extremamente prejudicado por algo que não deu causa, visto que não demonstrou o seu inconformismo diante da condenação.

Contudo, em face de sua omissão em relação ao qual dos trânsitos em julgado deve ser adotado como marco inicial, mais uma vez, o Incidente não consegue uniformizar as decisões a serem proferidas.

Por fim, o Incidente ainda é omissivo na definição de qual seria a “nova sentença condenatória” visto que a última Guia de Execução juntada aos autos pode ter sido elaborada em razão da prática de um delito anterior ao início do processo executivo, inclusive com trânsito em julgado também anterior a um, ou a alguns, dos delitos já em execução.

Assim, apesar do Incidente estabelecer que deve ser adotada a data do trânsito em julgado da nova sentença condenatória, independente do delito juntado aos autos ter sido praticado antes ou depois do início do cumprimento da pena, com a ausência de previsão expressa sobre qual seria a nova sentença condenatória, surge a possibilidade do lançamento como marco inicial da data do trânsito em julgado de uma condenação já incluída na Execução Penal em andamento, simplesmente por ter ocorrido em data posterior ao trânsito em julgado do último delito juntado aos autos e, com isso, ser definida pelo juízo como a “nova sentença condenatória”.

Novamente, o sentenciado vai ser prejudicado por algo que não deu causa, visto que seu marco poderá ser postergado em razão da demora na elaboração da Guia de Execução.

Ou seja, mais uma vez, o Incidente não consegue uniformizar as decisões de soma/unificação das penas.

Pelo contrário, nestes casos, possibilita aos magistrados, com fundamento no próprio Incidente, a escolha aleatória da data mais prejudicial aos reeducandos, simplesmente desconsiderando que a decisão de soma das penas somente ocorreu em razão da juntada da nova/última Guia de Execução.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais adotou, na elaboração do Incidente de Uniformização, o posicionamento defendido pela maioria das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, conforme demonstrado, o Incidente não tem amparo na realidade da Execução Penal.

O simples fato de existirem situações em que o Incidente não poderá ser aplicado (Guia de Execução sem trânsito em julgado) já demonstra, por si só, a sua ineficácia e inaplicabilidade.

Além disso, não há qualquer argumento jurídico para fundamentar a decisão proferida no Incidente de Uniformização.

O título executivo que fundamenta a existência da Execução Penal quando o sentenciado está preso não surge com o trânsito em julgado, mas sim com a sentença condenatória, conforme se comprova pela obrigação de expedição das Guias de Execução Provisórias (Resolução n. 113, do CNJ).

Ademais, com fundamento nas regras de detração e na existência das Execuções Provisórias, tem-se que o início do cumprimento da pena também não ocorre com o trânsito em julgado da condenação.

Ou seja, a partir da existência das Execuções Provisórias, o argumento para a fixação da data do trânsito em julgado como marco inicial nas decisões de soma das penas passou a ser exclusivamente extrajurídico.

Não se pretende adentrar na discussão acerca da necessidade, ou não, de endurecimento das leis penais e de Execução Penal.

Entretanto, o anseio de parcela da sociedade, de prolongamento do encarceramento dos condenados penalmente, não pode justificar a elaboração de uma decisão jurídica na qual não se vislumbra qualquer guarida legal.

Uma prova de todo o alegado é a realidade da Execução Penal na comarca de Ribeirão das Neves.

Antes do Incidente de Uniformização a magistrada titular da vara aplicava, como regra, a data da última prisão como marco inicial para análise dos benefícios futuros na decisão de soma das penas.

Após o advento do Incidente, a magistrada, apesar de ser signatária da Carta de Belo Horizonte, na qual os principais juizes da Execução Penal do Estado de Minas Gerais defendem a aplicação da data da última prisão como marco inicial, alterou a sua decisão.

Passou então a fixar como marco inicial a data do trânsito em julgado da última condenação para a acusação, visto que na grande maioria das vezes o Ministério Público não recorre das sentenças condenatórias proferidas.

Ocorre que a Vara de Execuções Penais de Ribeirão das Neves conta com a ajuda de magistrados auxiliares, sendo que um dos magistrados auxiliares não adota o posicionamento da magistrada titular.

Em suas decisões, o referido magistrado fixa como marco a data do último trânsito em julgado, prejudicando de maneira extrema os condenados que recorreram de suas sentenças condenatórias.

Assim, nem mesmo dentro de uma mesma Vara de Execuções Penais o Incidente de Uniformização consegue uniformizar as decisões.

Além disso, nas situações em que a data da última prisão é posterior à data do trânsito em julgado, os magistrados afastam a aplicação do Incidente e adotam como marco a data da última prisão, sob o argumento de que seria o marco mais adequado ao caso concreto, com fundamento nos princípios da proporcionalidade/razoabilidade.

Entretanto, o que não parece razoável é que o Incidente seja afastado nos casos em que a sua aplicação será mais benéfica ao sentenciado.

Tal conduta demonstra, apenas, o interesse em prolongar o encarceramento do reeducando.

E, com certeza, os princípios da proporcionalidade/razoabilidade não tem o condão de fundamentar decisões que prejudiquem os sentenciados.

Ante ao exposto, resta comprovada a inaplicabilidade do Incidente de Uniformização n. 1.0704.09.136730-7/002, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Vale destacar que o referido Incidente de Uniformização surgiu em razão da omissão da Lei de Execuções Penais e do Código Penal em relação ao marco a ser estipulado na decisão de soma/unificação das penas.

Contudo, conforme acima explicitado, o Incidente não tem aplicabilidade e nem coerência, além de não encontrar respaldo na legislação e na realidade da Execução Penal.

Diante de uma decisão de Soma/Unificação das Penas, o mais correto seria a adoção da data mais favorável ao sentenciado, analisando-se as características do caso concreto.

As regras de hermenêutica estabelecem que os princípios fundadores dos Direitos Fundamentais devem ser interpretados de maneira extensiva, sendo que todas as normas que visam limitar esses direitos devem ter aplicação restritiva.

Trata-se do princípio da interpretação "*pro homine*" dos Direitos Humanos, adotado tanto pela Organização dos Estados Americanos (OEA), no âmbito regional, como pela Organização das Nações Unidas (ONU), no âmbito global, e propagado a todos os Estados membros, dentre eles o Brasil.

O princípio da Interpretação "*Pro Homine*", no âmbito regional, foi proveniente do artigo 29 do Pacto de San Jose de Costa Rica, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25.09.1992, e promulgada pelo Decreto 678 de 06.11.1992:

Art.29. CADH "Normas de Interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) Permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

b) Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

c) Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

d) Excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração

Americana dos Direitos e Deveres do homem e outros atos internacionais da mesma natureza".

E, no âmbito global, do artigo 5º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966:

Art. 5º. PIDCP "1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas".

Deste modo, com fundamento no princípio de interpretação "*pro homine*", a norma a ser aplicada no caso concreto é a que mais amplia o gozo de um direito, uma liberdade ou uma garantia.

Conforme bem destacou Humberto Henderson:

"El principio pro homine tiene varias formas de aplicación, entre las que se destacan: En primer lugar, en los casos en los cuales está en juego la aplicación de varias normas relativas a derechos humanos, debe aplicarse aquella que contenga protecciones mejores o más favorables para el individuo. En segundo lugar, en casos en los cuales se está en presencia de una sucesión de normas, debe entenderse que la norma posterior no deroga la anterior si están consagra protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas. En tercer lugar, cuando se trate de la aplicación de una norma, debe siempre interpretarse en la forma que mejor tutele a la persona". (HENDERSON, Humberto, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, no. 39. San José, 2004, p.89).

A liberdade é uma garantia constitucional, devendo as normas vigentes serem interpretadas e aplicadas de maneira a ampliar a sua efetivação.

Deste feita, diante da inexistência de norma expressa acerca da data a ser considerada como marco na decisão de soma de penas, deve-se analisar o caso concreto e aplicar a interpretação que mais beneficie a pessoa privada de liberdade, com fincas de se buscar uma execução mais adequada, isonômica e humanitária, que se adequa às necessidades do condenado e às peculiaridades de seu caso, sob pena de inconcebível transgressão ao princípio constitucional da individualização da pena.

Nesse contexto, no caso de soma das penas em razão da juntada de Guia de Execução decorrente da prática de crime posterior ao início da Execução Penal, pelo qual o sentenciado permaneceu preso provisoriamente, o adequado seria a adoção da data da última prisão como marco inicial para análise dos benefícios futuros.

Isso porque, desde a última prisão o sentenciado encontra-se em efetivo cumprimento de pena, não podendo o período de prisão cautelar ser desconsiderado para fins de progressão de regime.

A legislação penal, com a alteração promovida pela Lei 12.736/2012, passou a estabelecer, no parágrafo 2º, do artigo 387, do Código de Processo Penal, que: "O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

Assim, não faz qualquer sentido que o tempo de prisão provisória seja computado como pena cumprida, em razão do instituto da detração, seja considerado para que o juízo da condenação

estabeleça o regime inicial de cumprimento de pena, em razão de previsão expressa no art. 387, § 2º, do CPP, e seja simplesmente ignorado quando o juízo da Execução for proferir a decisão de Soma/Unificação das Penas.

Por óbvio, se o tempo da prisão preventiva é avaliado para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, ele também deverá ser utilizado como pena cumprida no regime mais gravoso, ou seja, como marco para análise dos benefícios futuros na decisão de soma/unificação das penas.

Todavia, no caso da Guia de Execução juntada aos autos ser por delito anterior à última condenação já em Execução Penal, estando o sentenciado preso, o correto seria a adoção da regra acima explicitada, de adoção da data mais benéfica ao apenado, analisando-se às peculiaridades do caso concreto.

Entretanto, sendo necessária a adoção de uma regra definida, visando a uniformização das decisões judiciais, o mais adequado seria fixação da data da formação do título executivo como marco, desde quando, com a expedição da Guia de Execução, surge a competência da Execução Penal.

Para averiguação da data de formação do título executivo deve-se analisar se o condenado respondeu solto, ou permaneceu preso durante o andamento do processo criminal que deu origem à Guia de Execução juntada aos autos.

Tendo respondido solto, a Guia de Execução somente será expedida após o trânsito em julgado final da condenação, com o cumprimento do Mandado de Prisão.

Agora, se o apenado permaneceu preso durante o processo, o título Executivo terá origem na sentença condenatória, com a expedição de Guia de Execução Provisória.

Assim, no primeiro caso, o marco será a data do trânsito em julgado, enquanto que no segundo caso, será a data da sentença condenatória.

Por fim, tendo sido juntada Guia de Execução por fato anterior à última condenação já em Execução Penal, estando o sentenciado solto, o apropriado é a adoção da data da última prisão como marco (cumprimento do mandado de prisão), desde quando teve início a Execução Penal da Guia de Execução juntada aos autos.

Ademais, não se pode admitir que existam situações em que o marco adotado seja a data do trânsito em julgado de uma Guia já em Execução, simplesmente por ser posterior à data do trânsito em julgado da "nova sentença condenatória" (última Guia de Execução juntada aos autos).

A Decisão de Soma/Unificação das Penas somente ocorre em razão da juntada de uma nova guia de Execução, não podendo ser permitida a escolha aleatória de um marco, para prejudicar o sentenciado.

Por fim, também não se pode admitir o afastamento do Incidente de Uniformização quando a sua aplicação for mais benéfica ao sentenciado, ainda mais com o argumento de que seria a decisão mais adequada ao caso concreto, com fundamento nos princípios da proporcionalidade/razoabilidade.

3 - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tem-se somente ocorrerá uma pacificação nas decisões quando houver uma alteração na legislação visando prever expressamente o marco a ser empregado na soma/unificação de penas.

Contudo, em face da complexidade de se adotar uma única data como marco inicial para averiguação dos benefícios futuros na decisão de soma/unificação das penas, propõe-se a utilização do texto produzido pelos magistrados com atuação na Execução Penal

do Estado de Minas Gerais, quando da elaboração da Carta de Belo Horizonte (resultado do trabalho do grupo de juizes que participaram do Curso:

"Aspectos da Execução das Penas Privativas de Liberdade, Restrições de Direitos e Medidas de Segurança", promovido pelo Programa Novos Rumos do TJMG, em parceria com a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes): Para efeito de soma ou unificação de penas, será observada, como marco para novos benefícios, a data da última prisão, salvo marco temporal mais favorável ao apenado".

Apesar de alguns dos próprios signatários da Carta de Belo Horizonte não aplicarem a previsão supracitada em suas decisões, tem-se que o referido dispositivo contempla todas as situações da melhor maneira possível, estando em conformidade com as normas infraconstitucionais e com os princípios constitucionais norteadores da Execução Penal.

4 - REFERÊNCIAS

- CARTA DE BELO HORIZONTE, obtida no endereço eletrônico: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/juizes-elaboram-carta-de-belo-horizonte.htm#.VCNjgCemWTo>.

- HENDERSON, Humberto, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, no. 39. San José, 2004.

- NERY JUNIOR, Nelson. Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- RESOLUÇÃO Nº 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), obtida no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12231-resolucao-no-113-de-20-de-abril-de-2010>.

NOTA DE FIM

1 Defensor Público do Estado de Minas Gerais; Mestre em Direito Obrigacional pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca – SP. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: bruno.canola@defensoria.mg.gov.br



Quem se prepara, não para.