

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 440

(ano VII)

(15/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



15/09/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [O Enunciado 397 do Supremo Tribunal Federal e a Polícia Legislativa](#)

ARTIGOS

15/09/2015 Pollyanna Quintela Falconery

» [A monitoração eletrônica, a expansão do controle penal e sua conformidade com os fins constitucionais: problemas de justiça, eficácia e validade](#)

15/09/2015 Daniela Sousa Gomes do Amaral

» [A improbidade administrativa e a lei de responsabilidade fiscal](#)

15/09/2015 Douglas Pereira da Silva

» [Comentários ao Regulamento Disciplinar do Exército: Artigo 7º ao 9º](#)

15/09/2015 Lucas Andrade de Moraes

» [Família e alienação parental: Implicações sociais e jurídicas nas crianças e adolescentes](#)

15/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Explicitações ao Programa de Apoio à Conservação Ambiental: Apontamentos à Lei nº 12.512/2011](#)

15/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Da ação de despejo e rescisão contratual por falta de pagamento cumulada com pedido liminar: do cabimento e seus requisitos](#)

O ENUNCIADO 397 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A POLÍCIA LEGISLATIVA

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor de várias obras jurídicas.

A Corte Especial do Tribunal Federal da 1ª Região, ao julgar o Mandado de Segurança nº. 0005585-43.2015.4.01.0000, impetrado pelo Diretor-Geral do Senado Federal, denegou, por unanimidade, a ordem, entendendo caber à Polícia Federal a investigação de crime ocorrido no Senado Federal. A tese sustentada pelo impetrante era no sentido de que a investigação de fatos ocorridos no âmbito do Senado Federal é de competência exclusiva da Polícia Legislativa.

Entendemos acertada a decisão da Corte Federal, nada obstante o vetusto Enunciado 397 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "*o poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.*"

Obviamente que este Enunciado, aprovado na Sessão Plenária do dia 03 de abril do fatídico ano de 1964, resta superado e a Polícia Legislativa não tem poder investigatório criminal. Se algum fato

criminoso ocorrer nas dependências do Senado Federal, o máximo que ele poderá fazer (o máximo!!!!) é prender em flagrante (como qualquer um do povo, aliás, poderá fazê-lo) e encaminhar o preso à autoridade da Polícia Federal para que se lavre o respectivo Auto de Prisão em Flagrante.

É importante destacar que alentado estudo sobre esta questão já havia sido feito, tempos atrás, pelo Procurador da República, o Penalista Paulo Queiroz.[\[1\]](#)

Como se sabe, o Título V da Constituição Federal do Brasil, que trata "[Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas](#)", no Capítulo III dispõe especificamente sobre a segurança pública", afirmando, no **caput** do art. 144 que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos e será "*exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*".

Neste mesmo dispositivo, o texto constitucional indica quais os órgãos responsáveis pela segurança pública, enumerando, então, a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal (no âmbito da União) e as polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares (no âmbito de cada estado da Federação).

Sequer é referida a Polícia Legislativa. Na Constituição Federal de 1988, além dos arts. 51, IV, e 52, XIII, relativamente à Câmara e Senado, há previsão, ainda, quanto às Assembléias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, conforme dispõem os arts. 27, §3º. e 32, §3º.

Com funções investigatórias estão apenas a Polícia Federal, a Polícia Civil, a Polícia Militar e as Forças Armadas (estas duas últimas, exclusivamente, para os crimes ditos militares). Sem qualquer função de investigação criminal está a polícia rodoviária federal, "*órgão permanente, organizado e mantido pela União*", destinada "*ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.*" Também sem atribuição investigatória destaca-se a polícia ferroviária federal, igualmente um "*órgão permanente,*

organizado e mantido pela União”, responsável pelo “patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.”

À Polícia Federal, do ponto de vista investigatório criminal, cabe *“apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas.”* No primeiro caso, podemos citar os crimes tipificados na Lei de Segurança Nacional (Lei nº. 7.170/83)

É de sua atribuição também *“prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”*. Aqui, vale ressaltar o disposto no art. 70 da Lei nº. 11.343/2006 e no Enunciado 522 da súmula do Supremo Tribunal Federal: ou seja, a atribuição da polícia federal limita-se ao tráfico transnacional de drogas.

Igualmente, em relação ao crimes de contrabando e descaminho (*estes “sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência.”*).

Além de tais delitos, referidos no art. 144, § 1º., da Constituição, à polícia federal, como órgão da União, cabe apurar todo e qualquer crime (não, porém as contravenções penais) da competência da Justiça Comum Federal, nos termos do art. 109 da Constituição, a saber: os crimes políticos (Lei nº. 7.170/83) e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar.

Da mesma forma, os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (os tráficos internacionais de pessoas, aves, órgãos humanos, etc.).

Também as causas relativas a direitos humanos nas *“hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos*

humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

Outrossim, os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (como, por exemplo, aqueles tipificados na Lei nº. 7.492/1986 – art. 26).

À polícia federal também cabe apurar os crimes cometidos a bordo de navios (embarcações de médio a grande cabotagem) ou aeronaves (em pouso ou sobrevoando o espaço aéreo), os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (art. 338 do Código Penal) e a disputa sobre direitos indígenas.

Neste último caso, é preciso atentar para o entendimento jurisprudencial pacificado, inclusive no Superior Tribunal de Justiça que “*competete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure como autor ou vítima*”, salvo se a motivação do crime envolver disputa sobre direitos indígenas (conflito de terras, por exemplo), quando, então, a atribuição para a respectiva investigação caberá à polícia federal, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Também é atribuição da polícia federal apurar quaisquer “*outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme*”, nos termos da Lei nº. 10.446/2002.

Com efeito, esta lei, regulamentando o [inciso I, do § 1º, do art. 144 da Constituição](#), faculta ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade das polícias militares e civis dos Estados, proceder à investigação do “*sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (arts. 148 e 159 do Código Penal)*, se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima; formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do [art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#)); e relativas à violação a

direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e venda, inclusive pela internet, depósito ou distribuição do produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado (art. 273 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal).” Ademais, caso a infração penal tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, “o Departamento de Polícia Federal procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Em relação aos crimes tipificados no Código Eleitoral (Lei nº. 4.737/1965), também cabe à polícia federal a investigação; neste caso, porém, é comum que a polícia civil, especialmente em períodos de eleição, também exerça tais funções, tendo em vista o número elevado de zonas eleitorais e o número reduzido de agentes e delegados de polícia federal.

Neste sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça apontou que a Polícia Federal pode investigar crimes em prol da Justiça Estadual, afastando nulidade em ação penal proposta pelo Ministério Público Federal baseada em inquérito policial da Polícia Federal. A Polícia Federal instaurou inquérito policial para investigar os crimes contra a administração municipal, tendo como subsídio cópias das interceptações telefônicas, além de termos de declarações dos investigados e documentos emitidos por uma das empresas que mantinham contrato com a prefeitura. A filha do ex-prefeito, assessora e coordenadora da campanha para reeleição, e outros envolvidos foram indiciados e denunciados pelo Ministério Público Estadual de Pernambuco pela prática dos crimes de formação de quadrilha e concussão. O relator do Recurso em Habeas Corpus, Ministro Sebastião Reis Júnior, aponta: “As

atribuições da Polícia Federal não se restringem a apurar infrações em detrimento de bens, serviços e interesses da União, sendo possível a apuração de infrações em prol da Justiça Estadual.” Segundo o magistrado, não há nada que impeça a investigação dos crimes em tese praticados no município pela Polícia Federal, até porque, naquela ocasião, não se conhecia a extensão da associação criminosa ou a complexidade das infrações – elementos que foram apurados com a instauração do segundo inquérito policial. O relator mencionou que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera que eventuais nulidades ocorridas na fase extrajudicial não são suficientes para prejudicar a abertura da ação penal. Sebastião Reis Júnior também rebateu a alegação de nulidade da interceptação telefônica. Para ele, “trata-se do fenômeno do encontro fortuito de provas, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação”. (Recurso em Habeas Corpus nº. 50011/PE - 2014/0170879-8, autuado em 31/07/2014).

Ainda segundo a Carta, às polícias civis estaduais, incumbem a apuração de infrações penais, ressalvadas as atribuições da polícia federal e das polícias militares dos Estados. É, portanto, uma atribuição residual.

Ressalte-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, na sessão realizada no dia 14 de maio de 2015, reconheceu a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e fixou os parâmetros da atuação do Ministério Público. Por maioria, o Plenário negou provimento ao Recurso Extraordinário nº. 593727, com repercussão geral reconhecida. Com isso, a decisão tomada pela Corte será aplicada nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema.

Portanto, não cabe à Polícia Legislativa, seja de qualquer Casa Legislativa da República, a realização de investigação de natureza criminal.

NOTAS: _

[1] <http://www.pauloqueiroz.net/policia-legislativa-e-poder-de-investigacao/>

A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA, A EXPANSÃO DO CONTROLE PENAL E SUA CONFORMIDADE COM OS FINS CONSTITUCIONAIS: PROBLEMAS DE JUSTIÇA, EFICÁCIA E VALIDADE

POLLYANNA QUINTELA FALCONERY: Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana-Ba (UEFS). Servidora Pública Federal, atualmente ocupando a função de Oficial de Gabinete do Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal de Feira de Santana-Ba..

RESUMO: Considerando que as hipóteses de utilização do sistema de Monitoração Eletrônica no Brasil previstas pela Lei 12.258/2010 contrariam as justificativas da implantação do sistema, a proposta nuclear do presente trabalho reside na verificação da consequência jurídica dessa divergência sobre o aspecto da tríplice valoração normativa trazida pro Bobbio. Uma vez concluído que a nível estritamente jurídico não há consequências na divergência entre a justificativa e o conteúdo legislativo, foi feita a análise desse conteúdo sob a tríplice valoração. Concluiu-se que toda vez que a Monitoração Eletrônica for utilizada sem justificção proporcional da imposição de vigilância, ela violará o princípio da proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, devido ao excesso no controle penal da medida executada, sendo sua aplicação, no caso, respectivamente inválida e injusta. Por fim, no tocante à eficácia legislativa, foi observado que para que ME possua eficácia deve ser utilizada de forma a cooperar com a satisfação da missão garantista do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Monitoração Eletrônica. Justificativas. Justiça. Validade. Eficácia.

ABSTRACT: Whereas the possibility of using Electronic Monitoring system in Brazil provided for by law 12,258/2010 contradict justifications of deployment of the system, the nuclear proposal of this work lies in verifying the legal consequence of this disagreement over the triple aspect of normative valuation brought pro Bobbio. Once completed the level strictly

no legal consequences on the divergence between the background and the legislative content, that content analysis was made under the triple assessment. It was concluded that every time that the electronic monitoring is used without proportional justification of the imposition of surveillance, it will violate the principle of proportionality and the dignity of the human person, due to excess in the criminal control of measurement performed, and their application in the case invalid and unfair, respectively (unconstitutional). Finally, as regards the legislative effectiveness, it was observed that for ME has effectiveness must be used to cooperate with the satisfaction of the mission guarantist the author of criminal law.

KEY-WORDS: Electronic Monitoring. Justifications. Justice. Validity. Effectiveness

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A divergência entre a justificativa normativa e o respectivo conteúdo legislativo: problema de validade, justiça ou eficácia? - 3. A racionalidade da Monitoração Eletrônica e sua conformidade com os fins constitucionais: um problema de justiça -3.1 A dignidade da pessoa humana e Monitoração Eletrônica 4. A constitucionalidade das hipóteses de utilização da ME no Brasil: um problema de validade 5. A monitoração eletrônica e o necessário abandono do paradigma prisional: um problema de eficácia- 6. Notas conclusivas - 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil adotou o formalmente sistema de ME em 2010, com a Lei 12.258/2010, com a justificativa de redução de custos, população carcerária e prevenção da reincidência. A lei previu a utilização da Monitoração Eletrônica em duas hipóteses: saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar. Posteriormente, a Lei 12.403/2011 inseriu mais uma hipótese, como medida cautelar substitutiva da prisão processual.

Das três hipóteses de Monitoração Eletrônica (ME) previstas no ordenamento jurídico brasileiro, em apenas uma, a inserida posteriormente pela Lei 12.403/2011, é substituída da prisão, sendo capaz, a priori, de gerar os efeitos de redução de custos e da população carcerária[1].

Assim, apesar de ser invocada com base nos discursos de redução de custos, de população carcerária e reincidência, a maioria das hipóteses de previsão da utilização da ME no Brasil frustra estes discursos, eis que não previstas como alternativas à prisão.

Diante desta constatação, ou seja, que a ME não vem cumprir os propósitos pelos quais sua previsão no ordenamento foi invocada (justificativas ao PL), insta saber que efeito jurídico essa divergência gera.

A resposta à questão ora proposta será feita com base na doutrina de Norberto Bobbio, analisando a previsão normativa da ME sobre o triplice critério de valoração normativa: validade, justiça e eficácia.

2 A DIVERGÊNCIA ENTRE A JUSTIFICATIVA NORMATIVA E O RESPECTIVO CONTEÚDO LEGISLATIVO: PROBLEMA DE VALIDADE, JUSTIÇA OU EFICÁCIA?

Uma vez entendendo que a Monitoração Eletrônica no Brasil não cumpre as finalidades para a qual foi proposta, resta saber se essa divergência gera algum efeito sobre a norma elaborada, seja no plano da validade, eficácia ou justiça.

O problema da validade é o problema da existência da regra. É um problema de fato, ou seja, de constatação se uma regra jurídica existe ou não. De acordo com Norberto Bobbio (2008, p. 26), em particular, para decidir se uma norma é válida é necessário realizar três operações.

A primeira consiste em verificar se a autoridade que a emanou tinha poder legítimo para tanto – questão de distribuição de competência prevista em texto constitucional (BOBBIO; 2008, p. 27). No presente caso, nota-se

que este critério foi satisfeito, pois a legislação que trata da Monitoração Eletrônica, Lei 12.258/2010 e Lei 12.403/2011, é federal, seguindo as regras do inciso I do art. 22 da Constituição.

A segunda envolve a verificação de não ab-rogação da lei, ou seja, se não há outra norma posterior que a ab-rogou expressamente ou regulou inteiramente a matéria (BOBBIO; 2008, p. 27). Este também não é o caso da ME. As duas leis que tratam da matéria preveem hipóteses distintas de aplicação do sistema.

Já a terceira operação diz respeito à verificação da compatibilidade com outras normas do ordenamento, sobretudo normas hierarquicamente superiores ou normas sucessivas (BOBBIO; 2008, p. 27). No tocante a este aspecto, como não há normas sucessivas sobre o tema, restaria então a análise da conformidade constitucional da legislação de ME, ponto que será analisado adiante.

Desde já, é possível concluir que a análise da validade não considera a motivação da elaboração da norma jurídica. Ou seja, uma vez a norma inserida no ordenamento, a sua validade é observada em relação às demais normas nele previstas.

Assim, a divergência entre conteúdo jurídico e motivação normativa não gera implicações no tocante à validade normativa. “À ciência jurídica atribui-se um objeto: o estudo das regras de direito entendidas de tal maneira que constituem um domínio perfeitamente distinto e perfeitamente isolável de todos os fenômenos sociais” (MIAILLE; 2005, p. 59).

Assim, como o direito preocupa-se apenas com a coerência das normas jurídicas postas, só é relevante o seu conteúdo, desconsiderando, em uma análise puramente no plano da validade, os fundamentos que justificam a produção normativa.

Por sua vez, o problema da justiça diz respeito à correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento. Tais valores dirigem toda a produção normativa. Questionar a justiça de uma norma envolve saber se ela está apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram aquele regramento jurídico concreto e historicamente determinado. (BOBBIO; 2005, p. 26)

Tal análise envolve saber o contraste entre o mundo ideal e o mundo real, ou seja, norma justa é aquilo que deve ser, e norma injusta é aquilo que não deveria ser. O problema da justiça, para Bobbio, é um problema deontológico. Visa identificar os valores supremos pelos quais o direito se orienta, os fins sociais a que se busca. (BOBBIO; 2005, p. 31)

Nota-se que, neste aspecto, também não se levam em consideração os motivos que ensejaram a produção normativa, mas apenas a conformidade do conteúdo da norma com os valores eleitos por um determinado ordenamento, geralmente expostos na Constituição, através de processos históricos, para orientar toda a produção normativa. Assim, o conceito de justiça oferecido por Bobbio pode, em certos aspectos, se confundir com uma análise de constitucionalidade da norma.

Por fim, a questão da eficácia normativa perpassa pelo conhecimento se a “norma é ou não seguida pelas pessoas as quais se destina, e caso seja violada, seja feita valer com meios coercitivos pela autoridade que a estabeleceu” (BOBBIO; 2005, p. 27). O que se observa mais uma vez é que a motivação legislativa é, a priori, também desconsiderada neste aspecto de valoração normativa.

Logo, de todo exposto, conclui-se que a divergência entre finalidade e conteúdo normativo não tem relevância no plano jurídico da norma em questão. Isto se deve a mudança de apreensão dos sentidos normativos ao longo de sua produção, face aos discursos apresentados nos diferentes momentos de produção normativa^[2]. A mesma norma passa por três atribuições de significado: o que motiva a produção normativa, o de seu conteúdo jurídico e ainda o da sua aplicação judicial.

Em um primeiro momento, fixa-se um sentido focado nos argumentos que motivam a produção legislativa. Nos discursos que iniciam a elaboração da norma, ela possui uma *ratio ab initio*, cuja função é motivar o interesse do tratamento da questão a nível político. A partir de então se iniciam as escolhas legislativas dentro de um universo de possibilidades jurídicas. Para Niklas Luhman (1983, p.08):

O direito não se origina da pena do legislador. A decisão do legislador (e o mesmo é válido, como hoje se reconhece, para a decisão do juiz) se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade. Se não fosse assim, ela não seria uma decisão jurídica. Sua função, não reside na criação do direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo.

Neste processo de elaboração da lei, vai se abandonando progressivamente o discurso meramente político para que o tema passe a ganhar contornos jurídicos. Neste processo de judicialização do discurso, um novo significado é dado àquele fenômeno de normatização. No momento de sua aplicação, novos sentidos são apreendidos da norma, através da atividade hermenêutica. Assim, “quando as expectativas juridicamente normatizadas são contrariadas, o juiz deve resguardar a expectativa e não adaptá-la aos fatos. Para o legislador, no entanto, as normas e os fatos se apresentam em uma outra ótica e em um outro contexto”. (LUHMAN; 1983, p. 38)

Assim, observa-se que uma vez elaborada a norma, ela se desvincula do seu processo legislativo e as questões de validade, justiça e eficácia passam a ser analisadas em relação apenas a seu conteúdo jurídico.

Pelo até então exposto, poder-se-ia concluir que a motivação normativa não tem nenhuma relevância no fenômeno normativo. Contudo tal conclusão mostra-se precipitada na medida em que toda norma possui uma funcionalidade social no ordenamento, e a análise dessa

funcionalidade perpassa pelo conhecimento dos motivos que ensejaram a sua produção normativa. Nikklas Luhman (1985, p. 121) discorrendo sobre a necessidade de compreensão do direito além dos seus critérios jurídicos entende que

A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Masque isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto á *compatibilidade estrutural do direito*.

A compatibilidade estrutural do direito com a sociedade que ele regula perpassa pela verificação do propósito da norma na gerência da vida em sociedade. Se a justificativa da inserção de uma lei no ordenamento jurídico fosse irrelevante, culminaria na possibilidade de produção aleatória de normas, que geraria incoerência e a conseqüente disfuncionalidade regulatória do direito. Logo, o conteúdo normativo não pode ser avaliado unicamente sob o seu prisma jurídico. Para Jürgen Habermas (1997, p. 54)

Nos imperativos funcionais de sociedades extremamente complexas, entra em jogo uma facticidade social que não mantém mais uma relação interna com a pretendida legitimidade da ordem jurídica. A autocompreensão normativa pode ser desmentida através de fatos sociais que intervêm no sistema jurídico a partir de fora.

Assim, se uma norma não pode ser avaliada sob o aspecto de sua funcionalidade apenas por razões jurídicas, propõe-se, por ora, uma nova valoração normativa, considerando o conteúdo legal e sua justificativa política.

3. A RACIONALIDADE DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E SUA CONFORMIDADE COM OS FINS CONSTITUCIONAIS: UM PROBLEMA DE JUSTIÇA

Segundo a linha de pensamento exposta por Bobbio, a questão de saber se uma norma é justa no plano jurídico perpassa pela análise de sua coerência com os fins supremos do ordenamento. Considerando que a Constituição é a norma suprema, que por excelência fundamenta todo o ordenamento jurídico, saber se uma norma é justa ou não, reclama saber, sob este enfoque, se ela se encontra condizente com os fundamentos e finalidades constitucionais. A investigação aqui feita caminha no sentido positivo, qual seja, analisar se a implantação da ME no Brasil está coerente com os valores que fundamentam o Estado, que não deixa de ser uma análise de constitucionalidade.

Assim, a análise da justiça de uma norma proposta por Bobbio é o primeiro juízo que se faz de valoração jurídica. Desse modo, no próprio processo de elaboração, o Projeto de Lei passa por uma Comissão de Constituição e Justiça, que avalia justamente se ela está em conformidade com os fins constitucionais[3].

Partindo da operacionalização dada por Bobbio, o primeiro passo a se fazer é identificar quais valores um ordenamento jurídico considera como supremos.

O artigo 1º da CF de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político. Destes fundamentos, o mais complexo e que demanda uma maior exegese para verificação é, sem dúvidas, a dignidade da pessoa humana. Para avaliar a conformidade de uma norma, sobretudo penal, com a dignidade da pessoa humana, é necessário primeiro delimitar o conteúdo

desse princípio e posteriormente verificar se a utilização da ME está em conformidade com esse.

3.1 A dignidade da pessoa humana^[4] e Monitoração Eletrônica

A discussão jurídica em torno da dignidade humana remonta as ideias difundidas no movimento filosófico do Renascimento do séc. XVI e, sobretudo, do Iluminismo do séc. XVIII, quando a dignidade foi paulatinamente afastada de seu conteúdo divino e passou a assumir caráter ontológico do homem. O humanismo e o individualismo difundidos no séc. XVIII embasaram a noção de que a razão humana seria o fundamento de sua dignidade. (MELLO; 2010, p. 30)

Nesse sentido, ganhou espaço o imperativo categórico de Kant, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo e o respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado de dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas (HABERMAS; 2012, p. 09)

A partir do pensamento kantiano, a dignidade passa a ser reconhecida e relacionada com o Direito, que servirá para a construção de teorias de direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano (MELLO; 2012, p. 38).

Entretanto, é curioso notar que o conceito de dignidade humana como conceito jurídico não aparece nem nas declarações clássicas dos direitos humanos do séc XVIII, nem nas codificações do séc. XIX. O discurso dos direitos humanos surgiu mais cedo do que o da dignidade humana. Embora o conteúdo de um esteja ligado ao outro, a invocação explícita da dignidade só apareceu após a Segunda Guerra, em vista dos massacres nazistas. Mas ainda que implicitamente, a dignidade humana sempre foi fonte moral do conteúdo dos direitos fundamentais^[5] (HABERMANS; 2012, p. 10-12)

Desse modo, observa-se que a dignidade concretiza-se no reconhecimento de direitos fundamentais, sem os quais a condição humana fica desconfigurada. Esta constatação leva a outra discussão acerca de quais seriam os direitos fundamentais do homem. Em que pese ser esta uma tarefa de reconhecimento normativo no âmbito de cada estado baseado em sua configuração política, a discussão da dignidade a nível supranacional conduz à existência de dois elementos indispensáveis nessa normatização: igualdade e liberdade (MELLO; 2012, p. 45-51).

Chegando à definição de um conteúdo mínimo de dignidade, focado na igualdade e liberdade, então uma norma penal punitiva que limita a liberdade (viola a dignidade humana em uma de suas dimensões) deve estar, por conseguinte, limitada pela noção de igualdade.

Essa relação de igualdade e liberdade como conteúdo mínimo da dignidade pode ser compreendida na ideia de John Rawls, que parte da noção de justiça como equidade, trazendo um paralelo dessa noção com a de dignidade acima exposta. Para Rawls

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar fundada na justiça que nem o bem-estar de toda sociedade de pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais (RAWLS; 2002, p. 04)

Chegada a discussão a este ponto, cumpre investigar como a igualdade limitaria essa norma positiva. Como definir um conteúdo jurídico de igualdade demandaria um outro trabalho científico apenas para esta

investiga o, então, para o presente estudo se fixará como significado de igualdade o valor que fundamenta o reconhecimento de direitos fundamentais na medida em que os indivíduos necessitam deles para se igualarem, face a uma desigualdade de fato. No entender de Luigi Ferrajoli (2004; p. 91), “[...] *el valor de la igualdad resulta confirmado y reafirmado [...] em virtud del análisis de la diferencia y de las implicaciones que de ella deben extraerse para una igual y efectiva valorización de las diversas identidades*”.

Então, a partir desse raciocínio, e vislumbrando-se duas racionalidades da Monitora o Eletrônica, aumento do controle penal na esfera de liberdade individual (na prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto[6]), e desencarceramento (medida cautelar substituta), conclui-se que, apenas neste último sentido, a ME funciona como instrumento de preserva o da dignidade da pessoa humana.

A previsão da Monitora o como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, cerceia a liberdade individual em apenas alguns aspectos, permitindo que a pessoa, mesmo com a restri o de locomo o, continue a conviver com seus familiares e tenha acesso ao contato com as demais pessoas de seu círculo social. Diferente da prisão, que isola o indivíduo do convívio em sociedade, e neste caso, fundamentada apenas em um juízo de verossimilhança, já que ainda não há condena o.

Assim, pensando na ME como substituta cautelar,   possível vislumbrar que o cerceamento da liberdade neste caso foi limitado por aspectos de igualdade, na medida em que se   a condena o penal que justifica a imposi o da pena, por excelência, o cárcere, uma vez que não há condena o, não se poderia impor tal medida, sob pena de tratar os desiguais (condenados e processados) de forma igual. Contudo, as situa es excepcionais previstas no art. 312 do CPP podendo ter sua finalidade alcançada por medida menos gravosa, no caso a ME[7], insere uma diferença de tratamento daqueles que se encontram em situa o de desigualdade, reafirmando, portanto, o princípio da igualdade.

No que se refere à racionalidade do aumento do controle penal na esfera de liberdade individual, a conclusão é diferente. Retomando a linha de raciocínio em que uma norma punitiva deve ser limitada por noção de igualdade, não é possível impor uma limitação da esfera de liberdade individual sem que esta situação de desigualdade jurídica não seja justificada por uma razão de desigualdade fática, sob pena de se instrumentalizar o indivíduo alvo da medida, retirando-lhe o reconhecimento de sua dignidade humana, fato inaceitável em um Estado democrático garantista.

Assim, o aumento do controle penal não justificado é insustentável em um ordenamento garantista, não se podendo sequer invocá-lo com o argumento de beneficiar mais pessoas em sacrifício de outras. Logo, pode-se concluir que, no caso da Monitoração Eletrônica prevista pela Lei 12.258/2010 (prisão domiciliar e saída temporária em regime semiaberto), a imposição da vigilância antes não prevista e sem justificativa contraria a noção de igualdade e, por conseguinte, de dignidade da pessoa humana, tornando-se, no entender da teoria de Bobbio, uma norma injusta. Buscar a justiça deve ser uma finalidade de todo ordenamento político, sempre se permitindo repensar os usos dos institutos de modo a promovê-la.

No entender de Amartya Sen (2011; p. 99):

A busca da justiça é em parte uma questão de formação gradual de padrões comportamentais – não há nenhum salto imediato na aceitação de alguns princípios de justiça e um redesenho total do comportamento real de todos os membros de uma sociedade em consonância com essa concepção política da justiça. Em geral, as instituições têm que ser escolhidas não apenas em consonância com a natureza da sociedade em questão, mas também em conformidade com os padrões reais de comportamento que se pode esperar, mesmo que

numa concepção política de justiça seja aceita por todos, e até mesmo depois dela ser aceita.

Assim, por exposto, é possível concluir, que toda vez que a ME for utilizada como limitação da esfera de liberdade, sem que esta se justifique por critérios de igualdade, ela afrontará a dignidade da pessoa humana, estando em desconformidade com os fins constitucionais, sendo, pelo aqui exposto, considerada injusta, como é o caso da saída temporária em regime semiaberto e da prisão domiciliar.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DAS HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DA ME NO BRASIL: UM PROBLEMA DE VALIDADE

Antes de analisar a constitucionalidade das hipóteses de utilização da Monitoração Eletrônica no Brasil, é importante esclarecer que a análise aqui feita não pretende verificar se a prática como um todo é ou não Constitucional. Conforme exposto no art. 2º do Decreto 7.627 de 2011, que regulamenta a Lei 12.258/2010, a Monitoração Eletrônica é a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.

Logo, não é possível analisar a constitucionalidade da ME enquanto a prática de vigilância não for adotada no ordenamento. Assim, far-se-á a verificação da constitucionalidade da ME enquanto utilizada como meio de implementação da prisão domiciliar, medida cautelar substituta da prisão processual e medida de fiscalização em saída temporária de regime semiaberto, hipóteses normativas previstas no Brasil.

Toda norma nasce, a priori, constitucional. Para afastar essa constitucionalidade, é necessário apontar algum dispositivo constitucional que a norma violaria.

A Monitoração Eletrônica parte da lógica de controle comportamental pela vigilância e necessariamente implica na invasão estatal da esfera não só de liberdade, mas também de intimidade do indivíduo monitorado. Logo, a princípio, poder-se-ia invocar a violação ao direito à intimidade e à liberdade como parâmetro na avaliação da constitucionalidade da norma. Ocorre que, nenhum direito é absoluto, incluindo entre eles os fundamentais. Se o Estado não pudesse limitar esses direitos e até mesmo em alguns casos suspendê-los, seria inviável qualquer espécie de sanção penal e não simplesmente a ME. Assim, a simples alegação de violação ao direito à intimidade e à liberdade não é suficiente para sustentar a inconstitucionalidade da norma.

Quando se fala em direitos fundamentais, o que se deve levar em consideração é o fundamento em que se ampara a restrição ou mesmo a suspensão desse direito fundamental e sua proporcionalidade com a medida. Logo, desde já se verifica que o parâmetro de constitucionalidade neste caso será o princípio da proporcionalidade.

A proteção da liberdade e conseqüentemente dos demais direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade fornece critérios de limitações estatais à liberdade individual (BONAVIDES; 2007, p. 395)

A utilização da monitoração envolve, em regra, três tipos de práticas: ou ela é uma medida alternativa à prisão (podendo funcionar como alternativa ou coadjuvante), ou é meio de implementação de medida penal já prevista ou é mecanismo de aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual.

No caso de ME como medida coadjuvante ao sistema prisional, sua função é de reforço de uma expansão anterior do direito penal sobre áreas que não possuía legitimidade para atuar^[8], na tentativa de restabelecer a proporcionalidade entre gravidade de sanção e gravidade de lesão.

Quando a monitoração é utilizada como substituta da prisão, como é o caso da medida cautelar substitutiva à prisão preventiva, um controle é

substituído por outro, no caso, o cárcere pela monitoração. Assim, a esfera de liberdade e de intimidade individual invadidas com a medida não implicaria, a priori, em aumento do controle penal, mas em mera substituição desse controle, adicionando, sob o aspecto individual do monitorado, vantagens como a preservação da integridade física e psíquica do apenado, afastando-o do ambiente prisional[9].

No tocante ao aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual, a ME significa o aumento do rigor pena, através da imposição de vigilância antes não prevista e sem vinculação direta com a execução da medida, como é o caso da saída temporária em regime semiaberto. O que se vislumbra nessas hipóteses, como já dito, é o aumento do controle penal na esfera de liberdade individual.

Na hipótese da prisão domiciliar, como os casos previstos no Brasil referem-se a situações excepcionais do art. 318 do CPP e esta ocorre sem a fiscalização estatal, a imposição de vigilância através da Monitoração, nestes casos, também implica em um aumento do controle penal sobre a esfera de liberdade individual.

Desde logo, vislumbra-se que a previsão normativa da ME como substitutiva da prisão cautelar não viola o princípio da proporcionalidade. A vigilância eletrônica ora imposta substitui outra espécie de vigilância inerente à execução da medida, não há o que se falar em desproporcionalidade, e conseqüentemente, em inconstitucionalidade.

Fica então para a análise as hipóteses de vigilância eletrônica em regime semiaberto e de prisão domiciliar do art. 318 do CPP. Como nestes casos, houve um aumento do rigor penal na execução da medida, cabe a verificação da compatibilidade com o princípio.

De acordo com Paulo Bonavides (2007, p. 393), o princípio da proporcionalidade busca instituir “a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que torne possível um controle do excesso”.

A questão de saber ser o meio escolhido pela norma está compatível com o fim a ela destinado passa pela verificação do atendimento do subprincípios de proporcionalidade, quase sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, no caso, a Monitoração Eletrônica é adequada para a fiscalização do cumprimento das condições impostas ao apenado na saída temporária em regime semiaberto. As obrigações incluem o recolhimento residencial noturno e proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimento congêneres. Bom, como também é adequada para a fiscalização do cumprimento de prisão domiciliar.

A segunda análise seria acerca de sua necessidade.

No que se refere à saída temporária em regime semiaberto, antes de responder se a ME é necessária nestes casos, cabe indagar se as obrigações impostas pela Lei 12.258/2010 são necessárias. Se a concessão do benefício de saída temporária parte da lógica de progressão de pena e conseqüentemente de progressivo retorno do indivíduo ao convívio social, o que fundamentaria então a imposição de restrições como recolhimento noturno e proibição de frequentar bares e casas noturnas indistintamente? No plano teórico, nada, inclusive esta seria uma medida contrária à finalidade normativa prevista. O que poderia ocorrer, seria no caso concreto a imposição dessas obrigações para algum apenado cuja conduta criminal praticada tivesse conexão com a frequência a bares e casas noturnas.

Assim, uma vez não sendo necessária a imposição de restrições, conseqüentemente não o é a utilização da ME nestes casos. E na hipótese de concessão da saída temporária sem as imposições do §1º do art. 124 da LEP, entende-se que também seria necessária a imposição da vigilância eletrônica nestes casos, pois se a finalidade do instituto é facilitar a ressocialização, impor a utilização da tornozeleira eletrônica geraria um obstáculo, ainda que se alegue a possibilidade de ocultação do dispositivo.

A alega o de utiliza o da ME nestes casos como preven o da evasão de presos não prospera, tanto do ponto de vista da própria lógica argumentativa, quanto da compatibilidade com valores fundamentais, conforme já visto. Em rela o   lógica argumentativa, primeiro, o dispositivo não impede fugas[10],segundo estatisticamente o número de evasão de presos nestes casos   ínfimo comparado aos que retornam[11], logo, a fiscaliza o seria desnecessária para o cumprimento da medida.Já em rela o a sustentar a imposi o de vigilância antes não prevista por conta de benefícios sociais de que o apenado não cometa crimes enquanto em benefício da medida, viola a no o de dignidade, pois estaria sacrificando o ainda mais o direito de alguns para a um suposto benefício dos demais, sem justificativa concreta para o caso.

No tocante   proporcionalidade em sentido estrito, em que pese a ausência de necessidade já desconfigurar a proporcionalidade lato sensu. No caso, ainda que se fosse fazer uma análise de proporcionalidade. Seguindo a mesma, a imposi o da vigilância também seria desproporcional, pois não seria plausível impor uma vigilância sem fundamento prévio, tornando a invasão na esfera de liberdade do apenado desmedida. Restringir a intimidade e a liberdade do apenado no momento em que lhe   concedida temporariamente como um estímulo ao bom comportamento carcerário e como forma de reinseri-lo no meio social representa uma imposi o estatal de restri o destes direitos desproporcional ao motivo que os limitou, no caso, o cumprimento de pena.

Em rela o   prisão domiciliar, a necessidade não está presente, pois impor o uso de tornozeleira a aos apenados: maiores de 80 (oitenta) anos; extremamente debilitados por motivo de doença grave; imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; e gestantes a partir do 7^o (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco; configuraria a imposi o de um controle de restri o de liberdade desnecessário na medida em que as próprias circunstâncias fisiológicas do apenado restringe a sua circula o no meio social. Bem como lhe faltaria a proporcionalidade em sentido estrito, pois se a medida

é prevista para casos excepcionais e era executada sem vigilância, logo a Monitoração representa um controle desproporcional. Nota-se também que dos quatro casos previstos, três deles o monitorado necessita de cuidados médicos (idade avançada, doença grave e grávida) e a utilização da tornozeleira eletrônica poderia culminar também em um constrangimento desproporcional com o que se espera da medida.

Logo, pelo exposto, conclui-se que a ME não é por si inconstitucional, mas a sua utilização na saída temporária em regime semiaberto e prisão domiciliar o é, por violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

5. A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA E A CONFORMIDADE COM OS FINS PENAIS GARANTISTAS: UM PROBLEMA DE EFICÁCIA

De acordo com a doutrina de Bobbio, eficácia normativa perpassa pelo conhecimento se a norma é ou não seguida pelas pessoas a quem se destina, e caso, seja violada, seja feita valer com meios coercitivos pela autoridade que a estabeleceu – um problema de eficácia jurídica e social. No caso, como a Monitoração Eletrônica é uma medida administrativa penal, não faz sentido analisar a eficácia da medida sobre o prisma de seguimento ou internalização normativa pelas pessoas.

Entendendo que a ME é voltada para a satisfação dos fins de execução penal, faremos a análise aqui proposta considerando o papel da Monitoração na satisfação da eficácia do Direito Penal.

Cabe ao Direito Penal a função de proteção subsidiária de bens jurídicos. Bens jurídicos são todos aqueles que pressupõe um convívio pacífico entre as pessoas. Só seriam dignos de tutela penal aquelas situações de ofensa que não pudessem ser solucionadas por outros meios jurídicos (ROXIN, 2006, p.35).

Logo, conclui-se que, ao menos em tese, a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos. No momento em que uma norma penal é violada, impõe-se uma sanção como meio de garantir a manutenção de sua função coativa em relação às demais pessoas (função preventiva geral) e também ao indivíduo infrator (função preventivo especial). Contudo, essa punição deve respeitar os direitos e garantias fundamentais previstos na ordem constitucional (que resguardam a dignidade do indivíduo), só podendo limitá-los de modo proporcional ao mal causado pela conduta criminal. Do contrário, o mesmo ordenamento que protege bens jurídicos incoerentemente os violaria.

Assim, o papel da ME deve contribuir para manter o equilíbrio entre punição e direito à liberdade, pois se contribuir para reforçar um paradigma punitivo, sua função destoará das ideias de justiça (p. da dignidade) e de validade (p. da proporcionalidade). Sobre a importância da validade e justiça da norma, Niklas Luhman(1983, p. 121):

A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Masque isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à *compatibilidade estrutural do direito*.

Logo, propõem-se o retorno às justificativas da implantação para a análise normativa. Se estas justificativas forem condizentes com os fins e normas constitucionais, então a aplicação normativa deve buscar satisfazê-las, afastando os casos em que não é possível.

A busca por redução de custo e da população carcerária são propósitos coerentes com os fins constitucionais. Assim, no Brasil, apenas a Monitoração Eletrônica prevista como medida cautelar seria capaz de

atender essas finalidades, portanto, as demais hipóteses devem ser descartadas do ordenamento jurídico, caso queiram obter eficácia funcional sistêmica.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

Diante do exposto, verificou-se que, em que pese as justificativas não tenham relevância a nível de valoração exclusiva jurídica, elas devem ser consideradas na análise, sobretudo da eficácia da norma, de forma a se obter a coesão jurídica sistêmica com os fundamentos da Constituição.

A Monitoração Eletrônica tanto pode servir como instrumento tanto de aumento do controle penal, quanto de promoção da dignidade da pessoa humana, a depender a previsão jurídica de sua utilização.

Assim, não se defende aqui o descarte do sistema de ME como um todo, mas sim a sua utilização de forma compatível com os valores que um ordenamento entende como justos, ou seja, suas garantias penais e constitucionais, quebrando um ciclo de expansão irracional da rede de repressão do estado.

Toda vez que sua utilização passar do limite do razoável e do justo e implicar em aumento despropositado de rigor na execução da medida, a ME deve ser descartada.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HABERMANS, Jurgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Sobre a constitui o da Europa: Um ensaio.** Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e R urion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

LUHMANN, Niklas. **A sociologia do direito II.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

MELLO, Seb stian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade:** Fundamento da imposi o da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. Salvador: Jus Podivm, 2010.

MIAILLE, Michel. **Introdu o crítica ao direito.** Trad. Ana Prata. São Paulo: Estampa, 2005

RAWLS, John. **Uma Teoria da justiça.** Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

NOTAS:

[1] No tocante   preven o da reincidência, não há como assegurar a existência desse efeito, pois ele estaria condicionado a manuten o constante da vigilância.

[2] Chamar-se-  aqui de discurso, a defini o dada por Michel Miaille (2005, p. 33), para o qual consiste em “um corpo coerente de proposi es abstratas implicando uma lógica, uma ordem e a possibilidade não só de existir mas, sobretudo, de se reproduzir, de se desenvolver segundo leis internas   sua lógica”.

[3] Esse   o controle de constitucionalidade prévio feito pelas Comissões de Cidadania e Justiça.

[4]A pretensão deste trabalho não repousa na análise da dignidade da pessoa humana, seja esta entendida como valor, princípio ou regra, pois isto demandaria uma outra dissertação sobre o tema. O que se busca aqui é firmar um consenso sobre o que seria essa dignidade (seu conteúdo mínimo) e conseqüentemente se a ME é compatível com ela.

[5]É coerente então a Constituição brasileira em prever a dignidade como um fundamento, e não simplesmente como um princípio ou norma.

[6] A previsão de vigilância onde não existia representa um aumento do controle penal estatal na esfera de liberdade individual.

[7]Aqui está se fazendo o comparativo da Monitoração com a prisão preventiva e não com as demais medidas cautelares previstas na Lei 12.403/2011. Defende-se que o magistrado em respeito a igualdade, liberdade e dignidade, deve optar, caso seja possível, por outra medida menos gravosa que a ME, já que esta implica na imposição de vigilância.

[8] Quando prevista para a substituição da prisão em caso de crimes de maior ou médio potencial ofensivo. Nestas hipóteses, apesar de ser prevista como substituta do cárcere, são casos em que a prisão sequer deveria ser imposta. Vide parte 4.2.1.1 deste trabalho.

[9]Entretanto, a expansão do controle penal nestes casos ocorreria com o efeito colateral da adoção da ME, pois na medida em que a monitoração liberasse vagas no sistema carcerário, elas seriam preenchidas com outras pessoas, fazendo com que o Estado passasse a arcar com a manutenção de dois sistemas, possuindo encarcerados e monitorados, e conseqüentemente na expansão do controle estatal com ingresso de novos indivíduos no sistema punitivo. Contudo, esse é um problema situado no campo da política criminal e não a nível de análise de constitucionalidade.

[10]Tal fato inclusive foi constatado por uma recente experiência com a ME em presos beneficiário da saída temporária no Rio de Janeiro, cujo presidente do TJ do Rio de Janeiro suspendeu a

utilização da monitoração nestes casos, alegando a ineficácia da medida. Notícia “Justiça do Rio suspende o uso de tornozeleiras”, de 05/04/2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-abr-05/justica-rio-suspende-uso-tornozeleira-eletronica-fugas>>, acessado em 14.11.2013.

[11] Um levantamento realizado pelo G1 com base nos dados enviados pelas secretarias responsáveis pelo sistema penitenciário de todos os 26 estados e do Distrito Federal. Na saída de fim de ano anterior, em 2011, o número da evasão é coincidentemente o mesmo: 2.407. Na ocasião, 46.523 presos haviam sido beneficiados com a saída. Em relação ao ano anterior, 2012 teve aumento de 2% no número de beneficiados. O número representa 5,1% do total de 47.531 detentos que receberam o benefício da Justiça. Notícia “Mais de 2,4 mil presos não voltam às celas após festas de fim de ano”, disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/01/mais-de-24-mil-presos-nao-voltam-celas-apos-festas-de-fim-de-ano.html>>, acessado em 18.02.2013.

A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

DANIELA SOUSA GOMES DO AMARAL: Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Graduada em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna - FUI, no ano de 2004. Pós Graduada em Direito Administrativo pela FIJ - Faculdades Integradas de Jacarepaguá.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar a quebra da Lei de Responsabilidade Fiscal pelo gestor público, notadamente no tocante aos Restos a Pagar, incorrendo, assim, em atos de improbidade administrativa. O conceito de Responsabilidade Fiscal sofreu mudanças ao longo da história, sobretudo quanto ao que concerne a obrigatoriedade de prudência no trato com as finanças públicas. Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101/2000, houve um choque de moralidade na gestão pública, para consolidação de um novo regime fiscal no país. Por conseguinte, aquele administrador despreocupado com o equilíbrio das contas públicas responderá nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Lei, Responsabilidade, Fiscal, Restos, Pagar, Improbidade.

Introdução

A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/2000 foi uma inovação para o mundo jurídico, ao passo que trouxe regras rígidas para os administradores irresponsáveis com o dinheiro público.

Por conseguinte, a presente pesquisa tem como finalidade precípua a análise da Lei de Responsabilidade Fiscal, especificamente no tocante aos Restos a Pagar (art. 42 da referida Lei).

Nesta perspectiva, aborda-se na fase propedêutica os aspectos gerais do novo regime fiscal (Lei de Responsabilidade Fiscal), enfatizando suas características primordiais.

Na sequência, serão abordadas breves considerações sobre a questão dos Restos a Pagar, bem como a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos infratores da Lei Complementar n. 101/2000. Ao final, a pesquisa será arrematada com informações imprescindíveis para a configuração de atos ímprobos pelo gestor público quando há o descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para alcançar o objetivo proposto, este trabalho será realizado através do método dedutivo, baseando-se em um referencial teórico bibliográfico de vários doutrinadores da área em estudo, legislação e jurisprudências.

Desenvolvimento

1 – Breve Histórico da Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, regulamentou o artigo 163 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 163. Lei Complementar disporá sobre:

I – finanças públicas;

II – dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações, e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III – concessão de garantia pelas entidades públicas;

IV – emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V- fiscalização financeira da administração pública direta e indireta.

Referido diploma marcou a administração pública brasileira pela obrigatoriedade de prudência na gestão da coisa pública. Os recursos públicos, geralmente escassos, passaram a ser geridos de forma responsável (princípio da responsabilidade fiscal), planejada (princípio da programação) e transparente (princípio da transparência), com observância da estrita adequação às necessidades públicas (princípio da economicidade).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2006, p. 390/391), ao discorrer sobre o “Descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal”, esclarece:

Há algumas décadas, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, discorrendo sobre a história do constitucionalismo no Brasil, afirmara que “não há povo independente, muito menos autêntica soberania política, onde não há organização econômica e administração financeira (...)”.

Não obstante o romper dos anos, o quadro pintado pelo ilustre jurista ainda mantém um colorido atual, tendo sido nesta atmosfera que surgiu e amadureceu a ideia de se instituir mecanismos asseguradores de uma gestão responsável do dinheiro público. Em que pese à obviedade, sendo evidente que todo aquele que administra valores alheios deve ter seriedade e retidão em sua conduta, foi grande a resistência ao regramento que buscava coibir o despautério, a insensatez e a má-fé na administração do patrimônio público, pois, enfim, os maus-

administradores seriam responsabilizados por seus atos.

Com tais objetivos foi editada a Lei Complementar nº 101/00, também denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que é parte integrante de um conjunto de medidas que compõem o denominado Plano de Estabilização Fiscal (PEF), tendo estabelecido mecanismos de gestão responsável dos recursos públicos, visando conter o déficit e estabilizar a dívida pública, possibilitando a manutenção do equilíbrio que deve existir entre despesas e receitas públicas.

Neste sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal constitui um verdadeiro código de conduta a ser observado pelo gestor público na gerência da Administração Pública, prevendo instrumentos de planejamento, controle e transparência, que tem por escopo a utilização racional das receitas em benefício das necessidades coletivas.

Além disso, as Disposições Preliminares da Lei Complementar n. 101/2000, em seu §1º do art. 1º, prescreveu:

Art. 1º. (...)

§1º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Desta feita, a Lei de Responsabilidade Fiscal passou a não ser mais um diploma programático que estabelece somente regras a serem discricionariamente observadas pelo administrador público. Com o

advento da Lei Complementar n. 101/2000, a norma tornou-se imperiosa, posto que estabeleceu sanções rígidas ao administrador imprudente na gestão do dinheiro público.

2 – Dos Restos a Pagar - Improbidade Administrativa

Observa-se que a Lei nº 4320/64, já dispunha em seu art. 36, o significado de restos a pagar:

(...) as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas, sendo que os empenhos que correm a conta de créditos com vigência plurianual, que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito (parágrafo único).

Por sua vez, com o advento da Lei Complementar n. 101/2000, tal regramento veio disposto no art. 42:

Art. 42. É vedado ao titular do Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigações de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Contudo, da simples leitura do supramencionado dispositivo, percebe-se que a vedação para que o administrador público contraia

despesas nos últimos dois quadrimestres do mandato só existe quando as dívidas não possam ser pagas dentro do mesmo exercício ou se contraídas para pagamento no exercício seguinte não tiverem provisão de caixa para o pagamento.

Dessa forma, verifica-se que dispositivo em tela (art. 42) possui nítido intuito de extinguir práticas políticas históricas dos agentes públicos de legarem aos seus sucessores administrações falidas e gerencialmente inviáveis, impondo aos administradores o dever de “gastar apenas o que se arrecada”.

1.1 Da Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos Infratores da LRF

Ao agente público é imposta a obrigação de estrita observância das disponibilidades financeiras do ente público quando da assunção de obrigações nos oito últimos meses de mandato. O art. 42 traduz a finalidade imediata da Lei de Responsabilidade: responsabilidade administrativa na gestão do dinheiro público.

Caso contrário, se o agente público contrair despesas em vultosa quantia nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem atentar para as disponibilidades orçamentárias do órgão público, responderá nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Neste caso, o art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, expressamente prevê a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa no tocante às infrações àquele diploma:

Art. 73. As infrações a dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto – Lei nº 2.848, de 7 de outubro de 1940 (Código Penal); a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

Entretanto, ainda que não houvesse a disposição do preceito acima, a violação ao princípio da legalidade, por si só, possibilitaria a subsunção da conduta do agente público ao disposto nas sanções da LIA, face a absoluta inobservância ao disposto no art. 42 da LRF.

O princípio da legalidade condensa os comandos normativos que traçam as diretrizes da atuação estatal, submetendo os agentes públicos à estrita observância da legalidade.

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da Lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES; HELY LOPES, 1993, p. 82).

Além disso, quando a Constituição é cumprida pelo legislador ordinário na sua tarefa de concretização constitucional, tal medida (moralidade administrativa) deve ser observada de forma imperativa, pois encerra uma imposição constitucional.

Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos (...)” (DI PIETRO; MARIA SILVA ZANELLA, 1991, p. 111)

Ademais, os recursos não podem ser alocados de forma irresponsável, com conseqüente gasto desarrazoado, sob pena de ferir o princípio da eficiência.

O dever de bem administrar, que sintetiza a eficiência, decorre do princípio republicano, segundo o qual quem administra gere o que pertence à sociedade. Por sinal, de conformidade com esse mesmo princípio, a programação e a realização de projetos administrativos é, hoje, uma imposição da LC nº 101/2000. (FAZZIO JUNIOR; WALDO, 2014, 98).

Vale salientar, ainda, que partindo da melhor interpretação do disposto no artigo 42 da LRF, deve ser destacado que não se sanciona, indiscriminadamente, toda e qualquer inscrição de despesa em restos a pagar nos dois últimos quadrimestres do mandato que ultrapasse a disponibilidade financeira de caixa. Tal inscrição somente será tida como ilegal, violando tal preceito, se se tratar de obrigação que foi contraída no período em questão (dois últimos quadrimestres do mandato), bem como não ser imprescindível para a continuidade dos serviços públicos.

Ademais, como cediço, a configuração do ato de improbidade a atrair as sanções da Lei Federal nº 8.429/92 depende da presença do elemento subjetivo do agente. Neste caso, seria necessário provar que o agente público contraiu despesas que poderiam ter sido adiadas para outro momento, ou seja, despesas que não eram imprescindíveis para a continuidade dos serviços à população, aquilatando-se assim, inobservância do artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000 pelo gestor público.

Conclusão

O presente trabalho teve por escopo ressaltar que o regime fiscal no país sofreu transformações ao longo da história, implicando em profundas mudanças nas questões de responsabilidades mais rígidas dos gestores públicos em relação as contas da Administração Pública.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n.101/2000, foi a responsável direta por esta conquista, uma vez que extinguiu práticas políticas que facilitavam os agentes deixarem para seus sucessores dívidas exorbitantes, inviabilizando o início do mandato subsequente. Neste sentido, a Lei Complementar n. 101/2000 impôs aos administradores somente contraírem obrigações de despesa que pudessem ser cumpridas integralmente dentro do exercício (art 42).

Por conseguinte, no caso de eventual descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, o gestor público responderá nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429-92), sem prejuízo de outras sanções.

Neste contexto, comprovando-se que o administrador público deixou restos a pagar para o mandato subsequente, dolosamente, caracteriza-se quebra dos princípios retores da administração pública, notadamente o da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Portanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal, sem sombra de dúvidas, veio a lume para privilegiar o interesse público e zelar pelo patrimônio financeiro das Administrações Públicas.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas S.A, 1991.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 2ª. ed., São Paulo:Atlas S.A, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ª. ed., Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1993.

TJMG – *Tribunal de Justiça de Minas Gerais* – disponível em. Acesso em: 04 de agosto de 2015.

COMENTÁRIOS AO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO: ARTIGO 7º AO 9º

DOUGLAS PEREIRA DA SILVA: Graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia Policial Militar do Guatupê (1994), graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (2009), com aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, possui também graduação em Administração pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana (1998) e mestrando em políticas públicas pela Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase no Direito Administrativo Militar e Polícia Judiciária Militar. Tem experiência no setor público, principalmente em gestão de pessoas e projetos.

Dos Princípios Gerais da Hierarquia e da Disciplina

Art. 7º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.

Parágrafo único. A ordenação dos postos e graduações se faz conforme preceitua o Estatuto dos Militares.

1. Hierarquia

Hierarquia é o escalonamento vertical dos órgãos e agentes da Administração Pública, cujo objetivo é a organização administrativa. Já “A organização administrativa é fundada em dois pressupostos fundamentais: a distribuição de competência e a hierarquia. A lei define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, estabelece relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que compõe a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 82).

No meio militar o Código da Polícia Militar do Paraná define Hierarquia como: “escala de subordinação do militar” (Lei Estadual n. 1943, de 23-06-1954, art. 304, letra “d”).

1.1 Efeitos

O poder hierárquico tem como objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública. Da organização administrativa decorrem diversos poderes: 1) o de editar atos normativos (resoluções, portarias e instruções) com o objetivo de ordenar o serviço interno; 2) o de dar ordens aos subordinados, impondo-lhes o dever de obediência, salvo se a ordem for manifestamente ilegal; 3) o de controlar as atividades dos órgãos inferiores, podendo anular os atos ilegais e revogar os atos inconvenientes e inoportunos, atuando “ex officio” ou mediante recurso; 4) o de aplicar sanções aos subordinados; 5) o de avocar atribuições, desde que não seja atribuição exclusiva do subordinado; 6) o de delegar atribuições, se não for atribuição exclusiva. (DI PIETRO, 2010, p. 95-96)

A hierarquia não é exclusiva do Poder Executivo, ocorre também noutros poderes, mas não existe a relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às atribuições institucionais.

2. Hierarquia militar

O Decreto n. 88.777, de 30-09-1983 define hierarquia como a “Ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas e Forças Auxiliares” (art. 2º, n. 15). Nessa hierarquia existe uma escala hierárquica com a fixação ordenada dos postos e graduações, sendo a graduação o grau hierárquico das praças e o posto grau hierárquico do oficial (Decreto n. 88.777, de 30-09-1983, art. 2º, n. 13 e 28, respectivamente).

A hierarquia e a disciplina são as bases de toda instituição militar, onde a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. No Estatuto dos militares a “hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade” (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 14, § 1º).

No artigo 16 e seguintes da Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980 está previsto a hierarquia das Forças Armadas. Por exemplo, no Exército Brasileiro a hierarquia é a seguinte: no círculo dos oficiais gerais: Marechal (somente em tempo de Guerra); General de Exército, General de Divisão e General de Brigada; no círculo dos oficiais superiores: Coronel, Tenente-Coronel e Major; no círculo dos oficiais intermediários: Capitão; no círculo dos oficiais subalternos: 1º Tenente, 2º Tenente e Aspirante a oficial (praça especial); no círculo dos graduados: Subtenente, 1º sargento, 2º Sargento, 3º Sargento, Cabo e Soldado.

Nas forças auxiliares a hierarquia é a seguinte: Oficiais de Polícia: Coronel, Tenente-Coronel, Major, Capitão, 1º Tenente, 2º Tenente; Praças Especiais de Polícia (Aspirante a oficial e alunos da Escola de Formação de Oficiais da Polícia); Praças de Polícia: Graduados: Subtenente, 1º Sargento, 2º Sargento, 3º Sargento, Cabo e Soldado, com todos os postos e graduações acrescidos da designação "PM" (Polícia Militar) (Decreto-Lei n. 667, 02-07-1969, art. 8º).

Em relação aos alunos dos cursos de formação, escolas preparatórias existem normas específicas. Por exemplo, no caso específico das Forças Armadas são observadas as seguintes normas: 1) os alunos da Escola Naval, e os Cadetes, os alunos da Academia Militar das Agulhas Negras e

da Academia da Força Aérea, bem como os alunos da Escola de Oficiais Especialistas da Aeronáutica, são hierarquicamente superiores aos suboficiais e aos subtenentes; 2) os alunos de Escola Preparatória de Cadetes e do Colégio Naval têm precedência sobre os Terceiros-Sargentos, aos quais são equiparados; 3) os alunos dos órgãos de formação de oficiais da reserva, quando fardados, têm precedência sobre os Cabos, aos quais são equiparados; 4) os Cabos têm precedência sobre os alunos das escolas ou dos centros de formação de sargentos, que a eles são equiparados, respeitada, no caso de militares, a antigüidade relativa (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 19, incisos I a V).

No caso das Forças Auxiliares o assunto deve ser tratado por normas específicas de cada Força. A princípio, os alunos dos Cursos de Formação de Cabos (CFC) devem manter a antigüidade relativa da graduação de Soldado e os alunos do Curso de Formação de Sargentos (CFS) devem manter sua antigüidade relativa de Cabo, tendo em vista que a lei somente discrimina a precedência dos alunos do Curso de Formação de Oficiais (Decreto-Lei n. 667, 02-07-1969, art. 8°).

2.1 Fundamento constitucional

“As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” (CF-88, art. 142, caput). As forças auxiliares (polícias militares e corpos de bombeiros militares) também são instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina e seus membros são considerados militares dos Estados, do Distrito Federal (CF-88, art. 42, caput).

2.2 Precedência hierárquica

A precedência hierárquica é instituto de vital importância na hierarquia militar (ordenação de autoridade dentro da

estrutura das Forças Armadas e Forças auxiliares). Entretanto a precedência e hierarquia não são palavras sinônimas. Precedência é apenas uma primazia para efeito de continência e sinais de respeito. Por exemplo, no caso de dois militares pode até não existir uma relação hierárquica entre eles, por pertencerem a Força diferente ou organização militar diferente ou, simplesmente, por não existir entre eles qualquer relação de subordinação. Entretanto, entre eles existirá sempre uma relação de precedência hierárquica, para fins de sinais de respeito.

Na hierarquia militar o superior, por estar numa posição mais elevada na escala hierárquica, tem sempre também a precedência hierárquica sobre o subordinado. Em decorrência de sua posição na hierarquia pode rever, avocar, delegar, anular administrativos, ou aplicar punição aos subordinados.

Por outro lado podem existir relações entre militares, em que ocorra a precedência hierárquica (por exemplo, a precedência de um oficial das Forças Armadas sobre o oficial das Forças auxiliares, no caso de igualdade de posto), embora não exista entre eles qualquer relação hierárquica, dentro da organização a que pertença cada membro.

As organizações militares possuem regras rígidas no sentido de determinar a precedência hierárquica de cada militar. Seguem como exemplos, a seguir, algumas regras sobre a precedência entre militares: 1) A precedência entre militares da ativa do mesmo grau hierárquico, ou correspondente, é assegurada pela antiguidade no posto ou graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei; 2) A antiguidade em cada posto ou graduação é contada a partir da data da assinatura do ato da respectiva promoção, nomeação, declaração ou incorporação, salvo quando estiver taxativamente fixada outra data; 3) Em igualdade de posto ou de graduação, os militares

da ativa têm precedência sobre os da inatividade (Lei Federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 17). Em igualdade de posto e graduação os militares das Forças Armadas em serviço ativo e da reserva remunerada têm precedência hierárquica sobre o pessoal das Polícias Militares (Decreto-Lei n. 667, 02-07-1969, art. 27).

2.3 Disciplina militar

Art. 8º A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

§ 1º São manifestações essenciais de disciplina:

I - a correção de atitudes;

II - a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;

III - a dedicação integral ao serviço;

e

IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.

§ 2º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos militares na ativa e na inatividade.

Valores militares é o conjunto de características imutáveis determinantes da moral do militar. Valor pode ser considerado também o conjunto de princípios ou fundamentos morais ou éticos que orientam a ação do militar. Existe um vínculo indissociável entre valores e deveres militares.

Conforme amplamente divulgado, os princípios da hierarquia e da disciplina são pilares mestres das organizações militares. Não é ao acaso que prescreve o regulamento que a disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições por parte de todos. De fato, ocorrendo o acatamento integral de todas as normas, por consequência não haveria nenhuma ofensa ao dever militar. Por sua vez, da Hierarquia origina a confiança e o respeito entre superiores e subordinados, na compreensão recíproca de seus direitos e deveres, dentro da escala hierárquica. Daí a importância da Hierarquia e da Disciplina às Corporações militares.

Observe que existem também deveres fundamentais nos regulamentos disciplinares como “cumprir e fazer cumprir as leis, regulamentos, instruções e ordens emanadas de autoridades competentes” (Lei federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 28, inciso IV).

Isso porque “Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida; o culto aos Símbolos Nacionais; a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; a disciplina e o respeito à hierarquia; o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade (Lei federal n. 6.880, de 09-12-1980, art. 31, incisos I a VI).

Em linhas gerais pode-se afirmar que toda a transgressão disciplinar ofende os princípios da hierarquia e da disciplina, mas a afronta acentuada desses princípios constitui infração grave no âmbito das organizações militares, conforme reiteradas decisões judiciais: “Apelação. Defesa. Crime de motim. Paralisação das atividades do ACC-CW - Curitiba/PR. Controladores do tráfego aéreo do CINDACTA II. Caos aéreo. Pena acessória de exclusão das Forças Armadas. [...] 5. Configura o crime de motim o fato de graduados impedirem o Comandante de exercer sua autoridade, em recusa conjunta à obediência, após acordo prévio entre

eles estabelecido, com o objetivo de fazer cessar as atividades de controle do tráfego aéreo, em visível afronta aos pilares da hierarquia e da disciplina. 6. Ausente qualquer inconstitucionalidade na aplicação da pena acessória de exclusão das Forças Armadas por expressa imposição legal, ex vi do art. 102 do CPM, quando devidamente fundamentada em Sentença e que se afigura em consonância com o grave delito praticado. Preliminares rejeitadas. Decisão unânime” (STM. Acórdão n. 0000013-12.2007.7.05.0005 (1) UF: PR, Ministro Relator: Artur Vidigal de Oliveira Decisão: 19-03-2014, publicação em DJE de 03-04-2014).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná decisões semelhantes: Conselho de Justificação. Oficial da Polícia Militar Estadual. Exclusão. Aceitação de ocupação gratuita de imóvel mediante a intermediação de pessoa sabidamente envolvida em atos ilícitos por ele investigados. Conduta irregular, incompatível com a preservação de valores ético-morais que devem pautar a vida pessoal e a atividade castrense. Incapacidade de permanência na instituição, risco de incentivo à obtenção de benesses no exercício da função. Observância dos critérios de moralidade e conveniência da Corporação, marcada pela Disciplina e Hierarquia - Decisão do Comandante Geral Mantida. (TJPR - 1ª C.Criminal - CJ - 542767-0 - Curitiba - Rel.: Telmo Cherem - Unânime - - J. 24.09.2009).

2.4 Manifestações essenciais da disciplina

São manifestações essenciais da disciplina: a correção de atitudes; a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos; a dedicação integral ao serviço; e a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas (e Forças auxiliares).

2.4.1 Correção de atitudes

Os principais objetivos da punição disciplinar é a preservação da disciplina e a educação ao punido à coletividade a que ele pertence. Por isso é essencial que o próprio militar se conscientize de sua conduta contrária à disciplina e corrija seus atos. O próprio regulamento esclarece

que a “relevação” de punição disciplinar consiste na suspensão de seu cumprimento e poderá ser concedida: quando ficar comprovado que foram atingidos os objetivos visados com a sua aplicação, independentemente do tempo a cumprir” (RDE-2002, art. 45, inciso I).

2.4.2 Obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos

Primeiramente importante constar que a obediência a que se refere o regulamento é aquela obediência à ordem necessária ao cumprimento dos serviços e missões militares. As ordens podem se emanar das diversas formas, como a ordem verbal, ordem por instrumentos (apitos, cornetas), ordem por gestos, ordens escritas etc., desde que emanada por autoridade competente para emaná-la.

Sendo a ordem emanada da autoridade competente, em matéria de serviços, deve o subordinado solicitar os esclarecimentos necessários ao perfeito cumprimento da ordem e cumpri-la imediatamente, salvo motivo de força maior plenamente justificado.

O regulamento prevê diversas transgressões relacionadas à inércia do subordinado no cumprimento da missão ou ordem recebida como: “Retardar o cumprimento, deixar de cumprir ou de fazer cumprir norma regulamentar na esfera de suas atribuições” (RDE-2002, do Anexo I, item 7); “Desrespeitar, retardar ou prejudicar medidas de cumprimento ou ações de ordem judicial, administrativa ou policial, ou para isso concorrer (RDE-2002, do Anexo I, item 12); “Aconselhar ou concorrer para que não seja cumprida qualquer ordem de autoridade competente, ou para retardar a sua execução” (RDE-2002, do Anexo I, item 16); Deixar de cumprir ou alterar, sem justo motivo, as determinações constantes da missão recebida, ou qualquer outra determinação escrita ou verbal (RDE-2002, do Anexo I, item 17).

2.4.3 A dedicação integral ao serviço

É dever do militar se dedicar inteiramente ao serviço. No próprio compromisso dos militares (recrutas) consta a

advertência deles se dedicarem inteiramente ao serviço da pátria (Portaria Normativa n. 660-MD, de 19-05-2009, art. 176, inciso V). Os Oficiais quando do ingresso no primeiro posto e os Guardas-Marinhas e Aspirantes a Oficial, quando de sua declaração também fazem juramentos semelhantes (Portaria Normativa n. 660-MD, de 19-05-2009, art. 179, inciso V).

Nas Forças Auxiliares também os militares estaduais se comprometem a dedicarem-se inteiramente ao serviço do Estado e da Pátria, como, por exemplo, consta no Código da Polícia Militar, no compromisso dos soldados (Lei Estadual n. 1943, de 23-06-1954, art. 49). No compromisso dos oficiais, quando do acesso ao primeiro posto também consta disposição semelhante.

No caso das Forças Auxiliares o problema do “bico” policial é amplamente debatido: uma parcela defende que o “bico” policial contribui para segurança pública, na medida em que os policiais de folga realizam a segurança de estabelecimentos privados; outra parcela, porém, defende que o “bico” é uma forma nociva, que destrói as Corporações militares. A razão está com o segundo grupo.

Na realidade, os policiais que realizam a chamada atividade complementar conhecida como “bico” utilizam os valores oriundos desse trabalho, como se salário mensal fosse.

Dai ele organiza toda a sua vida financeira baseado no subsídio recebido como militar estadual e nos valores recebidos com o “bico”. Com o tempo, o militar torna-se escravo do “bico”, não sendo mais possível identificar qual é a atividade principal e qual é a atividade secundária. Os prejuízos à Corporação são evidentes, porque terá que conviver com um policial cansado, estressado, dividido, insatisfeito, relapso e desmotivado. A conclusão é óbvia o policial não desempenhará a contento sua profissão. O “bico” policial ofende o princípio da moralidade pública e da

eficiência constante na Constituição Federal de 1988 (art. 37, caput), porque o militar não desempenhará de forma satisfatória suas atividades.

2.4.4 colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas

O papel de cada militar é comportar de maneira disciplinada e disciplinadora, cumprindo suas obrigações e servindo de exemplo aos demais membros que compõe à coletividade militar.

As normas militares são rígidas em relação aos militares que contribuem ou concorrem para que outros militares cometam crime ou transgressão disciplinar. Por exemplo: é considerada transgressão disciplinar o fato de: “Induzir ou concorrer intencionalmente para que outrem incida em transgressão disciplinar” (RDE-2002, Anexo I, item 113), outras vezes, o fato pode até ser considerado como crime militar como na Aliciação para motim ou revolta (CPM, art. 154) ou Incitamento à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar (CPM, art. 155), como exemplos.

Art. 9º As ordens devem ser prontamente cumpridas.

§ 1º Cabe ao militar a inteira responsabilidade pelas ordens que der e pelas conseqüências que delas advierem.

§ 2º Cabe ao subordinado, ao receber uma ordem, solicitar os esclarecimentos necessários ao seu total entendimento e compreensão.

§ 3º Quando a ordem contrariar preceito regulamentar ou legal, o executante poderá solicitar a sua confirmação por escrito, cumprindo à autoridade que a emitiu atender à solicitação.

§ 4º Cabe ao executante, que exorbitou no cumprimento de ordem recebida, a responsabilidade pelos excessos e abusos que tenha cometido.

3 Noções gerais de ato administrativo

3.1 Conceito

No conceito clássico “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (MEIRELLES, 1998, p. 131). Noutro aspecto “ato administrativo pode ser definido como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2010, p. 96), ou ainda ato administrativo é “toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, com caráter infralegal, consistente na emissão de comandos complementares à lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos” (MAZZA, 2013, p. 173).

3.2 Atributos

Os atos administrativos apresentam certos atributos que o diferencia dos atos de direito privado, decorrentes das prerrogativas da Administração, em virtude do regime de direito público, aplicáveis a tais atos. Adotamos, aqui, a classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual, além dos Atributos apontados por Hely Lopes Meirelles (Presunção de Legitimidade, Imperatividade e autoexecutoriedade), também adiciona a Tipicidade, na classificação.

a) Presunção de Legitimidade e Veracidade

Como a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, presume que o ato administrativo foi formulado em conformidade da lei. Todos os atos administrativos possuem tal atributo. Isto não significa, porém, que tal presunção é absoluta, porque admite

prova em contrário pelo interessado, que poderá utilizar dos meios jurídicos cabíveis (mandado de segurança, recursos administrativos, etc.).

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos alegados pela Administração, como as certidões, atestados, declarações, informações, todos dotados de fé-pública. É bom esclarecer que em decorrência de tal atributo, enquanto não decretada eventual invalidação, ele produzirá todos os seus efeitos, devendo a parte interessada demonstrar sua pretensão perante a própria Administração ou perante o Judiciário. Todos os atos administrativos possuem tal atributo.

b) Imperatividade

Imperatividade é o Atributo de imposição presente no ato administrativo, porque ele cria obrigação para terceiros, independente de sua concordância. Diferente da presunção de legitimidade (que está presente em todos os atos administrativos), a imperatividade somente está presente naqueles que se consubstanciam em uma ordem administrativa ou num provimento, ou seja, naqueles que impõe obrigações, como nos atos punitivos, normativos e ordinatórios. Noutros atos, porém, que apenas conferem direitos solicitados pelos interessados, como na licença, autorização, permissão, admissão ou apenas enunciativos (certidão, atestado, parecer) esse atributo inexistente.

c) Autoexecutoriedade

Autoexecutoriedade é o atributo de o ato administrativo ser executado pela própria Administração, sem necessidade de autorização por parte de terceiro ou do Poder Judiciário. Esse atributo, assim como a imperatividade não existe em todos os atos administrativos, só existindo quando houver previsão em lei, em matéria de polícia administrativa (apreensão de mercadorias, fechamento de estabelecimentos, cassação de licença para dirigir, etc.) e medidas urgentes. A autoexecutoriedade não afasta o controle a posteriori do ato e até mesmo a suspensão do ato,

ainda não executado, via administrativa (recurso com efeito suspensivo) ou judicial (mandado de segurança).

d) Tipicidade

A Administração em virtude do princípio da legalidade não deve praticar atos inominados. “Tipicidade é o atributo do pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei” (DI PIETRO, 2010, p. 202).

3.3 Elementos ou requisitos do ato administrativo

Os elementos do ato administrativo estão previstos no art. 2º, Parágrafo Único da Lei Federal n. 4.717, de 29-06-1965, que regula a ação popular quais sejam: a competência, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade, porque tal artigo diz que são nulos os atos lesivos ao patrimônio nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.

A própria lei estabelece os conceitos: “a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

a) Competência

Alguns autores preferem utilizar a denominação de sujeito, porque ser este o autor do ato. Seria melhor falar então em sujeito

competente ou agente público competente. O importante é que para a prática do ato não basta apenas possuir a capacidade civil, tem que haver a competência.

É indispensável no direito administrativo a competência do sujeito para a prática do ato. Competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo (DI PIETRO, 2010, p. 203). Portanto “para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato - discricionário ou vinculado - pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo” (MEIRELLES, 1998, p. 134).

Daí a sempre atual a lição de Caio Tácito, lembrada por Meirelles de que "não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito" (MEIRELLES, 1998, p. 134)

Aplicam-se à competência as seguintes regras: 1) decorre da lei, e por ela é limitada, não podendo, por si mesmo, o órgão estabelecer sua competência; 2) seu exercício é obrigatório; 3) É intransferível, mas pode ser delegada ou avocada, em virtude da organização hierárquica da Administração, salvo se for competência exclusiva do órgão;

b) Forma

Em palavras simples forma é o revestimento externo do ato. Forma é a maneira com que o ato se exterioriza no mundo jurídico. Regra geral, a forma é a escrita, como decreto, portaria, resolução, deliberação etc., para que tudo fique devidamente documentado e permita mais facilmente sua análise de legalidade. Diferente daquilo que se opera no direito privado, onde vigora o princípio da liberdade das formas, no direito público a regra é a solenidade das formas, porque “Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente” (MEIRELLES, 1998, p. 134).

No entanto, em certos casos admite outras formas, que não a escrita (ordens verbais, controle de trânsito por policiais, etc.). De fato “Além dos escritos, existem, excepcionalmente, atos orais (ordens dada a um servidor), atos pictóricos (placas de sinalização de trânsito), atos eletromecânicos (semáforos) e atos mímicos (policiais orientando manualmente o trânsito)” (GASAPARINI, 2012, p. 115).

Forma, em sentido amplo, abrange também todas as formalidades no período de formação do ato. Exemplo, não basta à nota de punição do servidor ser elaborado em conformidade da lei, mas todo o processo também deve estar em conformidade legal. O respeito à forma é uma garantia ao administrado e à própria Administração, pois possibilita o controle do ato, tanto pela própria Administração, quanto por parte de outros poderes, principalmente o Poder Judiciário.

É bom esclarecer que a forma é sempre elemento vinculado do ato e a inobservância da forma é motivo para invalidade do ato.

c) Objeto

Em termos simplificados o objeto é a disposição jurídica que o ato expressa, ou seja, constitui o efeito jurídico imediato que o ato produz no mundo jurídico. Todo ato administrativo teve por finalidade a criação, a modificação, ou a comprovação de situações jurídicas.

De fato “Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes” (MEIRELLES, 1998, p. 135).

Alguns autores utilizam a expressão “conteúdo”, sendo o objeto alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato, como por exemplo, no caso de permissão de uso de bem público, o objeto é o próprio bem público (GASPARINI, 2012, p. 119-120). O conteúdo seria a modificação

ocorrida no mundo jurídico. Importante constar que diversos autores adotam os termos como sinônimos, definindo o objeto ou conteúdo como “o efeito imediato que o ato produz” (DI PIETRO, 2010, p. 206).

d) Motivo

Decorre de situações reais (de direito ou de fato), que são avaliadas para a prática do ato, ou seja, “O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração” (MEIRELLES, 1998, p. 135).

Não se deve confundir “motivo” com “motivação”, porque o segundo é a mera descrição e explicitação do motivo (considerações ou justificativas por escrito).

Hoje a moderna teoria do direito administrativo aponta que tantos os atos vinculados, quantos os discricionários necessitam de motivação. O STJ assim já decidiu que “A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato” (STJ. MS 9944 - DF, Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI - PRIMEIRA SEÇÃO, data Publicação/fonte: DJ, 13/06/2005 p. 157).

Ainda relacionado ao Motivo, há a teoria dos motivos determinantes, que vincula à validade do ato, os motivos apontados como fundamento do fato. Se inexistentes ou falsos, cabe à nulidade do ato.

e) Finalidade

Explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 209) que Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato administrativo, só que, enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato, a finalidade é o resultado mediato que se quer alcançar.

Por exemplo, no livro do Helly Lopes Meirelles, é dito que a finalidade de todo ato administrativo é o interesse público; nesse caso, a finalidade é considerada em sentido amplo. Assim “A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa. A alteração da finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder (*détournement de pouvoir* - sviamento di potere), que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador” (MEIRELLES, 1998, p. 134).

Di Pietro (2010, p. 209-2010) fala em finalidade ou fim em dois sentidos: um amplo (finalidade pública) outro restrito, que é o resultado específico que cada ato deve produzir em decorrência da lei. Dessa forma se infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal por desvio de poder. Um exemplo muito comum narrado pela autora: remover o funcionário “*ex-officio*”, a título de punição; isto é muito comum, o funcionário é mandado para o outro lado do fim do mundo, a título de punição. Então, ao invés de se instaurar um processo e aplicar a penalidade adequada, usa-se a remoção, com caráter punitivo, quando ela não tem uma finalidade punitiva.

4 Requisitos de uma ordem militar

Amparado nas considerações sobre o ato administrativos pode-se afirmar que são requisitos da ordem militar

4.1 Que a ordem seja emanada da autoridade militar competente

A autoridade militar competente para a prática do ato é aquela que o direito positivo determina. Não basta ser superior hierárquico, é necessário também que possua ascendência de subordinação dentro da hierarquia, ou qualquer outra relação que o autorize a expedição da ordem, como, por exemplo, um instrutor. Em palavras mais simples a ordem é a manifestação de vontade exarada pelo superior ao subordinado.

Não se justifica que um militar sem qualquer relação com outro militar possa emitir indiscriminadamente ordens. Somente pode emitir ordens quem expressamente o ordenamento jurídico indique. Existirá entre dois ou mais militares, independentemente de qual Força pertençam, uma relação de precedências hierárquicas, mas não, necessariamente, uma relação de subordinação, em que um deles possa emitir ordens a outro.

Dessa forma antes de emitir uma ordem o superior deve analisar sua situação em relação ao “subordinado”, que deve cumprir a ordem, considerando o papel de ambos dentro da estrutura hierárquica. O superior deve estar em posição hierárquica ou funcional que lhe permita emitir a ordem e, por sua vez, a ordem emanada contenha as tarefas (atribuições) que o subordinado deva cumprir.

4.2 Que a ordem tenha um interesse público

É o resultado que a superior hierárquico, agente público, que age em nome da administração militar quer alcançar com a emanação da ordem. Essa ordem só pode ser emanada em interesse do serviço, nunca com interesses particulares ou desvinculadas de um interesse público.

O regulamento prevê como causa de justificação da transgressão quando ela for cometida em obediência a ordem de superior hierárquico (omitindo a expressão “em matéria de serviços”) (RDE-2002,

art. 18, inciso III). Entretanto, o Código Penal Militar é mais específico ao discriminar que não é culpado quem comete o crime em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços (CPM, art. 38, letra “b”).

A ordem do superior hierárquico deve ser sempre em matéria de serviço para que possa servir como causa de excludente de culpabilidade de um crime militar ou causa de justificativa de uma transgressão disciplinar. É ilegal a ordem militar que não seja em matéria de serviços.

Pode ocorrer no caso concreto que o subordinado não tenha condições de discernir que a ordem seja em matéria de serviço ou não e, assim, cumpre a ordem. Nesse caso pode ser aplicada outra causa de justificativa da transgressão, como ignorância plenamente comprovada (RDE-2002, art. 18, VI).

Todas as ordens emanadas pelo superior devem ter um fim público: se o superior exige alto grau de desempenho em treinamento militar, a finalidade pública aí é o interesse da administração militar em ter um militar preparado para as missões que lhe forem impostas. Por outro lado, se os exercícios realizados são feitos com o único objetivo de “sugar” ou humilhar o subordinado, as ordens perdem a finalidade pública e são viciadas por desvio de poder ou finalidade.

4.3 Que a ordem obedeça à forma adequada

A regra geral é a solenidade das ordens emanadas, como no caso das escalas de serviço, ordens de serviço, memorandos etc. Entretanto, a ordem verbal emitida a um subordinado é comum no meio militar, principalmente devido às peculiaridades da missão militar. Há diversas formas ainda de emanar ordens no meio militar como, por instrumentos, por gestos, por sinais.

4.4 Que a ordem seja legal

No direito penal um dos elementos da culpabilidade é a exigibilidade de conduta diversa. Ou seja, a prática da conduta ilícita poderia ter sido evitada pelo agente, caso ele tivesse tomado outra postura possível no caso concreto. O Código Penal prevê a coação irresistível e obediência hierárquica como causas legais excludentes da exigibilidade de conduta diversa (CP, art. 22). No entanto, o Código prevê que o cumprimento deve ser “em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico”, para tornar eivada de vício a vontade do subordinado, excluindo, via de consequência a culpabilidade.

Ordem de superior hierárquico: “É a manifestação de vontade do titular de uma

função pública a um funcionário que lhe é subordinado. Existem casos em que não há

vinculação funcional, mas subordinação em virtude da situação. É a hipótese do policial

militar encarregado de manter a ordem na sala de audiências, devendo seguir as determinações administrativas que o magistrado lhe der, enquanto estiver nessa função” (CAPEZ, 2012, p. 87).

Já a ordem emanada pelo superior deve ao menos possuir aparência de legalidade, porque se de pronto verificar a manifesta ilegalidade deve o subordinado responder pelo crime. Imagine o caso que o superior pede ao subordinado para que pegue arma dele e atire na perna de outro militar que se encontra dormindo. Nesse caso é flagrante a ilegalidade da ordem e deve responder o subordinado pelo crime.

Nucci prevê cinco requisitos para configurar a excludente de culpabilidade penal: “a) existência de uma ordem não manifestamente ilegal, ou seja, de duvidosa legalidade (essa excludente não deixa de ser um misto de inexigibilidade de outra conduta com erro de proibição); b) ordem emanada de autoridade competente (excepcionalmente, quando

se cumpre ordem de autoridade incompetente, pode se configurar um “erro de proibição escusável”); c) existência, como regra, de três partes envolvidas: superior, subordinado e vítima; d) relação de subordinação hierárquica entre o mandante e o executor, em direito público [...] e) e) estrito cumprimento da ordem” (NUCCI, 2010, p. 239)

Observados os requisitos legais, a estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico afasta a culpabilidade do agente, porque nessas circunstâncias não lhe poderia exigir outra conduta. No entanto deve-se ser bastante frisado que o cumpridor da ordem jamais se deve afastar dos limites constantes na ordem.

a) Hierarquia

Hierarquia é relação de Direito Público. Para que se possa falar em obediência hierárquica é preciso que exista dependência funcional do executor a quem lhe ordenou, dentro da estrutura hierárquica. Não basta ter precedência hierárquica, mas sim um vínculo funcional.

Do exercício da hierarquia, decorre diversas competência ao superior, uma delas é o de dar ordens ao subordinado: “Pela atribuição de dar ordens determina-se ao subordinado o ato a ser praticado ou a conduta a ser observada” (GASPARINI, 2012, p. 105).

b) Doutrina quanto ao dever de obediência

O dever de obediência impõe ao subordinado o acatamento integral das normas e sua fiel e imediata execução. O militar deve obediência ao superior hierárquico, mesmo porque a disciplina militar consiste no acatamento integral das normas.

Enquanto na doutrina francesa o servidor deve cumprir todas as ordens emanadas, sem poder discutir sua legalidade; na doutrina inglesa, o servidor só é obrigado a cumprir as ordens legais. A doutrina inglesa é a que melhor se adapta ao modelo brasileiro, porque ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em

virtude de lei (CF-88, art. 5º, II), conforme adverte Gasparini (2012, p. 292). Entretanto o modelo brasileiro é um misto entre o sistema francês e o inglês.

Isso porque, no caso dos militares, a obediência deve ser mais acentuada que no meio civil, porque “Em certos casos, a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então se a ordem é ilegal, é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas como não lhe cabe discutir sobre a sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer a ordem)” (JESUS, 2005, p. 100). No sistema militar “o militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso” (ROMEIRO, 1994, p. 124).

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar é pacífica no sentido que somente a ordem, com caráter manifestamente criminoso, deve ser recusada o cumprimento pelo subordinado: “Apelação. Defesa. Art. 163 do CPM. Recusa de obediência. Alegação de ordem ilegal. Desclassificação para o artigo 301 do CPM. Impossibilidade. Apelo desprovido. 1. Militar que se recusa a obedecer ordem dos superiores sobre matéria de serviço, mantendo-se irredutível em sua posição, comete o crime de recusa de obediência ínsito no artigo 163 do CPM. 2. O dever de obediência hierárquica é peculiar no âmbito castrense e não exime o militar do cumprimento de uma determinação, salvo se manifestamente criminosa. [...] (Num: 0000095-10.2013.7.09.0009 UF: MS Decisão: 30/03/2015: Apelação. Data da Publicação: 06/05/2015. Relator para Acórdão: José Coêlho Ferreira).

Noutro giro, a ordem ilegal cumprida pelo subordinado, é reconhecida como excludente de culpabilidade de

obediência hierárquica: “Apelação. MPM e defesa. Falsidade ideológica. Escala de ronda. Falsificação de documento público. Aplicação da excludente de obediência hierárquica. Ordem não manifestamente ilegal. 1. Comete o crime de falsidade ideológica (Art. 312 do CPM) o superior hierárquico que determina ao subordinado que confeccione nova escala de ronda, inserindo declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com a finalidade de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. 2. O reconhecimento da excludente de culpabilidade de obediência hierárquica deve ser utilizado para absolver o subordinado corréu quando a ordem superior não é manifestamente ilegal. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime” (Num: 0000030-18.2010.7.02.0202 UF: SP Decisão: 07/03/2013, Apelação. Publicação: 22/03/2013, Ministro Relator: Artur Vidigal de Oliveira).

Enfim, a obediência à ordem do superior militar não deva ser cega e irrestrita, mas o seu cumprimento não deve ficar restrito às ordens legais, porque devem ser cumpridas todas as ordens, em matéria de serviços, exceto àquelas manifestamente criminosas ou que atentem flagrantemente contra os princípios da hierarquia e disciplina militares.

No modelo brasileiro ocorrem situações em que o subordinado pode cumprir ordens ilegais, sem que haja culpabilidade criminal ou responsabilidade administrativa em sua conduta; outras vezes, porém, deve o subordinado respeitar o princípio da legalidade, no caso de ordens manifestamente criminosas. Portanto, o modelo brasileiro é sistema intermediário entre o sistema francês e o sistema inglês de cumprimento de ordens militares, pois procura conciliar os princípios da hierarquia e disciplina militares com o princípio da legalidade.

5 Responsabilidade do superior

Cabe ao superior a inteira responsabilidade pelas ordens que der e pelas conseqüências que delas advierem. No caso de ordem ilegal, o superior responde pelo crime ou transgressão decorrente dessa ordem. Apenas se a ordem for manifestamente ilegal ou contrária flagrantemente às normas administrativas, é que o subordinado deve responder também.

A fundamentação da excludente de culpabilidade do subordinado em caso de crime militar encontra-se no artigo 38, letra “b” do Código Penal Militar e, no caso de transgressão disciplinar no art. 18, inciso III do Regulamento Disciplinar do Exército.

6 Responsabilidade do subordinado

Embora o subordinado que cumpra a ordem de superior hierárquico, em matérias de serviços, fique isento de pena, no caso de crime militar; ou ainda, fique isento de punição disciplinar, no caso de transgressão disciplinar, alguns cuidados devem ser observados por ele (subordinado).

Primeiro, cabe ao subordinado, ao receber uma ordem, solicitar todos os esclarecimentos necessários ao seu total entendimento e compreensão, porque se cumpri-la erroneamente pode responder pelos erros cometidos. De fato, cabe ao executante, que exorbitou no cumprimento de ordem recebida (por dolo ou culpa), a responsabilidade pelos excessos e abusos que tenha cometido.

O regulamento prevê que “Quando a ordem contrariar preceito regulamentar ou legal, o executante poderá solicitar a sua confirmação por escrito, cumprindo à autoridade que a emitiu atender à solicitação” (RDE-2002, art. 9, § 4º). A previsão deve ser analisada com ressalvas necessárias.

Não é comum do meio militar o subordinado exigir tal formalidade, mas se assim o fizer o superior não deve interpretar tal atitude como ofensivo à disciplina militar. Também não deve o subordinado utilizar-se de tal artifício,

quando a ordem não apresentar qualquer elemento que possa causar dúvida. Um último aspecto deve ser ressaltado: a ordem mesmo que seja emanada por escrito não tem o condão em tornar uma ordem manifestamente ilegal em aparentemente legal. Em caso de ordem manifestamente ilegal responde o subordinado, independentemente do fato da ordem ser escrita ou não.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07-12-1940**, Código penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm, acesso em 17-06-2015.

_____. **Lei n. 4.717, de 29-06-1965**, regula a ação popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm, acesso em 17-06-2015.

_____. **Decreto-Lei n 667, de 02-07-1969**, reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0667.htm, acesso em 10-06-2015

_____. **Decreto-Lei n. 1.001/1969** de 21-10-1969, Código Penal Militar. Disp. em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%201.001-1969?OpenDocument, acesso em 10-06-2015.

_____. **Lei n. 6.880, de 09-12-1980**, Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm, acesso em 10-06-2015.

_____. **Decreto n 88.777, de 30-09-1983**, Aprova o regulamento para as Polícias Militares e Corpo de Bombeiros

Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm, acesso em 16-06-2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05-10-1988. Diário Oficial da União n. 191-A, de 05-10-1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 07-06-2015.

_____. **Decreto n. 4.346**, de 26-08-2002. Diário Oficial da União 27-08-2002. Regulamento Disciplinar do Exército. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4346.htm, acesso em 06-06-2015.

BRASIL. Ministério da Defesa, **Portaria Normativa n. 660-MD**, de 19-05-2009, Boletim Do Exército n. 21/2009: Brasília - DF, 29 de maio de 2009.

_____. Superior Tribunal Militar. **Num: 0000030-18.2010.7.02.0202** UF: SP Decisão unânime: 07/03/2013, Apelação. Publicação: 22/03/2013, Ministro Relator: Artur Vidigal de Oliveira, disponível em: [http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1="manifestamente ilegal"&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI](http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=), acesso em 21-06-2015.

_____. Superior Tribunal Militar: **Acórdão n. 0000013-12.2007.7.05.0005** (1) UF: PR, Ministro Relator: Artur Vidigal de Oliveira Decisão: 19-03-2014, publicação em DJE de 03-04-2014. Disponível em: <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s4=hierarquia+e+disciplina+e+grave&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=4&f=G§1=NOVAJURI>, acesso em 16-06-2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça: **AgRg no RMS 32.526/MT**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1ª. Turma, julgado em 27-03-2014, DJe 04-04-2014. Disp. em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1309300&num_registro=201001157756&data=20140404&formato=PDF, acesso em 15-06-2015.

_____. Superior Tribunal Militar. **Num: 0000095-10.2013.7.09.0009** UF: MS Decisão por maioria: 30/03/2015: Apelação. Data da Publicação: 06/05/2015. Relator para Acórdão: José Coêlho Ferreira, disponível em: <http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s2=0000095-10&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S§1=NOVAJURI>, acesso em 21-06-2015.

CAPEZ, Fernando e PRADO, Stela. **Código penal comentado**, – 3. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 24ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**, 11ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 89/97

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio E. **Código penal anotado**, 17ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**, 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 23.^a edi o, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, D lcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo:Malheiros Editores, 1998.

NEVES, Cícero Robson; STREIFINGER, Marcelo. **Manual de direito penal militar**, 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**, 10.^a edi o. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PARANÁ. **Lei Estadual n. 1943**, de 23-06-1954 – Código da Polícia Militar do Paraná, publicado no Diário Oficial n. 98 de 05-07-1954. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=14555&indice=8&anoSpan=1960&anoSelecionado=1954&isPaginado=true>, acesso em 08-06-2015.

_____. **Decreto n  7.339**, de 08-06-2010, Regulamento Interno dos Serviços Gerais da Polícia Militar do Paraná, disponível em: <http://www.aprapr.org.br/wp-content/uploads/2011/11/Decreto7339RegulamentoInternodosServicosGeraisdaPMPR3.pdf> acesso em 03-06-2015.

_____. **Lei 16.544 de 14-07-2010**, que dispõe que o processo disciplinar, na PMPR publicada no Diário Oficial n . 8262 de 14-07-2010. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=56213&codItemAto=435524>, acesso 11-06-2015.

PARANÁ. TJPR - 1.^a C. Criminal - CJ - 542767-0 - Curitiba - Rel.: Telmo Cherem - Unânime - - julgamento em 24-09-2009. DJ: 249 16-10-2009 Disponível

em:<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1865545/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-542767-0#>, acesso em 16-06-2015.

_____. TJPR - 1ª C. Criminal – **Conselho de Justificação n. 500132-7** - Curitiba - Relator: Oto Luiz Sponholz. Decisão unânime. Julgamento em 12.08.2011. Disponível em:<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1999371/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-500132-7#>, acesso em 15-06-2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 25ª edição, São Paulo: Saraiva. 2001.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**. São Paulo, Saraiva, 1994.

FAMÍLIA E ALIENA O PARENTAL: IMPLICA OES SOCIAIS E JURÍDICAS NAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

LUCAS ANDRADE DE MORAIS: Advogado. Administrador. Mestrando em Ambiente, Tecnologia e Sociedade (UFERSA). Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública (FIP) e Educa o em Direitos Humanos (UFPB). Bacharel em Direito (UFCG). Bacharel em Administra o Pública (UFRN).

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo relatar a rela o família e aliena o parental e as implica oes sociais e jurídicas nas crianças e adolescentes. A Aliena o Parental (AP), constitui um problema no contexto familiar, por trata-se de um processo de interferência na forma o psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos familiares que tenham o menor sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor, ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou   manuten o de vínculos com este. Deste modo, tal problema tem gerado efeito no âmbito social e jurídico cujos maiores prejudicados são as crianças e adolescentes vítimas da AP, devendo a família e o sistema jurídico centralizar as decisões e entender esses menores como sujeitos de direitos que merecem e precisam de aten o especial por se encontrarem em um processo de constitui o e desenvolvimento de sua personalidade e dignidade.

Palavras-chave: Aliena o Parental. Família. Criança e adolescente.

INTRODU O

A família constitui uma institui o social que   influenciada e influenciam outras pessoas, grupos e institui es, sendo responsável pelas a es de cuidado, prote o e incentivo ao desenvolvimento dos membros que a compõe, ao transmitir os seus valores, os aspectos físicos, afetivos e sociais. Desta forma, a família   "(...) o mais fundante e o mais importante grupo social de toda a pessoa, bem como o seu quadro de referência, estabelecido através das rela es e identifica es que a criança criou durante o desenvolvimento" (SAMARA, 1998, p. 8).

Porém, existem situações em que a família é a causa da desproteção dos seus membros, especialmente as crianças e adolescentes, e um desses casos é o da Alienação Parental (AP), que atualmente tornou-se um grande problema no contexto familiar e das crianças e dos adolescentes. O processo da Alienação Parental é entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, ou familiares que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo relatar a relação família e alienação parental e suas implicações sociais e jurídicas nas crianças e adolescentes. Para tanto se utilizou, no desenvolvimento desse trabalho, o método dedutivo, onde se partiu de concepções gerais para as específicas, bem como o método bibliográfico e o monográfico. O trabalho é composto no primeiro momento de uma abordagem conceitual e legal da família. No segundo momento, é feita considerações e conceituações, legais e doutrinárias sobre a AP, e por fim, aborda as implicações sociais e jurídicas desse problema sobre as crianças e os adolescentes.

1 DA FAMÍLIA: aspectos gerais

1.1 Conceito de Família

Criado na Roma Antiga para designar um novo grupo social que surgiu entre as tribos latinas, a origem etimológica do termo “família” é derivado do latim “*famulus*”, cujo significado é servo ou escravo doméstico, que primitivamente, a família era considerada um conjunto de escravos ou criados de uma mesma pessoa (MARKY, 1995).

[...] a expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo

número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles (ENGELS, 2002, p. 58).

Entretanto, o vocábulo “Família”, em Roma, tinha outros sentidos, pois o mesmo vocábulo poderia significar conjunto de pessoas colocadas sob o poder de um chefe (*paterfamilias*)[1] e outro sentido é o referente ao patrimônio do *parterfamilias*(CRETILLA JR., 1985).

Ferreira (2000), define família como o agrupamento de pessoas com que vivem, na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos, também consistindo pessoas do mesmo sangue, o mesmo subdivide antropologicamente em duas especificações *afamília elementar* (família nuclear), a que é constituída pelo casal e seus filhos e *afamília extensa* aquela constituída pela associação de duas ou mais famílias elementares. No entanto, o conceito de família é polissêmico, com várias acepções, ea concepção moderna de família é bem mais ampla que a definição supra, haja vista ser a família:

[...] um sistema aberto em permanente interação com seu meio ambiente interno e/ou externo, organizado de maneira estável, não rígida, em função de suas necessidades básicas e de um modus peculiar e compartilhado de ler e ordenar a realidade, construindo uma história e tecendo um conjunto de códigos (normas de convivências, regras ou acordos relacionais, crenças ou mitos familiares) que lhe dão singularidade. (NOBRE, 1987, p.118-119).

Portanto, além da estrutura familiar tradicional (elementar e extensa), a evolução e transformação sociais e culturais, proporcionaram a existências de diferentes tipos de famílias (monoparental, homoafetiva, comunitária, informal, etc.). De tal modo, a família é considerada a instituição social mais importante, pois é por meio dela que os indivíduos

se constituem como pessoas, já que esta é responsável por promover a educação de seus membros, que conseqüentemente influencia o comportamento desses no meio social. Assim, o ambiente familiar é o local propício para o desenvolvimento, devendo existir harmonia, afetos, proteção, conforto, segurança e proporcionar bem-estar aos membros da unidade familiar.

1.2 Composição da família no Brasil: Formas de entidades familiares e o papel da família na legislação brasileira

A cada momento histórico vivenciado pela humanidade, a estrutura e composição da família se apresenta de diferente natureza, assim como seu papel na transformação das relações sociais e antropológicas, em razão da importância atribuída a esta instituição para a formação da sociedade e dos próprios integrantes que a compõe.

No Brasil, a estrutura familiar na era colonial tinha influência nos costumes de Portugal, porém essa instituição se transformou através dos tempos, acompanhando as mudanças ocorridas no contexto histórico, político-jurídico, econômico, religioso, social e cultural na qual estão inseridos os indivíduos.

Entre todas as mudanças que estão se dando no mundo, nenhuma é mais importante do que aquelas que acontecem em nossas vidas pessoais – na sexualidade, nos relacionamentos, no casamento e na família. É uma revolução que avança de maneira desigual em diferentes regiões e culturas, encontrando muitas resistências. Como ocorre com outros aspectos no mundo em descontrole, não sabemos ao certo qual virá a ser a relação entre vantagens e problemas. Sob certos aspectos estas são as transformações mais difíceis e perturbadoras de todas (GIDDENS, 2000, p. 61).

Portanto, essa revolução que vem ocorrendo no novo modelo de constituição de família tem sido objeto de estudo de diferentes áreas, no âmbito social, educacional e jurídico faz-se necessário que as instituições (tal como escola, clubes, órgãos jurídicos, repartições públicas, etc..) tenham conhecimentos de quais modelos familiares estão presentes no seu contexto, para que possa agir de forma satisfatória no processo de relação família e instituições, porém antes de tudo, é necessário as instituições saberem as concepções atuais de famílias e o papel da família na legislação brasileira.

Sobre as formas de entidades familiares, no Brasil, além da tradicional estrutura familiar denominada nuclear ou elementar, as transformações sociais e culturais vêm proporcionando a existência de diferentes estruturas familiares como a matrimonial, informal, monoparental, anaparental, eudemonista e homoafetiva.

Dias (2011) descreve algumas concepções ou formas de família, quais sejam: a) *família* matrimonial, surgida no Concílio de Trento (1563), são as decorrentes do casamento como ato formal, litúrgico promovido por instituição religiosa, sendo esse tipo de família o único vínculo familiar reconhecido no Brasil até o ano de 1988; b) *família informal* se caracteriza pela União que não está formalizada na lei brasileira; c) *família homoafetiva* são a formadas pela união de pessoas do mesmos sexo; d) *família monoparental* formada por qualquer dos pais e seus descendentes, tendo como motivação causas circunstanciais (morte, abandono ou divórcio) ou ainda, a decisão (na maior parte dos casos, uma decisão da mulher) de ter um filho de forma independente; e) *família anaparental* é compreendida como sendo a entidade familiar composta de pessoas com vínculos consanguíneos que moram juntas sem um descendente (por exemplo dois irmãos, dois primos que moram juntos); f) *família eudemonista*[2] é a que tem em sua essência a busca pela felicidade, pela realização de seus membros, que todos sejam felizes de maneira plena, não importando parentesco civil, consanguíneo, orientação sexual ou quaisquer outras características.

Quanto ao papel da família na legislação brasileira, a Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88), em seu artigo 226, diz que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, na qual a referida instituição passa a ter direito e deveres com os seus membros, o Estado e a sociedade de modo geral. Sendo esse instituto responsável por prover o desenvolvimento dos seus membros (filhos), elencado no artigo 227, da CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O dever de responsabilidade de conferir à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais para um desenvolvimento físico, intelectual e emocional saudável, é rateado entre o Estado, a família e a sociedade, sem esquecer do estabelecimento da igualdade absoluta de direitos entre os filhos, naturais ou adotivos, decorrentes ou não do casamento, proibindo qualquer discriminação em relação à filiação.

Nesse sentido, a família tem papel crucial na legislação, quanto à proteção, afetividade e promoção do desenvolvimento dos indivíduos que a compõe, conforme é publicamente reconhecido na legislação nacional em diplomas legais como: CF/88, Código Civil, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei n.º 8.069/90) e a Lei nº 12.318/2010 (que dispõe sobre alienação parental). Portanto, a família não é somente o berço da cultura e a base da sociedade futura, mas é também o centro da vida social (GOKHALE, 1980), e para tanto deve ser a instituição que deve contribuir

e auxiliar no desenvolvimento biopsicossocial das crianças e dos adolescentes.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL (AP)

Inicialmente deve-se entender o que seria a Alienação Parental, mencionar que o termo e os estudos surgiram com a pesquisa de um psicólogo americano, Richard Gardner, que propôs o termo Síndrome da Alienação Parental (SAP), na qual definiu como:

[...] um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1985, p. 2).

Deste modo, Alienação Parental é um grande problema no contexto familiar e das crianças e dos adolescentes, e incide em um processo desencadeado pelo genitor, denominado de alienador, que tem por objetivo a alienação da criança ou adolescente (filho), fazendo campanhas de desmoralização, desconstrução, injúria e outras ações contra o outro genitor, ao seu filho, privando-o da convivência e induzindo a afastamento destes.

Esse processo sempre existiu na humanidade, entretanto, a pouco tempo é que foi dada a devida importância pela sociedade a tal problema, tanto é que o legislador atento para tal problemática regulamentou por meio da Lei nº 12.318/2010, dispondo sobre a alienação parental e alterando o art. 236 do ECA, sobre o entendimento legal do que venha a ser AP, a referida lei dispõe:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (Lei n.º 12.318/2010).

Desta maneira, a família é o principal agente determinante da AP, na qual os maiores prejudicados são as crianças e os adolescentes que sofrem, ou sofreram AP, visto ser “[...] uma ‘lavagem cerebral’ feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou que não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador” (DIAS, 2011, p. 455).

A alienação parental adentra na seara social e jurídica, e sendo detectada pelos profissionais que atuam e aplicam a própria Lei de Alienação Parental, no artigo 2º, parágrafo único, dá um rol exemplificativo do que seria casos de AP, tais como:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (Lei n.º12.318/2010).

Portanto, pode-se observar que são múltiplos as causas de ocorrência da AP, e vários são os atores que podem exercê-la, ou seja, todas as pessoas que fazem parte do ciclo familiar e social das crianças e adolescentes podem ser sujeitos ativos dessa prática. Observa-se que, de acordo com o contexto conferido pela lei, também pode ser imputada aos avós, tios, curador, tutor, ou qualquer pessoa que tenha autoridade, guarda ou vigilância da criança e adolescente.

O sentido do rol exemplificativo, que traz à tona condutas práticas que, regra geral, tendem a frustrar a convivência saudável da criança ou adolescente, também é o de imprimir caráter educativo à norma,

na medida em que devolve claramente à sociedade legítima sinalização de limites éticos para o litígio entre ex-casal. Por exemplo, *dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar ou omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço*, por si só, inviabiliza ou dificulta o efetivo exercício da autoridade parental (CC/2002 1.634 e ECA 21) e o direito à convivência familiar saudável (CF 227 e ECA 19). A lei, além de contextualizar tais violações em eventual processo de alienação parental, viabiliza maior efetividade na implementação da garantia constitucional (PEREZ, 2010, p. 72)

A ampliação do rol de pessoas que podem ser sujeitos ativos na prática e a exemplificação dos possíveis casos foram adotada pelo legislador para permitir afastamento de possíveis interpretações equivocadas, e permitir maior garantia aos juristas, psicólogos, assistentes sociais, professores e diversos profissionais (que atuam com crianças e adolescentes) na eventual caracterização do fenômeno, contribuindo ao máximo para a prévia identificação da ocorrência dessa situação num caso concreto, pois em casos de maior simplicidade o juiz já poderá identificar o problema e interferir, através da aplicação de medidas emergenciais, os efeitos jurídicos com segurança e celeridade.

3 IMPLICAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No Brasil considera-se criança, para os efeitos do ECA (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990), a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquelas entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. As crianças e os adolescentes são seres em desenvolvimento biopsicossocial, e, portanto, merecem proteção do Estado, da família e da sociedade, haja

vista serem esses hipossuficientes os mais propícios de violações de direitos, considerando o elevado número de crianças e adolescentes em situação de risco (e conseqüentemente terem seu futuro comprometido) por não terem acesso aos direitos e as garantias fundamentais que devam lhe proporcionar uma vida digna.

O ECA determina que esse hipossuficientes gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e, portanto têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos humanos. Sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, e conforme o referido Estatuto:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Porém, diariamente milhares de crianças e adolescentes no país sofrem violações dos seus direitos, seja por parte da exploração ou da própria omissão do Estado, da família e da sociedade (SOARES, 1996). Dentre os inúmeros tipos de violações que algumas crianças e adolescentes sofrem é a Alienação Parental, uma forma de violações de direitos humanos das crianças e adolescentes, em que o agressor é a própria família, o que agrava ainda mais esse tipo de violência, pois essa instituição que tem o dever de proteção e promoção constitucionalmente designado, tornam-se os agressores, em que muitas vezes deixam de perceber essas agressões (SILVA, 2002), assim, conforme a Lei nº 12.318/2010:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Toda a situação é preocupante, especialmente para a criança e o adolescente, que estão em fase de desenvolvimento e formação biopsicossocial, e não tem suporte para entender que foi abandonada por alguém que tanto ama e não sabe ao menos quais motivos foram determinantes para essa calamitosa situação. É indescritível entender as motivações que provocam a quebra dessa ligação que une os genitores e seus filhos e a família (SILVA, 2002).

Desta maneira, de um lado cresce um filho que sempre foi levado a acreditar ter sido abandonado pelo genitor; e de outro, tem-se um pai, ou uma mãe, que se viu de mãos atadas frente à situação que lhe foi imposta pelo alienador, que quando não obstaculizava as visitas, fazia afirmações de que a criança havia expressamente manifestado interesse de não o encontrar. É esse tipo de situação que pais e filhos, vítimas do alienador, enfrentam diariamente.

A repercussão social da alienação parental passa do ciclo familiar e adentra nas relações sociais mantidas pelas pessoas que são vitimadas ou agressores, no que tange as crianças e adolescentes estas podem se mostrar com problemas de amizade, emocionais, de desempenho escolar, propicia a desenvolver doenças de ordem físicas e mental, dentre outros problemas, todavia:

O direito da criança e do adolescente à convivência familiar é indisponível, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, não cabendo sua

apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Ademais, o dispositivo contraria a Lei nº 8.069, de 13 de julho 1990, que prevê a aplicação do princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituição cuja ação seja indispensável (BRASIL, Mensagem n.º 513, de 26 de agosto de 2010).

Assim, a alienação parental não reflete apenas na seara social e familiar, mas na judicial, visto ser os direitos das crianças e dos adolescentes indisponível e de absoluta proteção, é o que cuidou em tratar a Lei nº 12.318/10, determinando que quando o processo tiver iniciado o magistrado deverá tomar as “medidas provisórias necessárias” para garantir a integridade psicológica da criança ou do adolescente e manter, quando possível, a convivência familiar com ambos os genitores, levando sempre em consideração o melhor para os infantes. Devendo ser assegurada ao filho e genitor a garantia mínima de visitação assistida quando não houver iminente risco à integridade física ou psicológica do filho, fato que deverá ser atestado por profissional designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Todas essas medidas tem em vista a proteção do menor, devendo o judiciário ao tomar conhecimento de possível caso de AP, deverá apurar as informações/denúncias contidas nos autos e saber se o caso discutido trata-se verdadeiramente de Alienação Parental, o juiz poderá utilizar perícia psicológica ou biopsicossocial, cujos laudos serão confeccionados por pessoas capacitadas na área, ou seja, Psicólogos e Assistentes Sociais, os quais poderão analisar até mesmo a vida conjugal do casal antes da separação, de modo a colher todas as informações necessárias para formação de sua convicção a respeito do caso (Artigo 5º, Lei nº 12.318/10).

Portanto a repercussão jurídica da AP nas crianças e nos adolescentes se inicia com o processo de separação dos genitores, depois com a guarda do menor, o sujeitando a ficar no meio de uma briga, onde geralmente a arma principal são esses hipossuficientes, que em sua maioria não entendem o que se passam e as motivações para mudanças drásticas de comportamento dos genitores, e cabe ao poder judiciário, manter esses hipossuficientes seguros, pois:

É preciso se ter presente que esta também é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e compromete o sadio desenvolvimento de uma criança. Ela acaba passando por uma crise de lealdade, o que gera um sentimento de culpa quando, na fase adulta, constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça (DIAS, 2013, p. 2)

Desta maneira, as crianças e os adolescentes e a família vítimas e vitimizadas pela AP, tem como principal impacto o abandono emocional dos filhos pelos pais, gerando enfraquecimento das relações familiares e sociais. Conduzindo uma frustração do ideal de fraternidade, humanidade, complacência que deve haver entre os membros de todo e qualquer grupamento social, e principalmente, ferindo os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes em terem uma convivência familiar, uma vida digna e saudável, não podendo ser objeto de disputa judicial, ou de artifício de punição para outrem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indiscutível a importância da família como instituto de proteção e desenvolvimento da criança e do adolescente, no entanto, quando essa deixa de proteger os direitos dos menores, e passar a violar esses direitos é que se tem um problema de ordem social e jurídica.

Nesse sentido, a convivência familiar conturbada pode ocasionar vários conflitos. Nesse panorama surge a Alienação Parental. A

responsabilidade que os pais têm na formação psicológica dos filhos é um reflexo da forma como aqueles vão superar suas diferenças na relação de conjugalidade para atingir um satisfatório exercício da relação de familiar, baseado, sobretudo, no atendimento do melhor interesse destes.

Quando o judiciário toma conhecimento de casos de AP, deve-se prezar pelo resguardo dos direitos das crianças e dos adolescentes, haja vista que as consequências do tal problema na vida desses hipossuficientes são graves e provocam uma total anormalidade no desenvolvimento psíquico, tais como: ansiedade, depressão crônica, nervosismo, agressão, transtorno de identidade e incapacidade de adaptação à ambiente normal. Na fase adulta, a criança que foi vítima dessa violência emocional apresentará um sentimento incontrolável de culpa por constatar que foi cúmplice de uma grande injustiça com o não guardião (VELLY, 2013).

Assim, deve-se ser (re)pensado em políticas de sensibilização das famílias, dos membros do judiciário, das escolas, creches, grupos sociais e de equipes que lidam com crianças e adolescentes e a família, para centralizar os menores como sujeitos de direitos, que merecem e precisam de atenção especial por estarem se constituindo como seres em desenvolvimento. Haja vista, ser a criança detentora do direito a convivência familiar, mesmo que não seja nos ditames do que prescrevem os “modelos” socialmente aceitáveis.

NOTAS

[1] Pater, nesta expressão, não quer dizer pai, mas chefe, efetivo ou em potencial. (CRETELLA JR. 1985).

[2] O termo eudemonista, é de origem grega, liga-se ao adjetivo feliz e admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade (HOLANDA, 1988, p.592).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2015.

BRASIL. **Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2015.

BRASIL. **Mensagem n.º 513, de 26 de agosto de 2010.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-513-10.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).** Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 de fev. de 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro.** 9.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1985.

DIAS. Maria Berenice. **Síndrome da Alienação Parental: o que é isso?** *Revista do Centro de Apoio Operacional Cível*, Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Apoio Operacional Cível. Belém: M. M. Santos Editora, Ano 11, n. 15, p. 45-48, 2009.

_____, Maria Berenice. **Alienação Parental – um abuso invisível.** Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>>. Acesso em: 21 de fev. de 2015.

_____, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ENGELS, Friedrich, 1820 – 1895. **A Origem da Família, da Propriedade Priva e do Estado**. Friedrich Engels. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo : Centauro, 2002.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?**. Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia. Disponível em: <<http://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-temequivalente>>. Acesso em 05 de set. de 2014.

GIDDENS, Anthony. Família. In: -----. O mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós. **Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.**

GOKHALE, S. D. **A família desaparecerá?** In Revista Debates Sociais nº 30, ano XVI. Rio de Janeiro, 1980.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p.153.

NOBRE, L. F. Terapia familiar: uma visão sistêmica. In. Py, L A. et all. **Grupo sobre grupo**. Rio de Janeiro. Rocco, 1987.

PEREZ, Luiz Elízio. Breves Comentários acerca da lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). Dias, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A Família Brasileira**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998.

SILVIA, L. M. P. **Violência doméstica contra a criança e o adolescente**. Recife: Edupe, 2002.

SOARES, Guiomar Freitas. **A Criança e seus direitos da liberdade, do respeito e da dignidade**. Revista Momento, do Departamento de Educação e Ciências do Comportamento. Rio Grande, V. 7, p. 225-229, 1996.

VELLY, Ana Maria Frota. **Alienação Parental: uma visão jurídica e psicológica**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666>. Acesso em: 01 de set. de 2014.

EXPLICITAÇÕES AO PROGRAMA DE APOIO À CONSERVAÇÃO AMBIENTAL: APONTAMENTOS À LEI Nº 12.512/2011

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

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

Palavras-chaves: Meio Ambiente. Conservação Ambiental. Programa Institucional.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção

de Meio Ambiente; 3 Singelos Comentários ao Meio Ambiente Natural: Tessituras Conceituais sobre o Tema; 4 Explicitações ao Programa de Apoio à Conservação Ambiental: Apontamentos à Lei nº 12.512/2011.

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

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

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

afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

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

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que

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

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: *“Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”*[6].

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

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

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

dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

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

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

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada

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

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo

pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

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

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas

instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

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

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

Por derradeiro, insta mencionar, ainda, que o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente,

assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

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

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

Fiorillo[17]. Em razão da complexa interação entre os fatores abióticos e bióticos que ocorre o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que se encontram inseridos.

Consoante Rebello Filho e Bernardo, o meio ambiente natural “*é constituído por todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio entre os seres vivos e o meio em que vivem: solo, água, ar atmosférico, fauna e flora*”[18]. Nesta senda, com o escopo de fortalecer os argumentos apresentados, necessário se faz colocar em campo que os paradigmas que orientam a concepção dos recursos naturais como componentes que integram a paisagem, desde que não tenham sofrido maciças alterações pela ação antrópica a ponto de desnaturar o seu aspecto característico. Trata-se, com efeito, de uma conjunção de elementos e fatores que mantêm uma harmonia complexa e frágil, notadamente em razão dos avanços e degradações provocadas pelo ser humano. Ao lado do esposado, faz-se carecido pontuar que os recursos naturais são considerados como tal em razão do destaque concedido pelo ser humano, com o passar dos séculos, conferindo-lhes valores de ordem econômica, social e cultural. Desta feita, tão somente é possível à compreensão do tema a partir da análise da relação homem-natureza, eis que a interação entre aqueles é preponderante para o desenvolvimento do ser humano em todas as suas potencialidades. Patente se faz ainda, em breves palavras, mencionar a classificação dos recursos naturais, notadamente em razão da importância daqueles no tema em questão. O primeiro grupo compreende os recursos naturais renováveis, que são os elementos naturais, cuja correta utilização, propicia a renovação, a exemplo do que se observa na fauna, na flora e nos recursos hídricos.

Os recursos naturais não-renováveis fazem menção àqueles que não logram êxito na renovação o

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

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

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

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

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

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora

de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade[19].

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

Diante do exposto, o meio ambiente, em sua acepção macro e especificamente em seu desdobramento natural, configura elemento inerente ao indivíduo, atuando como sedimento à concreção da sadia qualidade de vida e, por extensão, ao fundamento estruturante da República Federativa do Brasil, consistente na materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, tal como pontuado alçures, a Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, o dever do Poder Público adotar medidas de proteção e preservação do ambiente natural. Aliás, quadra anotar, oportunamente, que tal dever é de competência político-administrativa de todos os entes políticos, devendo, para tanto, evitar que os espaços de proteção ambiental sejam utilizados de forma contrária à

sua função – preservação das espécies nativas e, ainda, promover ostensiva fiscalização o desses locais. Verifica-se, portanto, que o escopo repousa em assegurar que, por meio da fiscalização, o indivíduo tenha acesso às formações naturais como elemento inerente à dignidade da pessoa humana.

4 Explicitações ao Programa de Apoio à Conservação Ambiental: Apontamentos à Lei nº 12.512/2011

Em uma primeira exposição, quadra anotar que o Programa de Apoio à Conservação Ambiental com os seguintes objetivos: (i) incentivar a conservação dos ecossistemas, entendida como sua manutenção e uso sustentável; (ii) promover a cidadania, a melhoria das condições de vida e a elevação da renda da população em situação de extrema pobreza que exerça atividades de conservação dos recursos naturais no meio rural nas áreas definidas no art. 3º da Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011[21], que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006; e (iii) incentivar a participação de seus beneficiários em ações de capacitação ambiental, social, educacional, técnica e profissional. A execução do Programa de Apoio à Conservação Ambiental ficará sob a responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente, ao qual caberá definir as normas complementares do Programa.

Para cumprir os objetivos do Programa de Apoio à Conservação Ambiental, a União fica autorizada a transferir recursos financeiros e a disponibilizar serviços de assistência técnica a famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvam atividades de conservação de recursos naturais no meio rural, conforme regulamento. Fica atribuída à Caixa Econômica Federal a função de Agente Operador do Programa de Apoio à Conservação Ambiental, mediante remuneração e condições a serem pactuadas com o Governo Federal. Poderão ser beneficiárias do Programa de Apoio à Conservação Ambiental as famílias em situação de extrema pobreza que desenvolvam atividades de conservação nas seguintes áreas:

(i) Florestas Nacionais, Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável federais; (ii) projetos de assentamento florestal, projetos de desenvolvimento sustentável ou projetos de assentamento agroextrativista instituídos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra; (iii) territórios ocupados por ribeirinhos, extrativistas, populações indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais; e (iv) outras áreas rurais definidas como prioritárias por ato do Poder Executivo.

O Poder Executivo definirá os procedimentos para a verificação da existência de recursos naturais nas áreas de que tratam os incisos I a IV do artigo 3º da Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011[22], que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. O monitoramento e o controle das atividades de conservação ambiental nas áreas elencadas nos incisos I a IV do dispositivo supra mencionado ocorrerão por meio de auditorias amostrais das informações referentes ao período de avaliação, ou outras formas, incluindo parcerias com instituições governamentais estaduais e municipais, conforme previsto em regulamento. Para a participação no Programa de Apoio à Conservação Ambiental, a família interessada deverá atender, cumulativamente, às seguintes condições: (i) encontrar-se em situação de extrema pobreza; (ii) estar inscrita no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal; e (iii) desenvolver atividades de conservação nas áreas previstas no art. 3º da Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011[23], que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006.

Para receber os recursos financeiros do Programa de Apoio à Conservação Ambiental, a família beneficiária deverá: (i) estar inscrita em cadastro a ser mantido pelo Ministério do Meio Ambiente, contendo informações sobre as atividades de conservação ambiental; e (ii) aderir ao

Programa de Apoio à Conservação Ambiental por meio da assinatura de termo de adesão por parte do responsável pela família beneficiária, no qual serão especificadas as atividades de conservação a serem desenvolvidas. O Poder Executivo definirá critérios de priorização das famílias a serem beneficiadas, de acordo com características populacionais e regionais e conforme disponibilidade orçamentária e financeira. O recebimento dos recursos do Programa de Apoio à Conservação Ambiental tem caráter temporário e não gera direito adquirido. Os recursos financeiros serão pagos preferencialmente à mulher responsável pela unidade familiar, quando cabível. A transferência de recursos financeiros do Programa de Apoio à Conservação Ambiental será realizada por meio de repasses trimestrais no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), na forma do regulamento. A transferência dos recursos de que trata o caput do artigo 6º da Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011[24], que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006, será realizada por um prazo de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogada nos termos do regulamento.

São condições de cessação da transferência de recursos do Programa de Apoio à Conservação Ambiental: (i) não atendimento das condições definidas nos arts. 4º e 5º e nas regras do Programa, conforme definidas em regulamento; ou (ii) habilitação do beneficiário em outros programas ou ações federais de incentivo à conservação ambiental. O Poder Executivo instituirá o Comitê Gestor do Programa de Apoio à Conservação Ambiental, sob a coordenação do Ministério do Meio Ambiente, com as seguintes atribuições, sem prejuízo de outras definidas em regulamento: (i) aprovar o planejamento do Programa, compatibilizando os recursos disponíveis com o número de famílias beneficiárias; (ii) definir a sistemática de monitoramento e avaliação do Programa; e (iii) indicar áreas prioritárias para a implementação do Programa, observado o disposto no art. 3º da Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011[25], que institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às

Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. O Poder Executivo definirá a composição e a forma de funcionamento do Comitê Gestor, bem como os procedimentos e instrumentos de controle social.

Referência:

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

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

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

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

_____. **Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011**. Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12512.htm>. Acesso em 30 jul. 2015.

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

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOTAS:

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

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98)

- Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

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

[17] FIORILLO, 2012, p. 78.

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

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

[20] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido na Medida Cautelarna Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 3.540. Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima

dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais - Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, art. 225,   1 , III) - Altera o e supressão do regime jurídico a eles pertinente - Medidas sujeitas

ao princípio constitucional da reserva de lei - Supressão de vegeta o em área de preserva o permanente - Possibilidade de a administra o pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de prote o especial - Rela es entre economia (CF, art. 3 , II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, art. 225) -

Colisão de direitos fundamentais - Critérios de supera o desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes - Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gera es (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) - A questão da precedência do direito   preserva o do meio ambiente: uma limita o constitucional explícita   atividade econ mica (CF, art. 170, VI) - Decisão não referendada -

Consequente indeferimento do pedido de medida cautelar. a preserva o da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste   generalidade das pessoas. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um t pico direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o g nero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e   própria coletividade, a especial obriga o de defender e preservar, em benefício

das presentes e futuras gera es, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que   irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurar o, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito   dever de solidariedade, que a todos se impõe, na prote o desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econ mica

não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental considerado este em seu aspecto físico ou natural. A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): O princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte e legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das

presentes e futuras gerações. O art. 4º do Código Florestal e a Medida Provisória Nº2.166-67/2001: Um avanço expressivo na tutela das áreas de preservação permanente. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 set. 2005. Publicado no DJe em 03 fev. 2006, p.14. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 jul. 2015.

[21] BRASIL. **Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011**. Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12512.htm>. Acesso em 30 jul. 2015.

[22] BRASIL. **Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011**. Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12512.htm>. Acesso em 30 jul. 2015.

[23] Ibid.

[24] BRASIL. **Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011**. Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12512.htm>. Acesso em 30 jul. 2015.

[25] Ibid.

DA AÇÃO DE DESPEJO E RESCISÃO CONTRATUAL POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADA COM PEDIDO LIMINAR: DO CABIMENTO E SEUS REQUISITOS

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE: Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

Conforme o disposto na Lei n.º 8.245/91, com as devidas alterações da Lei n.º 12.112, de 2009.

Art. 5º Seja qual for o fundamento do término da locação, a ação do locador para reaver o imóvel é a de despejo.

Art. 9º A locação também poderá ser desfeita:

II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual;

III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos;

Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto;

Art. 58. Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar - se - á o seguinte:

I - os processos tramitam durante as férias forenses e não se suspendem pela superveniência delas;

II - é competente para conhecer e julgar tais ações o foro do lugar da situação do imóvel, salvo se outro houver sido eleito no contrato;

III - o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel, ou, na hipótese do inciso II do art. 47, a três salários vigentes por ocasião do ajuizamento;

IV - desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação far - se - á mediante correspondência com aviso de recebimento, [...];

Art. 62. Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, de aluguel provisório, de diferenças de aluguéis, ou somente de quaisquer dos acessórios da locação, observar-se-á o seguinte: [\(Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#)

I – o pedido de rescisão da locação poderá ser cumulado com o pedido de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação; nesta hipótese, citar-se-á o locatário para responder ao pedido de rescisão e o locatário e os fiadores para

responderem ao pedido de cobrança, devendo ser apresentado, com a inicial, cálculo discriminado do valor do débito; ([Redação dada pela Lei nº 12.112, de 2009](#)).

Art. 80. Para os fins do [inciso I do art. 98 da Constituição Federal](#), as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade.

Desta forma, se caracterizada infração contratual e ausência de pagamento dos alugueis e demais encargos por parte única e exclusiva da locatária, operar-se-á a rescisão contratual, conforme preceitua a legislação e caso exista, o contrato firmado entre as partes, devendo ser pleiteado judicialmente o imediato despejo da locatária devedora em atendimento ao que preceitua o art. 59, §1º da citada lei.

Deve-se ainda, ser prestada como caução para concessão da liminar visando a desocupação, no prazo fixado em lei abaixo transcrita, no valor de três aluguéis, senão vejamos:

Art. 59. Com as modificações constantes deste capítulo, as ações de despejo terão o rito ordinário.

§ 1º Conceder - se - á liminar para desocupação em quinze dias, independentemente da audiência da parte contrária e desde que prestada a caução no valor equivalente a três meses de aluguel, nas ações que tiverem por fundamento exclusivo:

IX – a falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em

caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independentemente de motivo. [\(Incluído pela Lei nº 12.112, de 2009\)](#).

Importante mencionar que poderá ser oferecido imóvel como garantia da concessão da liminar, devendo este ser livre da existência de quaisquer ônus real, legal ou convencional, inclusive registro de citação de ações reais ou reipersecutórias, colacionando-se aos autos certidão comprobatória, a fim de consubstanciar o pleito de caução, em atendimento ao que determina a lei.

No concernente ao pleito de tutela antecipada a ser formulado, os requisitos ensejadores desta deverão estar presentes, a justificar a concessão da antecipação da tutela, de acordo com o artigo 273, do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...), portanto sendo possível antecipação de tutela, para evitar danos ainda maiores ao autor da demanda e para que este, continue a levar sua vida de maneira normal, *“in verbis”*:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”

Deve-se ressaltar nos pleitos, que caso o locatário devedor permaneça no imóvel do qual não paga os aluguéis, ou seja, por mais tempo, causará ainda maiores prejuízos financeiros ao autor, bem como emocionais e psicológicos, e de que caso permaneça no imóvel, só trará ainda mais prejuízos e danos ao autor, que ficará com seu imóvel parado, sem obter lucros, tendo prejuízos, já que não consegue alugar para outra pessoa séria e de caráter.

Ainda deverá ficar claro para o magistrado, que a concessão da medida não causará prejuízo ao locatário/requerido, pois se tivesse alguma preocupação e boa fé, não teria deixado o problema chegar a esse patamar, aliado a isto, o autor deverá reforçar a garantia da veracidade das informações e de todo o ocorrido, caucionando um imóvel, cujo valor seja igual ou ultrapasse o valor de três alugueres determinado em lei.

A tutela antecipatória do direito subjetivo material deve existir porque se alguém tem o direito de obter exatamente aquilo que tem o direito, o processo há de fornecer-lhe meios para que o seu direito ocorra logo de imediato. O meio processual, Tutela Antecipatória, tornará possível a pronta realização do direito a ser confirmado pelo autor, evidenciando em sua petição, de maneira clara e evidente, as consequências negativas e os danos de difícil reparação que continuará sofrendo, caso o imóvel não lhe seja restituído, ou seja, se o locatário/devedor não for imediatamente despejado, pois o Requerente terá que arcar com os prejuízos financeiros, além de ter sido lesado.

“A técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio ao processo pedir determinada solução para a situação que descreve, precisamente aquela solução que veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito

afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial - com a diferença fundamental representada pela provisoriedade[1].” Negritamos.

A doutrina mais conceituada indica ser o melhor caminho o de o Juízo interferir prontamente no processo quando as condições vividas entre as partes importam em eminente prejuízo a qualquer uma delas, e assim, referenda Humberto Theodoro Júnior in Código de Processo Civil Anotado, “*verbis*”:

“Novidade em nosso direito, a antecipação da tutela introduziu, no CPC, os princípios da verossimilhança, da prova inequívoca e do perigo de irreversibilidade. (a nova redação do art. 273 decorre da Lei nº 8.952, de 13.12.94).

Os incisos I e II cuidam das condições de concessão da medida, que não se confunde nem prejudica as tutelas cautelares, previstas nos arts. 796 a 889 do CPC, verossimilhança, em esforço propedêutico, que se quadre com o espírito do legislador, é a aparência de verdade, o razoável, alcançando, em interpretação *lato sensu*, o próprio “*fumus boni iuris*” e, *principalmente*, o “*periculum in mora*”.

Prova inequívoca é aquela clara, evidente, que apresenta grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável,

equivalendo, em última análise, à verossimilhança da alegação, mormente no tocante ao direito subjetivo que a parte queira preservar” (obra citada, p. 124, Ed. Forense, RJ, 1996, 2ª ed.).

Aliado a isto, com o início da vigência da Lei 12.112/09, que prevê a possibilidade de despejo liminar por falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, o que se enquadra perfeitamente ao caso em tela.

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – GO, vejamos:

LOCAÇÃO. DESPEJO.
CONCESSÃO DE LIMINAR.
POSSIBILIDADE. ART. 59, § 1º, DA LEI
N.º 8.245/94. ROL NÃO-EXHAURIENTE.
SUPERVENIÊNCIA DE ALTERAÇÃO
LEGISLATIVA. NORMA PROCESSUAL.
INCIDÊNCIA IMEDIATA.
DETERMINAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE
CAUÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO À
ESPÉCIE. 1. O rol previsto no art. 59, §
1º, da Lei n.º 8.245/94, não é taxativo,
podendo o magistrado acionar o disposto
no art. 273 do CPC para a concessão da
antecipação de tutela em ação de
despejo, desde que preenchidos os
requisitos para a medida. 2. Ainda que se
verifique a evidência do direito do autor,
para a concessão da tutela antecipada
com base no inciso I do art. 273 do CPC
não se dispensa a comprovação da
urgência da medida, tudo devidamente
fundamentado pela decisão concessiva,
nos termos do § 1º do mencionado
dispositivo. A ausência de
fundamentação acerca de todas as

exigências legais conduz à nulidade da decisão. 3. Embora o acórdão recorrido careça de fundamentação adequada para a aplicação do art. 273, inciso I, do CPC, a Lei n.º 12.112/09 acrescentou ao art. 59, § 1º, da Lei do Inquilinato, a possibilidade de concessão de liminar em despejo por de "falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação", desde que prestada caução no valor equivalente a três meses de aluguel. Assim, cuidando-se de norma processual, sua incidência é imediata, sendo de rigor a aplicação do direito à espécie, para determinar ao autor a prestação de caução - sob pena de a liminar perder operância. 4. Recurso especial improvido. (REsp 1207161/AL, Rel. MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 18/02/2011).

AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUÉIS ATRASADOS. LEGITIMIDADE DO FIADOR PARA COMPOR O PÓLO PASSIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 62, INCISO I, DA LEI N.º 8.245/91. PRECEDENTES. 1. A via especial, destinada à uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, não se presta à análise de possível violação a dispositivos da Constituição da República. 2. O acórdão hostilizado solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento. 3. Não sendo

desenvolvida tese a respeito ou demonstrada a maneira pela qual o acórdão recorrido violou os arts. 459 e 460 do Código de Processo Civil, incide na espécie o comando da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 4. O disposto no art. 62, inciso I, da Lei n.º 8.245/91, permite cumular na mesma ação os pedidos de despejo por falta de pagamento e de cobrança de aluguéis atrasados e, havendo entre o fiador e o afiançado comunhão de obrigações originárias do mesmo fundamento de fato e a mesma causa de pedir, ambos podem ser incluídos no pólo passivo dessa relação processual. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 784.929/CE, Rel. MIN. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 15/12/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. LIMINAR. DESOCUPAÇÃO. LIVRE ARBÍTRIO DO MAGISTRADO. REQUISITOS PRESENTES. DECISÃO MANTIDA. 1. O agravo de instrumento é um *recursosecundum eventum litis* e deve ater-se ao acerto ou desacerto da decisão atacada. 2. Não visualizada qualquer ilegalidade ou abusividade no pronunciamento jurisdicional, fundamentado no livre convencimento motivado do magistrado e discricionariedade que lhe estão adstritos. Incensurável se mostra a decisão que deferiu a medida liminar de

desocupação do imóvel a favor da agravada, ante a presença dos requisitos exigidos para sua concessão. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 97312-67.2011.8.09.0000, Rel. DES. HELIO MAURICIO DE AMORIM, 5A CAMARA CIVEL, julgado em 01/09/2011, DJe 947 de 23/11/2011).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. DECISÃO PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO A MODIFICAR A SITUAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. I - São requisitos específicos para a concessão da liminar na ação de despejo a prestação de caução equivalente a três meses de aluguel [...] II - Não merece acolhida o agravo regimental que apenas renova a discussão previamente travada em sede de agravo de instrumento, deixando de trazer novos fundamentos que venham justificar a reforma da decisão. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 210716-96.2011.8.09.0000, Rel. DES. AMELIA MARTINS DE ARAUJO, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 23/08/2011, DJe 896 de 05/09/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESPEJO. DESOCUPAÇÃO DO

IMÓVEL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. I - Os critérios para a aferição da tutela antecipada estão na faculdade do juiz, à margem do seu prudente arbítrio, ou seja, no gozo do poder discricionário que a atividade judicante lhe confere, de decidir sobre a conveniência de sua concessão, levando-se em conta a presença dos requisitos legais ensejadores de tal medida, frente ao estatuído no art. 273 do CPC. II - Restando a decisão atacada devidamente fundamentada e não trazendo nenhuma ilegalidade ou arbitrariedade, a sua manutenção é medida que se impõe. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 68405-82.2011.8.09.0000, Rel. DES. JOAO WALDECK FELIX DE SOUSA, 2A CAMARA CIVEL, julgado em 09/08/2011, DJe 888 de 24/08/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. INADIMPLÊNCIA COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. DECLARAÇÃO DE SÍNDICA APÓS A SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. I- Na ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis é facultado ao réu (locatário) purgar a mora ou oferecer contestação a fim de evitar a procedência dos pedidos e a decretação do seu despejo. II- Compete à

apelante/requerida o ônus da prova quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do inciso II do artigo 333 do Código de Processo Civil. Não restando comprovado nos autos que os pagamentos foram realizados, deve ser julgada procedente a ação. III- A declaração da síndica do imóvel locado acerca do pagamento referente ao condomínio só ocorreu após a sentença na ação de despejo, portanto, a apelante poderá apresentar a referida declaração na fase de impugnação (Artigo 475-J, § 1º do Código de Processo Civil) e não aqui, em sede de apelo. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJGO, APELACAO CIVEL 13195-92.2008.8.09.0051, Rel. DR(A). CARLOS ROBERTO FAVARO, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 21/06/2011, DJe 851 de 01/07/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. PEDIDO INFORMAÇÃO. INFOJUD. BANCENJUD. EXCEPCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. 1 [omissis...] 2. Assim, é razoável o pedido do agravante de consulta de informações do agravado através do INFOJUD e BANCENJUD, tendo em vista que restou demonstrado, no presente caso, que o recorrente diligenciou, com os recursos disponíveis ao seu alcance, na busca da satisfação de seu crédito. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJGO, AGRAVO DE INSTRUMENTO 414317-

63.2010.8.09.0000, Rel. DR(A). GERSON SANTANA CINTRA, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 15/03/2011, DJe 785 de 24/03/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. DECRETAÇÃO DO DESPEJO. PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA. DESCONTO. I - Atendo-se o Juiz aos limites do que foi postulado, não há se falar em vulneração do art. 128 do CPC, e, muito menos, em nulidade da sentença por vício *extra petita*. II - Comprovada a existência de relação locatícia e a inadimplência da locatária, correta é a sentença que decreta o despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. III - No caso de procedência de ação de despejo fundada em descumprimento contratual pela falta de pagamento de aluguel e encargos, devem ser descontados do valor total da dívida, os valores pagos pela parte devedora. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJGO, APELACAO CIVEL 98274-62.2008.8.09.0011, Rel. DES. JOAO UBALDO FERREIRA, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 11/01/2011, DJe 744 de 24/01/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. CONTRATO DE ALUGUEL. PRORROGAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. RESPONSABILIDADE DAS FIADORAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO.

CLÁUSULA DE GARANTIA ATÉ À ENTREGA EFETIVA DO IMÓVEL. IPTU E DEMAIS ENCARGOS. OBRIGAÇÃO DAS FIADORAS. MULTA MORATÓRIA DE 10%. LEGALIDADE. I- Comprovada a relação locatícia entre o locador e as locatárias, juntamente com o débito das inquilinas, é devido o pagamento dos aluguéis em atraso. II- Prorrogado por prazo indeterminado o contrato de aluguel, prorroga-se igualmente a fiança até a desocupação do imóvel, salvo se as fiadoras comunicarem ao credor sua exoneração. (Art. 835 do Código Civil). III- É legal a cláusula expressa no contrato de aluguel dispondo que a responsabilidade das fiadoras perdurará até a efetiva entrega do imóvel, ainda que o contrato tenha sido prorrogado por prazo indeterminado. (Lei de Inquilinato nº 8.245/91, art. 39). IV- O pagamento da taxa de água, energia elétrica e IPTU é de responsabilidade das fiadoras, conforme pactuado. V- A multa moratória nos contratos de locação no importe de 10% sobre os valores dos aluguéis em atraso é lícita, devendo ser obedecida quando prescrita no contrato. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJGO, APELACAO CIVEL 485710-60.2008.8.09.0051, Rel. DR(A). CARLOS ROBERTO FAVARO, 1A CAMARA CIVEL, julgado em 14/12/2010, DJe 739 de 17/01/2011).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – LOCAÇÃO DE IMÓVEL – DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO – REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE

TUTELA ANTECIPADA PARA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL – POSSIBILIDADE – APLICABILIDADE DO ARTIGO 59, §1º, INCISO IX, DA LEI Nº 8.245/91". (...). "A garantia da locação é feita através de caução equivalente a 3 (três) meses de alugueres, correspondente nesta data à quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais). A alegação dos autores, aqui agravantes, na inicial da ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança, é a de que a ré deixou de pagar os aluguéis e contas de condomínio referentes aos meses de maio a setembro de 2009. Posteriormente, em março de 2010, informaram os autores que o débito era ainda maior, uma vez que da inicial, até aquela data, permanecia a inadimplência. Pelo que se vê, a garantia do contrato era uma caução em dinheiro, equivalente a três meses de aluguel, sendo certo que tal contrato foi celebrado em 05.03.09, para vigorar pelo prazo de 12 meses, tendo início em 06.03.2009 e término previsto para 05.03.2010. Assim, a caução, que garantia três meses de aluguel, foi extinta em agosto de 2009, uma vez que não foram pagos os aluguéis de maio, junho e julho. É o caso, então, de ser aplicado o disposto no artigo 59, §1º, inciso IX, da Lei nº 8.245/91, uma vez que o contrato ficou desprovido da garantia então existente. Em sendo assim, defiro o pedido de antecipação da tutela, para o fim de que o imóvel seja desocupado no prazo de 15 dias, devendo ser expedido o mandado tão logo prestem os ora agravantes

caução no valor equivalente a três meses de aluguel". (Agravo de Instrumento nº 990.10.126553-2 – Relator Jayme Queiroz Lopes – Data do Julgamento 06/05/2010).

Na situação fática, mister faz-se comprovar ao magistrado, a aplicabilidade do artigo 273 do Código de Processo Civil, em consonância com o estabelecido no Art. 83, § 1º da Lei 10.741/03, no que se refere ao pedido de despejo por descumprimento contratual e falta de pagamentos, já que prejuízos econômicos e psicológicos poderão ser sistematicamente vivenciados pelo locador, sendo inviável que a atual situação permaneça inalterada por mais um dia sequer, ressaltando-se a urgência da aplicabilidade de tal instituto na demanda.

Doutrinadores são unânimes ao afirmarem ser função da tutela antecipada a tornar a prestação jurisdicional efetiva, sendo tendência ao longo do tempo, principalmente nos últimos 30 anos de criar meios para que os processos possam gerar resultados o mais rapidamente possível, já que o tempo de trâmite do processo poderá inviabilizar o atendimento das necessidades do autor.

O direito deverá demonstrar-se patente ao magistrado, bem como a necessidade de ser resguardado, existindo a verossimilhança de todas as alegações formuladas pelo autor da demanda e cabimento das provas.

CONCLUSÃO

Dever-se-á ainda ser requerido na ação de despejo fundada na quebra contratual e principalmente na falta de pagamento de alugueres, encargos e demais obrigações contratuais, cumulada com o pedido de liminar para imediato despejo, "*inaudita altera pars*":

* Que ao final a ação seja julgada totalmente procedente em todos os seus termos, decretando a Rescisão da Locação (art. 62, I da Lei de 8.245/1991), com o conseqüente Despejo do locatário

por Falta de Pagamento e Infração Contratual, bem como de eventuais ocupantes do imóvel, fixando-lhe o prazo mínimo legal para a desocupação voluntária do imóvel;

* A prioridade de tramitação da demanda, em conformidade com o estabelecido no artigo 58, I da Lei nº 8.245/1991, com as alterações da Lei nº 12.112/2009;

* A citação do Locatário, bem como de seus Fiaidores (na qualidade de principais pagadores, solidariamente responsáveis com a locatária), conforme disposto na Lei 8.245/91 em seu art. 58, IV previsto contratualmente, nos endereços constantes no preâmbulo da exordial, para querendo, contestarem a presente ação, sob pena de revelia e confissão;

* Requerer nos molde do artigo 59, §1º da Lei de Locação, o recebimento do imóvel dado como caução para garantir os três meses de aluguéis, fazendo a devida averbação na matrícula do imóvel;

* A condenação do locatário e dos fiadores, solidariamente, ao pagamento de eventuais custas [judiciais](#) e dos honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte) por cento sobre o montante devido, conforme pactuados contratualmente, que deverão ser corrigidos monetariamente e executados nos autos e

* Seja concedido ao autor, a faculdade de proceder a execução da cobrança dos locativos e demais compromissos assumidos contratualmente, antes da desocupação do imóvel e até a sua efetiva saída.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Candido Rangel Dinamarco. A Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Melhoramentos, 2002 – São Paulo.

Humberto Theodoro Júnior in Código de Processo Civil Anotado. Obra citada, p. 124, Ed. Forense, RJ, 1996, 2ª ed.

Nota:

[1] Candido Rangel Dinamarco – A Reforma do Código de Processo Civil, Ed. Melhoramentos, 2002 – São Paulo.